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

AÑO II – N° 5, Septiembre / Octubre 2015

Año 2015
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, Septiembre/Octubre 2015. Contiene todas las resoluciones: Acuerdos, Sentencias e Interlocutorias **ingresadas a la base de datos y publicadas** durante el período.

Las correspondientes al año 2014 las encontrará a texto completo, en el caso de las de años anteriores solo se publica una referencia. Para acceder al texto completo de éstas, deberán recurrir al sitio web: http://www.jusneuquen.gov.ar/index.php/jurisprudencia

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

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

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

*Saludos cordiales*

*Octubre/2015*



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

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

# Indices

***Por Organismo***

*Novedoso:*

- **"M. R. A. C/ S. D. S. S/ DIVORCIO VINCULAR CON CAUSA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 50834/2011) – Sentencia: 167/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto

**DIVORCIO INCAUSADO. APLICACIÓN DEL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.**

*Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia*

- **"LA ROSA JORGE FABIAN C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** - (Expte.: 6076/2015) – Acuerdo: 34/15 – Fecha: 01/07/2015 ver texto
- **"MOYA MARTA ROSANA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 975/2003) – Acuerdo: 36/15 – Fecha: 30/07/2015 ver texto
- **"ARCE ELSA DEL CARMEN C/ MUNICIPALIDAD DE ZAPALA S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** - (Expte.: 2621/2008) – Acuerdo: 39/15 – Fecha: 31/08/2015 ver texto
- **"DI LAURO IVANA ELIZABETH C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** - (Expte.: 3564/2011) – Acuerdo: 40/15 – Fecha: 05/08/2015 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ CURIPAN CARLOS ALBERTO S/ ACCION DE LESIVIDAD"** – (Expte.: 3428/2011) – Acuerdo: 45/15 – Fecha: 12/08/2015 ver texto
- **"MELLAO ADOLFO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUÉN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3581/2012) – Acuerdo: 48/15 – Fecha: 31/08/2015 ver texto
- **"ROMERO LUIS OSCAR C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 2477/2008) – Acuerdo: 49/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto
- **"MUÑOZ ANTONINA DEL CARMEN C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3069/2010) – Acuerdo: 55/15 – Fecha: 07/09/2015 ver texto
- **"F. J. M. Y OTRA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** - (Expte.: 2160/2007) – Acuerdo: 50/15 – Fecha:



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

03/09/2015 ver texto

- **"CABRAL ALEJANDRO Y OTRA C/ PROVINCIA DE NEUQUEN (PODER JUDICIAL) S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3554/2011) – Acuerdo: 51/15 – Fecha: 07/09/2015 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ LEZANA GABRIELA CECILIA S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 5036/2014) – Acuerdo: 54/15 – Fecha: 07/09/2015 ver texto
- **"RAMÍREZ BEATRIZ Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 2355/2008) – Acuerdo: 56/15 – Fecha: 07/09/2015 ver texto
- **"SEGURA JORGE ROBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 1802/2006) – Acuerdo: 57/15 – Fecha: 07/09/2015 ver texto

*Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia*

- **"SUCESORES DE IDIZARRI MYRIAN E. C/ ASISTENCIA INTEGRAL S.R.L. S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS" –** (Expte.: 11/2012) – Acuerdo: 31/15 – Fecha: 31/08/2015 ver texto
- **"BENIZ HUGO ALEJANDRO C/ B. J. SERVICES S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"** – (Expte.: 11/2009) – Acuerdo: 32/15 – Fecha: 31/08/2015 ver texto
- **"SUCESORES DE URRUTIA RUIZ DAVID ISRAEL C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** – (Expte.: 66/2001) – Acuerdo: 34/15 – Fecha: 16/09/2015 ver texto
- **"A.G.J.A. C/ G.U.N.I. S/ RESTITUCIÓN"** - (Expte.: 6385/2014) – Interlocutoria: 239/15 – Fecha: 14/10/2015 ver texto

*Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia*

- **"BELIZ CLAUDIO EMANUEL S/ HOMICIDIO DOLOSO SIMPLE (ART. 79) (IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA)"** – (Expte.: 55/2015) – Acuerdo: 26/15 – Fecha: 29/07/2015 ver texto
- **"BARRIA FRANCISCO RODOLFO S/ DCIA. PTO. DELITO CONTRA LAS PERSONAS 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA´"** – (Expte.: 49/2015) – Acuerdo: 27/15 – Fecha: 06/08/2015 ver texto
- **"J. O. S/ ABUSO SEXUAL (IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA)"** – (Expte.: 65/2015) – Acuerdo: 28/15 – Fecha: 14/08/2015 ver texto
- **"MOLINA PABLO - VAZQUEZ Y BERRONDO S/ ROBO CALIFICADO 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA´"** – (Expte.: 63/2015) – Acuerdo: 29/15 – Fecha: 14/08/2015 ver texto



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

- **"RODRIGUEZ MARIA ROSARIO S/ DENUNCIA 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'"** – (Expte.: 105/2014) – Acuerdo: 30/15 – Fecha: 14/08/2015 ver texto
- **"DÍAZ JUAN LEONARDO – SERRANO LEANDRO ARIEL S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'"** – (Expte.: 12/2015) – Acuerdo: 31/15 – Fecha: 24/08/2015 ver texto
- **"FLORES YASMINA NOEMÍ S/ ROBO CALIFICADO 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA´"** – (Expte.: 74/2015) – Acuerdo: 32/15 – Fecha: 21/09/2015 ver texto

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

- **"A.D.I. NQN C/ GEOTHERMAL ONE INC S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - (Expte.: 503391/2014) – Interlocutoria: 307/15 – Fecha: 11/08/2015 ver texto
- **"S. C. M. C/ R. E. G. S/ ALIMENTOS PARA EL CONYUGUE"** - (Expte.: 64907/2014) – Interlocutoria: 349/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"MALDONADO CECILIA ELENA C/ EMP. CONSTR. ROQUE MOCCIOLA S.A. Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** - (Expte.: 350318/2007) – Interlocutoria: 367/15 – Fecha: 15/09/2015 ver texto
- **"FABANI JAVIELA LILIANA C/ FUNES RAMÓN ELISEO S/ EJECUCIÓN DE HONORARIOS E/A 158584/05"** - (Expte.: 1065/2015) – Interlocutoria: 372/15 – Fecha: 17/09/2015 ver texto
- **"A. V. C. C/ S. R. A. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - (Expte.: 59192/2013) – Sentencia: 166/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"M. L. I. S/ SITUACION LEY 2212"** - (Expte.: 67105/2014) – Interlocutoria: 368/15 – Fecha: 15/09/2015 ver texto
- **"HOINGO SERGIO DANIEL C/ P.C.C. S.R.L. S/ INCIDENTE APELACION E/A: HOINGO SERGIO DANIEL C/ P.C.C. S.R.L. S/ DESPIDO"** - (Expte.: 1669/2013) – Interlocutoria: 371/15 – Fecha: 15/09/2015 ver texto
- **"A. G. J. A. C/ G.U.N.I. S/ RESTITUCION"** - (Expte.: 6385/2014) – Interlocutoria: 47/15 – Fecha: 24/02/2015 ver texto

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

- **"CORTEZ VILMA JERONIMA Y OTRO C/ TOQUI S.A. S/ INMISIONES"** - (Expte.: 370352/2008) – Sentencia: 124/15 – Fecha: 13/08/2015 ver texto



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

- **"F. E. G. C/ B. K. G. S/ DISOLUCION DE SOCIEDAD"** - (Expte.: 316234/2004) – Sentencia: 128/15 – Fecha: 25/08/2015 ver texto
- **"FERNANDEZ HUESCAR LUCIA IMELDA C/ AMATO CLAUDIA MARCELA S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 389839/2009) – Sentencia: 129/15 – Fecha: 25/08/2015 ver texto
- **"JUAREZ HECTOR HUGO Y OTROS C/ FRUTOS DEL CHAÑAR S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 414956/2010) – Sentencia: 130/15 – Fecha: 25/08/2015 ver texto
- **"CAPRISTO STELLA MARIS C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 501125/2014) – Interlocutoria: 358/15 – Fecha: 25/08/2015 ver texto
- **"TARDUGNO NORMA AIDE C/ ASOCIART ART S.A. S/ EMBARGO PREVENTIVO"** - (Expte.: 1611/2014) – Interlocutoria: 359/15 – Fecha: 25/08/2015 ver texto
- **"FRATICELLI ROGELIO ALBERTO Y OTROS C/ COOPERATIVA DE SERVICIOS PUBLICOS PLOTTIER LTDA S/ INCIDENTE DE APELACION"** - (Expte.: 3204/2015) – Interlocutoria: 368/15 – Fecha: 26/08/2015 ver texto
- **"S. O. C. A. C/ N. T. M. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - (Expte.: 69773/2015) – Interlocutoria: 387/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto
- **"PELAEZ VICTOR C/ LIZASO JORGE LUIS S/ RENDICION DE CUENTAS EXPTE 297357/3 Y 315781/4 ACUMULADOS A LOS PTES."** - (Expte.: 302144/2003) – Interlocutoria: 399/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto
- **"T. C. A. C/ T. R. L. S/ INC. DE OFRECIMIENTO DE CUOTA ALIMENTARIA"** - (Expte.: 68681/2015) – Interlocutoria: 400/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto
- **"C. M. E. C/ M. J. F. S/ INC. AUMENTO CUOTA ALIMENTARIA E/A 46342/10"** - (Expte.: 338/2013) – Interlocutoria: 402/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto
- **"SANZ CARLOS C/ MATUZ JUAN DE DIOS Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 396065/2009) – Sentencia: 137/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto
- **"GOMEZ MARCELO JOSE C/ SAN CRISTOBAL SMSG S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - (Expte.: 421993/2010) – Sentencia: 139/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto
- **"ROJAS CRISTIAN CARLOS C/ SOLORZA MIGUEL ANGEL Y OTROS S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 388634/2009) – Sentencia: 140/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto
- **"LEVILAF ELIAS C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 67066/2014) – Sentencia: 148/15 – Fecha: 24/09/2015 ver texto
- **"MARCELLINO MIGUEL ANGEL S/ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS"** - (Expte.: 331281/2005) – Interlocutoria: 392/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto



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

- **"GARCIA LUCIANO RUBEN C/ TOMAS GUARINO E HIJOS S.C.A. S/ ESCRITURACION"** - (Expte.: 382988/2008) – Interlocutoria: 384/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto
- **"ELIAS TERESA GLADYS C/ OSPLAD S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 340345/2006) – Interlocutoria: 388/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto
- **"R. M. A. C/ C. A. E. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - (Expte.: 58353/2013) – Interlocutoria: 393/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"LIZASO JORGE LUIS C/ PELAEZ VICTOR Y OTRO S/ RESOLUCION DE CONTRATO"** - (Expte.: 296918/2033) – Interlocutoria: 397/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto
- **"L. H. I. C/ B. C. S. S/ REGIMEN DE VISITAS"** - (Expte.: 44907/2010) – Interlocutoria: 427/15 – Fecha: 24/09/2015 ver texto
- **"BANCO HIPOTECARIO S.A C/ TERAN DORA S/ EJECUCION HIPOTECARIA"** - (Expte.: 502038/2013) – Sentencia: 157/15 – Fecha: 13/10/2015 ver texto
- **"T. R. E. C/ C. G. S/ FILIACION"** - (Expte.: 249156/2000) – Sentencia: 159/15 – Fecha: 13/10/2015 ver texto
- **"PETRACCA JOSE ALBERTO C/ INDALO S. A. Y OTRO S/ D. Y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESION)"** - (Expte.: 472234/2012) – Sentencia: 160/15 – Fecha: 13/10/2015 ver texto
- **"VANNICOLA EDUARDO DANIEL C/ IBAÑEZ DANIEL ALFREDO Y OTRO S/DETERMINACION DE HONORARIOS**" - (Expte.: 449727/2011) – Sentencia: 161/15 – Fecha: 15/10/2015 ver texto
- **"MAUTI LINA C/ LOPEZ GUSTAVO GABRIEL S/ COBRO EJECUTIVO"** - (Expte.: 395998/2009) – Interlocutoria: 461/15 – Fecha: 13/10/2015 ver texto
- **"ACUDEN C/ EPAS S/ INCIDENTE DE APELACION E/A 509057/2015"** - (Expte.: 53265/2015) – Interlocutoria: 465/15 – Fecha: 15/10/2015 ver texto
- "**CIPRESSI MARGARITA C/ JAUREGUI VICTOR RODOLFO Y OTRO S/ EJECUCION DE HONORARIOS EA 469054"** - (Expte.: 63168/2014) – Interlocutoria: 476/15 – Fecha: 20/10/2015 ver texto
- **"R. O. R. S. C/ M. C. S/ INCIDENTE DE ELEVACION" (E/A: 71436/15)"** - (Expte.: 817/2015) – Interlocutoria: 482/15 – Fecha: 22/10/2015 ver texto

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

- **"CONTRERAS DARIO C/ CABRERA AGUSTIN RAMON S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - (Expte.: 504546/2014) – Interlocutoria: 331/15 – Fecha: 25/08/2015 ver texto



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

- **"ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO (A.T.E.) C/ MARCOTE ALFREDO LUIS ROBERTO Y OTROS S/ PEDIDO"** - (Expte.: 504551/2014) – Interlocutoria: 338/15 – Fecha: 25/08/2015 ver texto
- **"CAÑUQUEO IRMA Y OTRO C/ MUÑOZ DE TORO PATAGONIA S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"** - (Expte.: 502314/2014) – Interlocutoria: 340/15 – Fecha: 27/08/2015 ver texto
- **"TECLES CECILIA C/ INST. DE ENFERM. CARDIOVASCULARES SAN PABLO S.R.L. S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - (Expte.: 501884/2014) – Interlocutoria: 341/15 – Fecha: 27/08/2015 ver texto
- **"DISTRIBUIDORA OLIVOS S.R.L. C/ IRAIRA JUAN JOSE S/ PEDIDO"** - (Expte.: 505287/2015) – Interlocutoria: 358/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto
- **"BANCO DE LA PAMPA S.E.M. C/ LUCERO JOSE ADRIAN S/ PREPARA VIA EJECUTIVA"** - (Expte.: 476548/2012) – Interlocutoria: 362/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"ABOJER ILEANA EDITH C/ PIRE RAYEN AUTOMOTORES S.A. Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACION E/A 507835"** - (Expte.: 3216/2015) – Interlocutoria: 363/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"E.P.E.N. C/ COOP.DE SERV. PUBL. PLOTTIER LTD S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - (Expte.: 347865/2007) – Interlocutoria: 364/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"RISCHMANN MICHEL J C/ DIEU JOSE ALEJANDRO S/ EJEC. HON. EN AUTOS (43949/10)"** - (Expte.: 115/2012) – Interlocutoria: 370/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"TRONCOSO ROBERTO FERNANDO C/ OLIVERA CARLOS FABIAN Y OTRO S/ D. y P. USO AUTOMOTOR C/ LESIÓN O MUERTE"** - (Expte.: 468590/2013) - Sentencia: 109/15 – Fecha: 13/08/2015 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ MERCADO CIUDAD DE BUENOS AIRES S.A. S/ APREMIO"** - (Expte.: 490944/2013) – Sentencia: 114/15 – Fecha: 27/08/2015 ver texto
- **"LEON PABLO ADRIAN C/ PRESELLO GUILLERMO OMAR Y OTRO S/ DESPIDO"** - (Expte.: 343357/2006) – Sentencia: 115/15 – Fecha: 27/08/2015 ver texto
- **"HUMANA PEDRO C/ FLORES NAZARIO Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C /LESION O MUERTE ACUM. EXPTE. 458741/11 "HERMOSILLA BOSQUE MARIA ISABEL C/ FLORES NAZARIO S/ D.Y P."** - (Expte.: 444267/2011) – Sentencia: 123/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ PARDO JOSE FERNANDO S/ APREMIO"** - (Expte.: 463660/2012) – Sentencia: 121/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto



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

- **"VIDELA HORACIO FABIAN C/ GUEVARA ARIEL ALEJANDRO S/ EJECUCION DE HONORARIOS E/A 43172/2010"** - (Expte.: 720/2015) – Interlocutoria: 369/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"BUSTAMANTE ABRISTELIA Y OTRO C/ ALTAMIRANO ZAMBRANO ALBERTO S/ D.Y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESION)" -** (Expte.: 455156/2011) – Sentencia: 118/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto
- **"MIRANDA HECTOR RENE C/ RINZAFRI ITALO VICTORIO Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 468488/2012) – Sentencia: 120/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"OVIEDO JESÚS MARCELO C/ BARRIGA JUAN PABLO Y OTROS S/ D. Y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESIÓN)"** - (Expte.: 432725/2010) – Sentencia: 124/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"MARTINEZ ESTRADA VICTOR ROBINSON S/ INCIDENTE DE BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS"** - (Expte.: 491/2013) – Interlocutoria: 357/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto
- **"QUIJADA MARIA MARTA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN DE AMPARO"** - (Expte.: 506190/2015) – Interlocutoria: 374/15 – Fecha: 29/09/2015 ver texto
- **"INDELICATO MIRTA BEATRIZ C/ JAUREGUIBERRY ADOLFO ERNESTO S/ DIVISION DE CONDOMINIO"** - (Expte.: 459290/2011) – Interlocutoria: 376/15 – Fecha: 29/09/2015 ver texto
- **"LEMA DORIS ELIZABETH C/ PAREDES OSCAR ANIBAL S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** - (Expte.: 501421/2014) – Interlocutoria: 397/15 – Fecha: 29/09/2015 ver texto
- **"BIANQUI EVANGELINA SUSANA C/ ARAUCO SACIF Y OTRO S/ INC. EJECUCIÓN DE ASTREINTES E/A: 431444/2010"** - (Expte.: 23240/2015) – Interlocutoria: 402/158 – Fecha: 01/10/2015 ver texto
- **"QUIROGA MABEL C/ I.P.V.U. S/ INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL"** - (Expte.: 280105/2012) – Sentencia: 141/15 – Fecha: 01/10/2015 ver texto
- **"VISCARDI DIEGO ADRIAN C/ SUC. DE LEYNNEN GUILLERMO Y OTRO S/ ACCIÓN REVOCATORIA"** - (Expte.: 427708/2010) – Sentencia: 142/15 – Fecha: 01/10/2015 ver texto
- **"QUERCI NATALIA PAOLA Y OTRO C/ CERNA ISIDRO MARCELO S/ INCIDENTE DE APELACIÓN DE MEDIDA CAUTELAR"** - (Expte.: 503114/2014) – Interlocutoria: 384/15 – Fecha: 29/09/2015 ver texto
- **"RIFFO ROSA ESTHER C/ GALICIA SEGUROS S.A."** - (Expte.: 23313/2015) – Interlocutoria: 412/15 – Fecha: 01/10/2015 ver texto
- **"JUKI SACIFIYA C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ INC. ART.533 (E/A: 487983/12)"** - (Expte.: 929/2015) – Interlocutoria: 413/15 – Fecha: 13/10/2015 ver texto



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

*Tribunal de Impugnación*

- **"CAYULEF VICENTE S/ HOMICIDIO"** - (Expte. OFIJU 550/2014) – Sentencia: 47/15 - Fecha: 27/07/2015 ver texto
- **"ARTERO SERGIO S/ HOMICIDIO"** - (Expte.: MPFNQN 11152/2014) - Sentencia S/N - Fecha: 06/08/2015 ver texto
- **"LIPTAK MARCELO RICARDO S/ DCIA."** - (Expte.: MPFCH 12118/2014) - Sentencia S/N - Fecha: 11/08/2015 ver texto
- **"GARRIDO JOSÉ LUIS S/ DEFRAUDACION POR ADMINISTRACION INFIEL"** - (Expte.: MPFNQN 10984/2014) - Sentencia S/N - Fecha: 14/08/2015 ver texto
- **"COMISARIA 41 S/ INVESTIGACIÓN PTO. HOMICIDIO (Victima Rojas...)"** - (Expte.: MPFNQN 34013/2015) - Sentencia S/N - Fecha: 18/08/2015 ver texto

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

- **"CONTI PATRICIA C/ GRAND CRU S.A. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - (Expte.: 3176/2011) – Acuerdo: 08/15 – Fecha: 18/03/2015 ver texto
- **"CARRASCOSA CAROLINA C/ MUN. VILLA LA ANGOSTURA S/ INTERDICTO"** - (Expte.: 16456/2004) – Acuerdo: 18/15 – Fecha: 16/04/2015 ver texto
- **"R. D. M. G. C/ V. S. S/ FILIACION"** - (Expte.: 38173/2014) – Acuerdo: 20/15 – Fecha: 16/04/2015 ver texto
- **"DE LEONE GUILLERMO NESTOR C/ BASSO JUAN JOSE S/ DISOLUCION Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD"** - (Expte.: 25968/2010) – Acuerdo: 31/15 – Fecha: 10/06/2015 ver texto
- **"DEFENSORA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE DE CUTRAL CO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ AMPARO"** - (Expte.: 66940/2014) – Scuerdo: 21/15 – Fecha: 14/08/2015 ver texto
- **"LAGO HERMOSO S.A. C/ MADANES LEISER S/ ACCION REIVINDICATORIA"** - (Expte.: 35421/2013) – Interlocutoria: 67/15 – Fecha: 30/07/2015 ver texto
- **"JULIANES ESTANISLAO C/ FERNANDEZ RAUL OSCAR S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - (Expte.: 30000/2011) – Acuerdo: 06/15 – Fecha: 18/03/2015 ver texto
- **"SIMONE LISANDRO JOSE C/ QUETRIHUE S.A. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - (Expte.: 33293/2012) – Acuerdo: 10/15 – Fecha: 18/03/2015 ver texto



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

- **"ZENOBI JORGE HUMBERTO C/ BIANCUCCI JORGE EDGARDO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - (Expte.: 2490/2010) – Acuerdo: 32/15 – Fecha: 10/06/2015 ver texto
- **"PEREZ GABRIELA ADRIANA C/ SU MAYORISTA S.A. S/ INDEMNIZACION"** - (Expte.: 37639/2014) – Acuerdo: 35/15 – Fecha: 30/06/2015 ver texto
- **"BIONCIOTTO ENZO FACUNDO NAHUEL C/ PRICE CLAUDIO OSVALDO Y PEREZ ANALIA S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA PAGO DE HABERES"** - (Expte.: 28114/2011) – Acuerdo: 39/15 – Fecha: 30/06/2015 ver texto
- **"P. D. J. L. C/ C. A. S/ ENRIQUECIMIENTO ILICITO Y RECONVENCIÓN POR DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD DE HECHO"** - (Expte.: 26692/2010) – Acuerdo: 50/15 – Fecha: 30/07/2015 ver texto
- **"RAMIREZ AYELEN MARISOL C/ DOMINGUEZ PABLO ANDRES Y OTRO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES"** - (Expte.: 33235/2012) – Acuerdo: 52/15 – Fecha: 30/07/2015 ver texto
- **"A. M. C. C/ R. S. G. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - (Expte.: 36320/2014) – Interlocutoria: 46/15 – Fecha: 10/06/2015 ver texto
- **"GARCIA OROZCO CINTIA SOLEDAD C/ MILLAPI RITA S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (SIN LESION)"** - (Expte.: 36947/2014) – Interlocutoria: 42/15 - Fecha: 15/05/2015 ver texto
- **"SAJOUX GERMAN JUAN C/ MISION SUDAMERICANA TAISEN DESHIMARU BUTSU (T.D.B) S/ RESOLUCION DE CONTRATO"** - (Expte.: 29449/2011) – Acuerdo: 46/15 – Fecha: 30/07/2015 ver texto
- **"ELGUETA JORGE ABDULIO C/ LAVADO YANEZ YETTY PAULINA Y OTRO S/ ESCRITURACION"** - (Expte.: 2498/2010) – Acuerdo: 51/15 – Fecha: 30/07/2015 ver texto
- **"UNIÓN DE TRABAJADORES DEL TURISMO Y GASTRONÓMICOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA C/ WETTSTEIN ALAN GERMAN S/ COBRO EJECUTIVO"** - (Expte.: 41425/2015) – Interlocutoria: 82/15 – Fecha: 15/09/2015 ver texto
- **"CONSIGLI MARIA LUISA S/ SUCESION AB-INTESTATO"** - (Expte.: 36069/2014) – Interlocutoria: 83/15 – Fecha: 15/09/2015 ver texto

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

- **"GUARINO MARIO ROBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 31639/2012) – Acuerdo: 11/15 – Fecha: 18/03/2015 ver texto
- **"GUARINO MARIO ROBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 38269/2014) – Acuerdo: 12/15 – Fecha: 18/03/2015 ver texto
- **"DE ALVEAR JORGE EMILIO C/ CARVAJAL FERNANDO A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS – MALA PRAXIS"** - (Expte.: 22339/2008) – Acuerdo: 14/15 – Fecha: 01/04/2015 ver texto
- **"LECCHI PAOLA CELESTE C/ WYSZYNSKI GUSTAVO GASTON S/ ACCION DE NULIDAD"** - (Expte.: 16460/2004) – Acuerdo: 26/15 – Fecha: 22/05/2015 ver texto
- **"RUBILAR NATANAEL C/ MOLINA EDUARDO HERNAN S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES"** - (Expte.: 29050/2011) – Interlocutoria: 65/15 – Fecha: 30/07/2015 ver texto
- **"YOFRE JULIO JORGE C/ DOWN TOWN PATAGONIA S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 34471/2013) – Acuerdo: 07/154 – Fecha: 18/03/2015 ver texto
- **"AGUAYO CECILIA TRINIDAD C/ AIELLO RAUL OSCAR Y OTRO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES"** - (Expte.: 4537/2013) – Acuerdo: 22/15 – Fecha: 17/04/2016 ver texto
- **"AGUIRRE JUAN CRUZ MARTIN C/ PACHECO RAUL MARTIN Y OTRO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - (Expte.: 31389/2012) – Acuerdo: 56/15 – Fecha: 21/08/2015 ver texto
- **"TIJE INVERSIONES S.A. C/ QUIROGA ELMA Y OTRO S/ INC. MEDIDA CAUTELAR"** - (Expte.: 306/2012) – Interlocutoria: 36/15 – Fecha: 18/03/2015 ver texto
- **"LOPEZ JUAN ANTONIO Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTÍN DE LOS ANDES S/ ACCIÓN DE AMPARO S/ INCIDENTE ARTÍCULO 31 DEL CPC Y C"** - (Expte.: 638/2015) – Interlocutoria: 27/15 – Fecha: 01/04/2015 ver texto
- **"DEFENSOR DE LOS DERECHOS DEL NIÑO C/ B. A. D. S/ INC. APELACIÓN"** - (Expte.: 3/2015) – Interlocutoria: 38/15 – Fecha: 22/04/2015 ver texto
- **"ECHAVARRIA MAURO C/ MONTENEGRO MARTA LILIANA S/ INC. EJECUCION DE HONORARIOS"** - (Expte.: 656/2015) – Interlocutoria: 51/15 – Fecha: 16/06/2015 ver texto
- **"DE CABOTEAU MARCELO FABIAN C/ CONSULT Y ASOCIADOS S.A. S/ EJECUCION DE HONORARIOS"** - (Expte.: 531/2014) – Interlocutoria: 53/15 – Fecha: 23/06/2015 ver texto

- **"CERRO BAYO S.A. C/ COLUSSI ELIZABETH S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - (Expte.: 1765/2014) – Interlocutoria: 40/15 – Fecha: 08/05/2015 ver texto
- **"TABLADO FRANCISCO C/ VALLERINI SILVIA VERONICA S/ CONSIGNACION"** - (Expte.: 3678/2012) – Acuerdo: 41/15 – Fecha: 03/07/2015 ver texto
- **"CAMPERI VIRGINIA C/ PEMA S.R.L. S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES"** - (Expte.: 3835/2012) – Acuerdo: 43/15 – Fecha: 03/07/2015 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ SORIA MIGUEL ÁNGEL S/ INCIDENTE"** - (Expte.: 408/2013) – interlocutoria: 34/15 – Fecha: 17/04/2015 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ FERNÁNDEZ SEBASTIÁN S/ APREMIO"** - (Expte.: 39715/2014) – Interlocutoria: 90/15 – Fecha: 07/10/2015 ver texto
- **"LASALA NANCY ANABELA C/ GARCIA JUAN MANUEL Y OTRO S/ COBRO EJECUTIVO"** - (Expte.: 35379/2013) – Interlocutoria: 93/15 – Fecha: 08/10/2015 ver texto

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



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

***Por Tema***

## *Accidente de tránsito*

- **"CAPRISTO STELLA MARIS C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 501125/2014) – Interlocutoria: 358/15 – Fecha: 25/08/2015 ver texto
- **"SANZ CARLOS C/ MATUZ JUAN DE DIOS Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 396065/2009) – Sentencia: 137/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto
- **"ROJAS CRISTIAN CARLOS C/ SOLORZA MIGUEL ANGEL 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 – Sala II – (Expte.: 388634/2009) – Sentencia: 140/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto
- **"BUSTAMANTE ABRISTELIA Y OTRO C/ ALTAMIRANO ZAMBRANO ALBERTO S/ D.Y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESION)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 455156/2011) – Sentencia: 118/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto
- **"MIRANDA HECTOR RENE C/ RINZAFRI ITALO VICTORIO Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 468488/2012) – Sentencia: 120/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"OVIEDO JESÚS MARCELO C/ BARRIGA JUAN PABLO Y OTROS S/ D. Y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESIÓN)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 432725/2010) – Sentencia: 124/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"PETRACCA JOSE ALBERTO C/ INDALO S. A. Y OTRO S/ D. Y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESION)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 472234/2012) – Sentencia: 160/15 – Fecha: 13/10/2015 ver texto

## *Acción de amparo*

- **"DEFENSORA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE DE CUTRAL CO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ AMPARO"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en



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

las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 66940/2014) – Scuerdo: 21/15 – Fecha: 14/08/2015 ver texto

- **"LEVILAF ELIAS C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 67066/2014) – Sentencia: 148/15 – Fecha: 24/09/2015 ver texto
- **"QUIJADA MARIA MARTA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 506190/2015) – Interlocutoria: 374/15 – Fecha: 29/09/2015 ver texto

## *Acción de lesividad*

- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ CURIPAN CARLOS ALBERTO S/ ACCION DE LESIVIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3428/2011) – Acuerdo: 45/15 – Fecha: 12/08/2015 ver texto

## *Actos procesales*

- **"CAÑUQUEO IRMA Y OTRO C/ MUÑOZ DE TORO PATAGONIA S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 502314/2014) – Interlocutoria: 340/15 – Fecha: 27/08/2015 ver texto
- **"VIDELA HORACIO FABIAN C/ GUEVARA ARIEL ALEJANDRO S/ EJECUCION DE HONORARIOS E/A 43172/2010"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 720/2015) – Interlocutoria: 369/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"MARTINEZ ESTRADA VICTOR ROBINSON S/ INCIDENTE DE BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 491/2013) – Interlocutoria: 357/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto
- **"LEMA DORIS ELIZABETH C/ PAREDES OSCAR ANIBAL S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 501421/2014) – Interlocutoria: 397/15 – Fecha: 29/09/2015 ver texto
- **"BANCO HIPOTECARIO S.A C/ TERAN DORA S/ EJECUCION HIPOTECARIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I



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

Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 502038/2013) – Sentencia: 157/15 – Fecha: 13/10/2015 ver texto

## *Administración pública*

- **"SEGURA JORGE ROBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1802/2006) – Acuerdo: 57/15 – Fecha: 07/09/2015 ver texto

## *Alimentos*

- **"S. C. M. C/ R. E. G. S/ ALIMENTOS PARA EL CONYUGUE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 64907/2014) – Interlocutoria: 349/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"T. C. A. C/ T. R. L. S/ INC. DE OFRECIMIENTO DE CUOTA ALIMENTARIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 68681/2015) – Interlocutoria: 400/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto
- **"C. M. E. C/ M. J. F. S/ INC. AUMENTO CUOTA ALIMENTARIA E/A 46342/10"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 338/2013) – Interlocutoria: 402/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto
- **"A. V. C. C/ S. R. A. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 59192/2013) – Sentencia: 166/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"R. M. A. C/ C. A. E. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 58353/2013) – Interlocutoria: 393/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"A. M. C. C/ R. S. G. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - 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.: 36320/2014) – Interlocutoria: 46/15 – Fecha: 10/06/2015 ver texto

## *Allanamiento*



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

- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ LEZANA GABRIELA CECILIA S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 5036/2014) – Acuerdo: 54/15 – Fecha: 07/09/2015 ver texto

*Apremio*

- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ PARDO JOSE FERNANDO S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 463660/2012) – Sentencia: 121/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto

*Cesión de derechos*

- **"LECCHI PAOLA CELESTE C/ WYSZYNSKI GUSTAVO GASTON S/ ACCION DE NULIDAD"** - 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.: 16460/2004) – Acuerdo: 26/15 – Fecha: 22/05/2015 ver texto

*Competencia*

- **"BARRIA FRANCISCO RODOLFO S/ DCIA. PTO. DELITO CONTRA LAS PERSONAS 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA´"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 49/2015) – Acuerdo: 27/15 – Fecha: 06/08/2015 ver texto
- **"A.D.I. NQN C/ GEOTHERMAL ONE INC S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 503391/2014) – Interlocutoria: 307/15 – Fecha: 11/08/2015 ver texto

*Compraventa*

- **"LIZASO JORGE LUIS C/ PELAEZ VICTOR Y OTRO S/ RESOLUCION DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 296918/2033) – Interlocutoria: 397/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto



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

## *Contratos*

- **"ZENOBI JORGE HUMBERTO C/ BIANCUCCI JORGE EDGARDO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 2490/2010) – Acuerdo: 32/15 – Fecha: 10/06/2015 ver texto
- **"ELGUETA JORGE ABDULIO C/ LAVADO YANEZ YETTY PAULINA Y OTRO S/ ESCRITURACION"** - 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.: 2498/2010) – Acuerdo: 51/15 – Fecha: 30/07/2015 ver texto

## *Contratos civiles*

- **"SAJOUX GERMAN JUAN C/ MISION SUDAMERICANA TAISEN DESHIMARU BUTSU (T.D.B) S/ RESOLUCION DE CONTRATO"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 29449/2011) – Acuerdo: 46/15 – Fecha: 30/07/2015 ver texto

## *Contratos comerciales*

- **"GOMEZ MARCELO JOSE C/ SAN CRISTOBAL SMSG S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 421993/2010) – Sentencia: 139/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto

## *Contrato de trabajo*

- **"FERNANDEZ HUESCAR LUCIA IMELDA C/ AMATO CLAUDIA MARCELA S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 389839/2009) – Sentencia: 129/15 – Fecha: 25/08/2015 ver texto
- **"JUAREZ HECTOR HUGO Y OTROS C/ FRUTOS DEL CHAÑAR S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de



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

Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 414956/2010) – Sentencia: 130/15 – Fecha: 25/08/2015 ver texto

- **"LEON PABLO ADRIAN C/ PRESELLO GUILLERMO OMAR Y OTRO S/ DESPIDO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 343357/2006) – Sentencia: 115/15 – Fecha: 27/08/2015 ver texto
- **"CONTI PATRICIA C/ GRAND CRU 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.: 3176/2011) – Acuerdo: 08/15 – Fecha: 18/03/2015 ver texto
- **"YOFRE JULIO JORGE C/ DOWN TOWN PATAGONIA S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 34471/2013) – Acuerdo: 07/154 – Fecha: 18/03/2015 ver texto
- **"SIMONE LISANDRO JOSE C/ QUETRIHUE 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.: 33293/2012) – Acuerdo: 10/15 – Fecha: 18/03/2015 ver texto
- **"AGUAYO CECILIA TRINIDAD C/ AIELLO RAUL OSCAR Y OTRO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 4537/2013) – Acuerdo: 22/15 – Fecha: 17/04/2016 ver texto
- **"PEREZ GABRIELA ADRIANA C/ SU MAYORISTA S.A. S/ INDEMNIZACION"** - 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.: 37639/2014) – Acuerdo: 35/15 – Fecha: 30/06/2015 ver texto
- **"BIONCIOTTO ENZO FACUNDO NAHUEL C/ PRICE CLAUDIO OSVALDO Y PEREZ ANALIA S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA PAGO DE HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 28114/2011) – Acuerdo: 39/15 – Fecha: 30/06/2015 ver texto
- **"RAMIREZ AYELEN MARISOL C/ DOMINGUEZ PABLO ANDRES Y OTRO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil,

Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 33235/2012) – Acuerdo: 52/15 – Fecha: 30/07/2015 ver texto

- **"AGUIRRE JUAN CRUZ MARTIN C/ PACHECO RAUL MARTIN Y OTRO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 31389/2012) – Acuerdo: 56/15 – Fecha: 21/08/2015 ver texto

*Daños y perjuicios*

- **"TRONCOSO ROBERTO FERNANDO C/ OLIVERA CARLOS FABIAN Y OTRO S/ D. y P. USO AUTOMOTOR C/ LESIÓN O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 468590/2013) - Sentencia: 109/15 – Fecha: 13/08/2015 ver texto
- **"DE ALVEAR JORGE EMILIO C/ CARVAJAL FERNANDO A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS – MALA PRAXIS"** - 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.: 22339/2008) – Acuerdo: 14/15 – Fecha: 01/04/2015 ver texto

*Derecho colectivo de trabajo*

- **"ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO (A.T.E.) C/ MARCOTE ALFREDO LUIS ROBERTO Y OTROS S/ PEDIDO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 504551/2014) – Interlocutoria: 338/15 – Fecha: 25/08/2015 ver texto

*Divorcio*

- **"M. R. A. C/ S. D. S. S/ DIVORCIO VINCULAR CON CAUSA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 50834/2011) – Sentencia: 167/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto

*Dominio*

- **"CORTEZ VILMA JERONIMA Y OTRO C/ TOQUI S.A. S/ INMISIONES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 370352/2008) – Sentencia: 124/15 – Fecha: 13/08/2015 ver texto
- **"GARCIA LUCIANO RUBEN C/ TOMAS GUARINO E HIJOS S.C.A. S/ ESCRITURACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 382988/2008) – Interlocutoria: 384/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto

## *Ejecución de honorarios*

- **"RISCHMANN MICHEL J C/ DIEU JOSE ALEJANDRO S/ EJEC. HON. EN AUTOS (43949/10)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 115/2012) – Interlocutoria: 370/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto

## *Empleo público*

- **"ARCE ELSA DEL CARMEN C/ MUNICIPALIDAD DE ZAPALA S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2621/2008) – Acuerdo: 39/15 – Fecha: 31/08/2015 ver texto
- **"DI LAURO IVANA ELIZABETH C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3564/2011) – Acuerdo: 40/15 – Fecha: 05/08/2015 ver texto
- **"ROMERO LUIS OSCAR C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2477/2008) – Acuerdo: 49/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto
- **"MUÑOZ ANTONINA DEL CARMEN C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3069/2010) – Acuerdo: 55/15 – Fecha: 07/09/2015 ver texto

## *Excepciones procesales*

- **"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 – Sala III – (Expte.: 504546/2014) – Interlocutoria: 331/15 – Fecha: 25/08/2015 ver texto



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

- **"TECLES CECILIA C/ INST. DE ENFERM. CARDIOVASCULARES SAN PABLO S.R.L. S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 501884/2014) – Interlocutoria: 341/15 – Fecha: 27/08/2015 ver texto
- **"LAGO HERMOSO S.A. C/ MADANES LEISER S/ ACCION REIVINDICATORIA"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 35421/2013) – Interlocutoria: 67/15 – Fecha: 30/07/2015 ver texto
- **"GARCIA OROZCO CINTIA SOLEDAD C/ MILLAPI RITA S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (SIN LESION)"** - 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.: 36947/2014) – Interlocutoria: 42/15 - Fecha: 15/05/2015 ver texto

## *Excusación. Recusación*

- **"LOPEZ JUAN ANTONIO Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTÍN DE LOS ANDES S/ ACCIÓN DE AMPARO S/ INCIDENTE ARTÍCULO 31 DEL CPC Y C"** - 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.: 638/2015) – Interlocutoria: 27/15 – Fecha: 01/04/2015 ver texto

## *Extinción de las obligaciones*

- **"TABLADO FRANCISCO C/ VALLERINI SILVIA VERONICA S/ CONSIGNACION"** - 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.: 3678/2012) – Acuerdo: 41/15 – Fecha: 03/07/2015 ver texto

## *Extraordinarios locales*

- **"SUCESORES DE IDIZARRI MYRIAN E. C/ ASISTENCIA INTEGRAL S.R.L. S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 11/2012) – Acuerdo: 31/15 – Fecha: 31/08/2015 ver texto
- **"BENIZ HUGO ALEJANDRO C/ B. J. SERVICES S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 11/2009) – Acuerdo: 32/15 – Fecha: 31/08/2015 ver texto

*Filiación*

- **"T. R. E. C/ C. G. S/ FILIACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 249156/2000) – Sentencia: 159/15 – Fecha: 13/10/2015 ver texto

*Gastos del proceso*

- **"MALDONADO CECILIA ELENA C/ EMP. CONSTR. ROQUE MOCCIOLA S.A. Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 350318/2007) – Interlocutoria: 367/15 – Fecha: 15/09/2015 ver texto
- **"S. O. C. A. C/ N. T. M. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 69773/2015) – Interlocutoria: 387/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto
- **"ABOJER ILEANA EDITH C/ PIRE RAYEN AUTOMOTORES S.A. Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACION E/A 507835"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 3216/2015) – Interlocutoria: 363/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"GUARINO MARIO ROBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 31639/2012) – Acuerdo: 11/15 – Fecha: 18/03/2015 ver texto
- **"GUARINO MARIO ROBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 38269/2014) – Acuerdo: 12/15 – Fecha: 18/03/2015 ver texto
- **"R. D. M. G. C/ V. S. S/ FILIACION"** - 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.: 38173/2014) – Acuerdo: 20/15 – Fecha: 16/04/2015 ver texto
- **"RUBILAR NATANAEL C/ MOLINA EDUARDO HERNAN S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial,



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

Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 29050/2011) – Interlocutoria: 65/15 – Fecha: 30/07/2015 ver texto

- **"FABANI JAVIELA LILIANA C/ FUNES RAMÓN ELISEO S/ EJECUCIÓN DE HONORARIOS E/A 158584/05"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 1065/2015) – Interlocutoria: 372/15 – Fecha: 17/09/2015 ver texto
- **"MARCELLINO MIGUEL ANGEL S/ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 331281/2005) – Interlocutoria: 392/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"SUCESORES DE URRUTIA RUIZ DAVID ISRAEL C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 66/2001) – Acuerdo: 34/15 – Fecha: 16/09/2015 ver texto
- **"ECHAVARRIA MAURO C/ MONTENEGRO MARTA LILIANA S/ INC. EJECUCION DE HONORARIOS"** - 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.: 656/2015) – Interlocutoria: 51/15 – Fecha: 16/06/2015 ver texto
- **"ACUDEN C/ EPAS S/ INCIDENTE DE APELACION E/A 509057/2015"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 53265/2015) – Interlocutoria: 465/15 – Fecha: 15/10/2015 ver texto
- **"CIPRESSI MARGARITA C/ JAUREGUI VICTOR RODOLFO Y OTRO S/ EJECUCION DE HONORARIOS EA 469054"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 63168/2014) – Interlocutoria: 476/15 – Fecha: 20/10/2015 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ FERNÁNDEZ SEBASTIÁN S/ APREMIO"** - 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.: 39715/2014) – Interlocutoria: 90/15 – Fecha: 07/10/2015 ver texto
- **"LASALA NANCY ANABELA C/ GARCIA JUAN MANUEL Y OTRO S/ COBRO EJECUTIVO"** - 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.: 35379/2013) – Interlocutoria: 93/15 – Fecha: 08/10/2015 ver texto



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

*Honorarios*

- **"INDELICATO MIRTA BEATRIZ C/ JAUREGUIBERRY ADOLFO ERNESTO S/ DIVISION DE CONDOMINIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 459290/2011) – Interlocutoria: 376/15 – Fecha: 29/09/2015 ver texto

*Impugnación extraordinaria:*

- **"RODRIGUEZ MARIA ROSARIO S/ DENUNCIA 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 105/2014) – Acuerdo: 30/15 – Fecha: 14/08/2015 ver texto
- **"DÍAZ JUAN LEONARDO – SERRANO LEANDRO ARIEL S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 12/2015) – Acuerdo: 31/15 – Fecha: 24/08/2015 ver texto
- **"FLORES YASMINA NOEMÍ S/ ROBO CALIFICADO 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA´"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 74/2015) – Acuerdo: 32/15 – Fecha: 21/09/2015 ver texto

*Incumplimiento contractual*

- **"QUIROGA MABEL C/ I.P.V.U. S/ INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 280105/2012) – Sentencia: 141/15 – Fecha: 01/10/2015 ver texto

*Intereses*

- **"VANNICOLA EDUARDO DANIEL C/ IBAÑEZ DANIEL ALFREDO Y OTRO S/DETERMINACION DE HONORARIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial - Sala II – (Expte.: 449727/2011) – Sentencia: 161/15 – Fecha: 15/10/2015 ver texto

*Jubilaciones y pensiones*

- **"MELLAO ADOLFO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUÉN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal



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

Administrativa – (Expte.: 3581/2012) – Acuerdo: 48/15 – Fecha: 31/08/2015 ver texto

- **"RAMÍREZ BEATRIZ Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2355/2008) – Acuerdo: 56/15 – Fecha: 07/09/2015 ver texto

*Juicio por jurado*

- **"CAYULEF VICENTE S/ HOMICIDIO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte. OFIJU 550/2014) – Sentencia: 47/15 - Fecha: 27/07/2015 ver texto

*Ley de contrato de trabajo*

- **"CAMPERI VIRGINIA C/ PEMA S.R.L. S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 3835/2012) – Acuerdo: 43/15 – Fecha: 03/07/2015 ver texto

*Ley de cooperativas*

- **"LA ROSA JORGE FABIAN C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 6076/2015) – Acuerdo: 34/15 – Fecha: 01/07/2015 ver texto

*Medidas cautelares*

- **"TARDUGNO NORMA AIDE C/ ASOCIART ART S.A. S/ EMBARGO PREVENTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 1611/2014) – Interlocutoria: 359/15 – Fecha: 25/08/2015 ver texto
- **"E.P.E.N. C/ COOP.DE SERV. PUBL. PLOTTIER LTD S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 347865/2007) – Interlocutoria: 364/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto



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

- **"M. L. I. S/ SITUACION LEY 2212"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 67105/2014) – Interlocutoria: 368/15 – Fecha: 15/09/2015 ver texto
- **"TIJE INVERSIONES S.A. C/ QUIROGA ELMA Y OTRO S/ INC. MEDIDA CAUTELAR"** - 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.: 306/2012) – Interlocutoria: 36/15 – Fecha: 18/03/2015 ver texto
- **"DEFENSOR DE LOS DERECHOS DEL NIÑO C/ B. A. D. S/ INC. APELACIÓN"** - 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.: 3/2015) – Interlocutoria: 38/15 – Fecha: 22/04/2015 ver texto
- **"QUERCI NATALIA PAOLA Y OTRO C/ CERNA ISIDRO MARCELO S/ INCIDENTE DE APELACIÓN DE MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 503114/2014) – Interlocutoria: 384/15 – Fecha: 29/09/2015 ver texto
- **"RIFFO ROSA ESTHER C/ GALICIA SEGUROS S.A."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 23313/2015) – Interlocutoria: 412/15 – Fecha: 01/10/2015 ver texto
- **"JUKI SACIFIYA C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ INC. ART. 533 (E/A: 487983/12)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 929/2015) – Interlocutoria: 413/15 – Fecha: 13/10/2015 ver texto
- **"MAUTI LINA C/ LOPEZ GUSTAVO GABRIEL S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 395998/2009) – Interlocutoria: 461/15 – Fecha: 13/10/2015 ver texto

*Nulidad de oficio*

- **"DE CABOTEAU MARCELO FABIAN C/ CONSULT Y ASOCIADOS S.A. S/ EJECUCION DE HONORARIOS"** - 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.: 531/2014) – Interlocutoria: 53/15 – Fecha: 23/06/2015 ver texto

*Nulidad procesal*

- **"CERRO BAYO S.A. C/ COLUSSI ELIZABETH S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - 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.: 1765/2014) – Interlocutoria: 40/15 – Fecha: 08/05/2015 ver texto

## *Obligaciones*

- **"JULIANES ESTANISLAO C/ FERNANDEZ RAUL OSCAR S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 30000/2011) – Acuerdo: 06/15 – Fecha: 18/03/2015 ver texto
- **"P. D. J. L. C/ C. A. S/ ENRIQUECIMIENTO ILICITO Y RECONVENCIÓN POR DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD DE HECHO"** - 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.: 26692/2010) – Acuerdo: 50/15 – Fecha: 30/07/2015 ver texto

## *Organización de la justicia*

- **"BANCO DE LA PAMPA S.E.M. C/ LUCERO JOSE ADRIAN S/ PREPARA VIA EJECUTIVA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 476548/2012) – Interlocutoria: 362/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"ELIAS TERESA GLADYS C/ OSPLAD S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 340345/2006) – Interlocutoria: 388/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto
- **"BIANQUI EVANGELINA SUSANA C/ ARAUCO SACIF Y OTRO S/ INC. EJECUCIÓN DE ASTREINTES E/A: 431444/2010"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 23240/2015) – Interlocutoria: 402/158 – Fecha: 01/10/2015 ver texto

## *Partes del Proceso*

- **"HOINGO SERGIO DANIEL C/ P.C.C. S.R.L. S/ INCIDENTE APELACION E/A: HOINGO SERGIO DANIEL C/ P.C.C. S.R.L. S/ DESPIDO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil,



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

Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 1669/2013) – Interlocutoria: 371/15 – Fecha: 15/09/2015 ver texto

*Procesos especiales*

- **"PELAEZ VICTOR C/ LIZASO JORGE LUIS S/ RENDICION DE CUENTAS EXPTE 297357/3 Y 315781/4 ACUMULADOS A LOS PTES."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 302144/2003) – Interlocutoria: 399/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto
- **"CARRASCOSA CAROLINA C/ MUN. VILLA LA ANGOSTURA S/ INTERDICTO"** - 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.: 16456/2004) – Acuerdo: 18/15 – Fecha: 16/04/2015 ver texto
- **"VISCARDI DIEGO ADRIAN C/ SUC. DE LEYNNEN GUILLERMO Y OTRO S/ ACCIÓN REVOCATORIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 427708/2010) – Sentencia: 142/15 – Fecha: 01/10/2015 ver texto

*Procesos de conocimiento*

- **"DISTRIBUIDORA OLIVOS S.R.L. C/ IRAIRA JUAN JOSE S/ PEDIDO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 505287/2015) – Interlocutoria: 358/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto

*Procesos de ejecución*

- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ MERCADO CIUDAD DE BUENOS AIRES S.A. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 490944/2013) – Sentencia: 114/15 – Fecha: 27/08/2015 ver texto

*Prueba*



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

- **"J. O. S/ ABUSO SEXUAL (IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA)"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 65/2015) – Acuerdo: 28/15 – Fecha: 14/08/2015 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ SORIA MIGUEL ÁNGEL S/ INCIDENTE"** - 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.: 408/2013) – interlocutoria: 34/15 – Fecha: 17/04/2015 ver texto

*Recursos*

- **"MOLINA PABLO - VAZQUEZ Y BERRONDO S/ ROBO CALIFICADO 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA´"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 63/2015) – Acuerdo: 29/15 – Fecha: 14/08/2015 ver texto
- **"ARTERO SERGIO S/ HOMICIDIO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQN 11152/2014) - Sentencia S/N - Fecha: 06/08/2015 ver texto

*Recurso de apelación*

- **"FRATICELLI ROGELIO ALBERTO Y OTROS C/ COOPERATIVA DE SERVICIOS PUBLICOS PLOTTIER LTDA S/ INCIDENTE DE APELACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 3204/2015) – Interlocutoria: 368/15 – Fecha: 26/08/2015 ver texto

*Recurso extraordinario*

- **"BELIZ CLAUDIO EMANUEL S/ HOMICIDIO DOLOSO SIMPLE (ART. 79) (IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA)"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 55/2015) – Acuerdo: 26/15 – Fecha: 29/07/2015 ver texto

*Recurso extraordinario local*

- **"A.G.J.A. C/ G.U.N.I. S/ RESTITUCIÓN"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 6385/2014) – Interlocutoria: 239/15 – Fecha: 14/10/2015 ver texto

*Régimen de visitas*



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

- **"L. H. I. C/ B. C. S. S/ REGIMEN DE VISITAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 44907/2010) – Interlocutoria: 427/15 – Fecha: 24/09/2015 ver texto
- **"R. O. R. S. C/ M. C. S/ INCIDENTE DE ELEVACION" (E/A: 71436/15)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 817/2015) – Interlocutoria: 482/15 – Fecha: 22/10/2015 ver texto

*Resoluciones recurribles*

- **"LIPTAK MARCELO RICARDO S/ DCIA."** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCH 12118/2014) - Sentencia S/N - Fecha: 11/08/2015 ver texto
- **"COMISARIA 41 S/ INVESTIGACIÓN PTO. HOMICIDIO (Victima Rojas...)"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQN 34013/2015) - Sentencia S/N - Fecha: 18/08/2015 ver texto

*Responsabilidad del estado*

- **"MOYA MARTA ROSANA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 975/2003) – Acuerdo: 36/15 – Fecha: 30/07/2015 ver texto

*Seguridad social*

- **"F. J. M. Y OTRA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2160/2007) – Acuerdo: 50/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto

*Seguros*

- **"HUMANA PEDRO C/ FLORES NAZARIO Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C /LESION O MUERTE ACUM. EXPTE. 458741/11 "HERMOSILLA BOSQUE MARIA ISABEL C/ FLORES NAZARIO S/ D.Y P."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 444267/2011) – Sentencia: 123/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto

*Sociedades comerciales*

- **"F. E. G. C/ B. K. G. S/ DISOLUCION DE SOCIEDAD"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 316234/2004) – Sentencia: 128/15 – Fecha: 25/08/2015 ver texto
- **"DE LEONE GUILLERMO NESTOR C/ BASSO JUAN JOSE S/ DISOLUCION Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD"** - 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.: 25968/2010) – Acuerdo: 31/15 – Fecha: 10/06/2015 ver texto

*Subrogancia*

- **"CABRAL ALEJANDRO Y OTRA C/ PROVINCIA DE NEUQUEN (PODER JUDICIAL) S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3554/2011) – Acuerdo: 51/15 – Fecha: 07/09/2015 ver texto

*Sucesiones*

- **"CONSIGLI MARIA LUISA S/ SUCESION AB-INTESTATO"** - 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.: 36069/2014) – Interlocutoria: 83/15 – Fecha: 15/09/2015 ver texto

*Tenencia*

- **"A. G. J. A. C/ G.U.N.I. S/ RESTITUCION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 6385/2014) – Interlocutoria: 47/15 – Fecha: 24/02/2015 ver texto

*Título de crédito*

- **"UNIÓN DE TRABAJADORES DEL TURISMO Y GASTRONÓMICOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA C/ WETTSTEIN ALAN GERMAN S/ COBRO EJECUTIVO"** - 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.: 41425/2015) – Interlocutoria: 82/15 – Fecha: 15/09/2015 ver texto

Volver al índice -Por Organismo

-Por Tema

-Por Carátula



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

Por Carátula

- **"A. G. J. A. C/ G.U.N.I. S/ RESTITUCION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 6385/2014) – Interlocutoria: 47/15 – Fecha: 24/02/2015 ver texto
- **"A.G.J.A. C/ G.U.N.I. S/ RESTITUCIÓN"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 6385/2014) – Interlocutoria: 239/15 – Fecha: 14/10/2015 ver texto
- **"A. M. C. C/ R. S. G. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - 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.: 36320/2014) – Interlocutoria: 46/15 – Fecha: 10/06/2015 ver texto
- **"A. V. C. C/ S. R. A. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 59192/2013) – Sentencia: 166/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"A.D.I. NQN C/ GEOTHERMAL ONE INC S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 503391/2014) – Interlocutoria: 307/15 – Fecha: 11/08/2015 ver texto
- **"ABOJER ILEANA EDITH C/ PIRE RAYEN AUTOMOTORES S.A. Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACION E/A 507835"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 3216/2015) – Interlocutoria: 363/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"ACUDEN C/ EPAS S/ INCIDENTE DE APELACION E/A 509057/2015"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 53265/2015) – Interlocutoria: 465/15 – Fecha: 15/10/2015 ver texto
- **"AGUAYO CECILIA TRINIDAD C/ AIELLO RAUL OSCAR Y OTRO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 4537/2013) – Acuerdo: 22/15 – Fecha: 17/04/2016 ver texto
- **"AGUIRRE JUAN CRUZ MARTIN C/ PACHECO RAUL MARTIN Y OTRO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 31389/2012) – Acuerdo: 56/15 – Fecha: 21/08/2015 ver texto
- **"ARCE ELSA DEL CARMEN C/ MUNICIPALIDAD DE ZAPALA S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2621/2008) – Acuerdo: 39/15 – Fecha: 31/08/2015 ver texto
- **"ARTERO SERGIO S/ HOMICIDIO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQN 11152/2014) - Sentencia S/N - Fecha: 06/08/2015 ver texto
- **"ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO (A.T.E.) C/ MARCOTE ALFREDO LUIS ROBERTO Y OTROS S/ PEDIDO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 504551/2014) – Interlocutoria: 338/15 – Fecha: 25/08/2015 ver texto
- **"BANCO DE LA PAMPA S.E.M. C/ LUCERO JOSE ADRIAN S/ PREPARA VIA EJECUTIVA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I

Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 476548/2012) – Interlocutoria: 362/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto

- **"BANCO HIPOTECARIO S.A C/ TERAN DORA S/ EJECUCION HIPOTECARIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 502038/2013) – Sentencia: 157/15 – Fecha: 13/10/2015 ver texto
- **"BARRIA FRANCISCO RODOLFO S/ DCIA. PTO. DELITO CONTRA LAS PERSONAS 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA´"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 49/2015) – Acuerdo: 27/15 – Fecha: 06/08/2015 ver texto
- **"BELIZ CLAUDIO EMANUEL S/ HOMICIDIO DOLOSO SIMPLE (ART. 79) (IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA)"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 55/2015) – Acuerdo: 26/15 – Fecha: 29/07/2015 ver texto
- **"BENIZ HUGO ALEJANDRO C/ B. J. SERVICES S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 11/2009) – Acuerdo: 32/15 – Fecha: 31/08/2015 ver texto
- **"BIANQUI EVANGELINA SUSANA C/ ARAUCO SACIF Y OTRO S/ INC. EJECUCIÓN DE ASTREINTES E/A: 431444/2010"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 23240/2015) – Interlocutoria: 402/158 – Fecha: 01/10/2015 ver texto
- **"BIONCIOTTO ENZO FACUNDO NAHUEL C/ PRICE CLAUDIO OSVALDO Y PEREZ ANALIA S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA PAGO DE HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 28114/2011) – Acuerdo: 39/15 – Fecha: 30/06/2015 ver texto
- **"BUSTAMANTE ABRISTELIA Y OTRO C/ ALTAMIRANO ZAMBRANO ALBERTO S/ D.Y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESION)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 455156/2011) – Sentencia: 118/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto
- **"C. M. E. C/ M. J. F. S/ INC. AUMENTO CUOTA ALIMENTARIA E/A 46342/10"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 338/2013) – Interlocutoria: 402/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto
- **"CABRAL ALEJANDRO Y OTRA C/ PROVINCIA DE NEUQUEN (PODER JUDICIAL) S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3554/2011) – Acuerdo: 51/15 – Fecha: 07/09/2015 ver texto
- **"CAMPERI VIRGINIA C/ PEMA S.R.L. S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 3835/2012) – Acuerdo: 43/15 – Fecha: 03/07/2015 ver texto
- **"CAÑUQUEO IRMA Y OTRO C/ MUÑOZ DE TORO PATAGONIA S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 502314/2014) – Interlocutoria: 340/15 – Fecha: 27/08/2015 ver texto
- **"CAPRISTO STELLA MARIS C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción

Judicial – Sala II – (Expte.: 501125/2014) – Interlocutoria: 358/15 – Fecha: 25/08/2015 ver texto

- **"CARRASCOSA CAROLINA C/ MUN. VILLA LA ANGOSTURA S/ INTERDICTO"** - 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.: 16456/2004) – Acuerdo: 18/15 – Fecha: 16/04/2015 ver texto
- **"CAYULEF VICENTE S/ HOMICIDIO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte. OFIJU 550/2014) – Sentencia: 47/15 - Fecha: 27/07/2015 ver texto
- **"CERRO BAYO S.A. C/ COLUSSI ELIZABETH S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - 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.: 1765/2014) – Interlocutoria: 40/15 – Fecha: 08/05/2015 ver texto
- **"CIPRESSI MARGARITA C/ JAUREGUI VICTOR RODOLFO Y OTRO S/ EJECUCION DE HONORARIOS EA 469054"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 63168/2014) – Interlocutoria: 476/15 – Fecha: 20/10/2015 ver texto
- **"COMISARIA 41 S/ INVESTIGACIÓN PTO. HOMICIDIO (Victima Rojas...)"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQN 34013/2015) - Sentencia S/N - Fecha: 18/08/2015 ver texto
- **"CONSIGLI MARIA LUISA S/ SUCESION AB-INTESTATO"** - 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.: 36069/2014) – Interlocutoria: 83/15 – Fecha: 15/09/2015 ver texto
- **"CONTI PATRICIA C/ GRAND CRU 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.: 3176/2011) – Acuerdo: 08/15 – Fecha: 18/03/2015 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 – Sala III – (Expte.: 504546/2014) – Interlocutoria: 331/15 – Fecha: 25/08/2015 ver texto
- **"CORTEZ VILMA JERONIMA Y OTRO C/ TOQUI S.A. S/ INMISIONES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 370352/2008) – Sentencia: 124/15 – Fecha: 13/08/2015 ver texto
- **"DE ALVEAR JORGE EMILIO C/ CARVAJAL FERNANDO A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS – MALA PRAXIS"** - 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.: 22339/2008) – Acuerdo: 14/15 – Fecha: 01/04/2015 ver texto
- **"DE CABOTEAU MARCELO FABIAN C/ CONSULT Y ASOCIADOS S.A. S/ EJECUCION DE HONORARIOS"** - 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.: 531/2014) – Interlocutoria: 53/15 – Fecha: 23/06/2015 ver texto
- **"DE LEONE GUILLERMO NESTOR C/ BASSO JUAN JOSE S/ DISOLUCION Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD"** - 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.: 25968/2010) – Acuerdo: 31/15 – Fecha: 10/06/2015 ver texto

- **"DEFENSOR DE LOS DERECHOS DEL NIÑO C/ B. A. D. S/ INC. APELACIÓN"** - 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.: 3/2015) – Interlocutoria: 38/15 – Fecha: 22/04/2015 ver texto
- **"DEFENSORA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE DE CUTRAL CO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ AMPARO"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 66940/2014) – Scuerdo: 21/15 – Fecha: 14/08/2015 ver texto
- "**DI LAURO IVANA ELIZABETH C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3564/2011) – Acuerdo: 40/15 – Fecha: 05/08/2015 ver texto
- **"DÍAZ JUAN LEONARDO – SERRANO LEANDRO ARIEL S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 12/2015) – Acuerdo: 31/15 – Fecha: 24/08/2015 ver texto
- **"DISTRIBUIDORA OLIVOS S.R.L. C/ IRAIRA JUAN JOSE S/ PEDIDO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 505287/2015) – Interlocutoria: 358/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto
- **"E.P.E.N. C/ COOP.DE SERV. PUBL. PLOTTIER LTD S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 347865/2007) – Interlocutoria: 364/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"ECHAVARRIA MAURO C/ MONTENEGRO MARTA LILIANA S/ INC. EJECUCION DE HONORARIOS"** - 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.: 656/2015) – Interlocutoria: 51/15 – Fecha: 16/06/2015 ver texto
- **"ELGUETA JORGE ABDULIO C/ LAVADO YANEZ YETTY PAULINA Y OTRO S/ ESCRITURACION"** - 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.: 2498/2010) – Acuerdo: 51/15 – Fecha: 30/07/2015 ver texto
- **"ELIAS TERESA GLADYS C/ OSPLAD S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 340345/2006) – Interlocutoria: 388/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto
- **"F. E. G. C/ B. K. G. S/ DISOLUCION DE SOCIEDAD"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 316234/2004) – Sentencia: 128/15 – Fecha: 25/08/2015 ver texto
- **"F. J. M. Y OTRA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2160/2007) – Acuerdo: 50/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto
- **"FABANI JAVIELA LILIANA C/ FUNES RAMÓN ELISEO S/ EJECUCIÓN DE HONORARIOS E/A 158584/05"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial,

Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 1065/2015) – Interlocutoria: 372/15 – Fecha: 17/09/2015 ver texto

- **"FERNANDEZ HUESCAR LUCIA IMELDA C/ AMATO CLAUDIA MARCELA S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 389839/2009) – Sentencia: 129/15 – Fecha: 25/08/2015 ver texto
- **"FLORES YASMINA NOEMÍ S/ ROBO CALIFICADO 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA´"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 74/2015) – Acuerdo: 32/15 – Fecha: 21/09/2015 ver texto
- **"FRATICELLI ROGELIO ALBERTO Y OTROS C/ COOPERATIVA DE SERVICIOS PUBLICOS PLOTTIER LTDA S/ INCIDENTE DE APELACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 3204/2015) – Interlocutoria: 368/15 – Fecha: 26/08/2015 ver texto
- **"GARCIA LUCIANO RUBEN C/ TOMAS GUARINO E HIJOS S.C.A. S/ ESCRITURACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 382988/2008) – Interlocutoria: 384/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto
- **"GARCIA OROZCO CINTIA SOLEDAD C/ MILLAPI RITA S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (SIN LESION)"** - 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.: 36947/2014) – Interlocutoria: 42/15 - Fecha: 15/05/2015 ver texto
- **"GARRIDO JOSÉ LUIS S/ DEFRAUDACION POR ADMINISTRACION INFIEL"** - Tribunal de Impugnación- (Expte.: MPFNQN 10984/2014) - Sentencia S/N - Fecha: 14/08/2015 ver texto
- **"GOMEZ MARCELO JOSE C/ SAN CRISTOBAL SMSG S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 421993/2010) – Sentencia: 139/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto
- **"GUARINO MARIO ROBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 31639/2012) – Acuerdo: 11/15 – Fecha: 18/03/2015 ver texto
- **"GUARINO MARIO ROBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 38269/2014) – Acuerdo: 12/15 – Fecha: 18/03/2015 ver texto
- **"HOINGO SERGIO DANIEL C/ P.C.C. S.R.L. S/ INCIDENTE APELACION E/A: HOINGO SERGIO DANIEL C/ P.C.C. S.R.L. S/ DESPIDO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 1669/2013) – Interlocutoria: 371/15 – Fecha: 15/09/2015 ver texto
- **"HUMANA PEDRO C/ FLORES NAZARIO Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C /LESION O MUERTE ACUM. EXPTE. 458741/11 "HERMOSILLA BOSQUE MARIA ISABEL C/ FLORES NAZARIO S/ D.Y P."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 444267/2011) – Sentencia: 123/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto

- **"INDELICATO MIRTA BEATRIZ C/ JAUREGUIBERRY ADOLFO ERNESTO S/ DIVISION DE CONDOMINIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 459290/2011) – Interlocutoria: 376/15 – Fecha: 29/09/2015 ver texto
- **"J. O. S/ ABUSO SEXUAL (IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA)"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 65/2015) – Acuerdo: 28/15 – Fecha: 14/08/2015 ver texto
- **"JUAREZ HECTOR HUGO Y OTROS C/ FRUTOS DEL CHAÑAR S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 414956/2010) – Sentencia: 130/15 – Fecha: 25/08/2015 ver texto
- **"JUKI SACIFIYA C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ INC. ART.533 (E/A: 487983/12)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 929/2015) – Interlocutoria: 413/15 – Fecha: 13/10/2015 ver texto
- **"JULIANES ESTANISLAO C/ FERNANDEZ RAUL OSCAR S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 30000/2011) – Acuerdo: 06/15 – Fecha: 18/03/2015 ver texto
- **"L. H. I. C/ B. C. S. S/ REGIMEN DE VISITAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 44907/2010) – Interlocutoria: 427/15 – Fecha: 24/09/2015 ver texto
- **"LA ROSA JORGE FABIAN C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 6076/2015) – Acuerdo: 34/15 – Fecha: 01/07/2015 ver texto
- **"LAGO HERMOSO S.A. C/ MADANES LEISER S/ ACCION REIVINDICATORIA"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 35421/2013) – Interlocutoria: 67/15 – Fecha: 30/07/2015 ver texto
- **"LASALA NANCY ANABELA C/ GARCIA JUAN MANUEL Y OTRO S/ COBRO EJECUTIVO"** - 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.: 35379/2013) – Interlocutoria: 93/15 – Fecha: 08/10/2015 ver texto
- **"LECCHI PAOLA CELESTE C/ WYSZYNSKI GUSTAVO GASTON S/ ACCION DE NULIDAD"** - 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.: 16460/2004) – Acuerdo: 26/15 – Fecha: 22/05/2015 ver texto
- **"LEMA DORIS ELIZABETH C/ PAREDES OSCAR ANIBAL S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 501421/2014) – Interlocutoria: 397/15 – Fecha: 29/09/2015 ver texto
- **"LEON PABLO ADRIAN C/ PRESELLO GUILLERMO OMAR Y OTRO S/ DESPIDO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 343357/2006) – Sentencia: 115/15 – Fecha: 27/08/2015 ver texto

- **"LEVILAF ELIAS C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 67066/2014) – Sentencia: 148/15 – Fecha: 24/09/2015 ver texto
- **"LIPTAK MARCELO RICARDO S/ DCIA."** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCH 12118/2014) - Sentencia S/N - Fecha: 11/08/2015 ver texto
- **"LIZASO JORGE LUIS C/ PELAEZ VICTOR Y OTRO S/ RESOLUCION DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 296918/2033) – Interlocutoria: 397/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto
- **"LOPEZ JUAN ANTONIO Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTÍN DE LOS ANDES S/ ACCIÓN DE AMPARO S/ INCIDENTE ARTÍCULO 31 DEL CPC Y C"** - 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.: 638/2015) – Interlocutoria: 27/15 – Fecha: 01/04/2015 ver texto
- **"M. L. I. S/ SITUACION LEY 2212"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 67105/2014) – Interlocutoria: 368/15 – Fecha: 15/09/2015 ver texto
- **"M. R. A. C/ S. D. S. S/ DIVORCIO VINCULAR CON CAUSA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 50834/2011) – Sentencia: 167/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"MALDONADO CECILIA ELENA C/ EMP. CONSTR. ROQUE MOCCIOLA S.A. Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 350318/2007) – Interlocutoria: 367/15 – Fecha: 15/09/2015 ver texto
- **"MARCELLINO MIGUEL ANGEL S/ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 331281/2005) – Interlocutoria: 392/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"MARTINEZ ESTRADA VICTOR ROBINSON S/ INCIDENTE DE BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 491/2013) – Interlocutoria: 357/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto
- **"MAUTI LINA C/ LOPEZ GUSTAVO GABRIEL S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 395998/2009) – Interlocutoria: 461/15 – Fecha: 13/10/2015 ver texto
- **"MELLAO ADOLFO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUÉN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3581/2012) – Acuerdo: 48/15 – Fecha: 31/08/2015 ver texto
- **"MIRANDA HECTOR RENE C/ RINZAFRI ITALO VICTORIO Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 468488/2012) – Sentencia: 120/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto



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

- **"MOLINA PABLO - VAZQUEZ Y BERRONDO S/ ROBO CALIFICADO 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA´"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 63/2015) – Acuerdo: 29/15 – Fecha: 14/08/2015 ver texto
- **"MOYA MARTA ROSANA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 975/2003) – Acuerdo: 36/15 – Fecha: 30/07/2015 ver texto
- **"MUÑOZ ANTONINA DEL CARMEN C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3069/2010) – Acuerdo: 55/15 – Fecha: 07/09/2015 ver texto
- **"OVIEDO JESÚS MARCELO C/ BARRIGA JUAN PABLO Y OTROS S/ D. Y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESIÓN)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 432725/2010) – Sentencia: 124/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"P. D. J. L. C/ C. A. S/ ENRIQUECIMIENTO ILICITO Y RECONVENCIÓN POR DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD DE HECHO"** - 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.: 26692/2010) – Acuerdo: 50/15 – Fecha: 30/07/2015 ver texto
- **"PELAEZ VICTOR C/ LIZASO JORGE LUIS S/ RENDICION DE CUENTAS EXPTE 297357/3 Y 315781/4 ACUMULADOS A LOS PTES."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 302144/2003) – Interlocutoria: 399/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto
- **"PEREZ GABRIELA ADRIANA C/ SU MAYORISTA S.A. S/ INDEMNIZACION"** - 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.: 37639/2014) – Acuerdo: 35/15 – Fecha: 30/06/2015 ver texto
- **"PETRACCA JOSE ALBERTO C/ INDALO S. A. Y OTRO S/ D. Y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESION)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 472234/2012) – Sentencia: 160/15 – Fecha: 13/10/2015 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ CURIPAN CARLOS ALBERTO S/ ACCION DE LESIVIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3428/2011) – Acuerdo: 45/15 – Fecha: 12/08/2015 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ FERNÁNDEZ SEBASTIÁN S/ APREMIO"** - 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.: 39715/2014) – Interlocutoria: 90/15 – Fecha: 07/10/2015 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ LEZANA GABRIELA CECILIA S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 5036/2014) – Acuerdo: 54/15 – Fecha: 07/09/2015 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ MERCADO CIUDAD DE BUENOS AIRES S.A. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 490944/2013) – Sentencia: 114/15 – Fecha: 27/08/2015 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ PARDO JOSE FERNANDO S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción

Judicial – Sala III – (Expte.: 463660/2012) – Sentencia: 121/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto

- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ SORIA MIGUEL ÁNGEL S/ INCIDENTE"** - 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.: 408/2013) – interlocutoria: 34/15 – Fecha: 17/04/2015 ver texto
- **"QUERCI NATALIA PAOLA Y OTRO C/ CERNA ISIDRO MARCELO S/ INCIDENTE DE APELACIÓN DE MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 503114/2014) – Interlocutoria: 384/15 – Fecha: 29/09/2015 ver texto
- **"QUIJADA MARIA MARTA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 506190/2015) – Interlocutoria: 374/15 – Fecha: 29/09/2015 ver texto
- **"QUIROGA MABEL C/ I.P.V.U. S/ INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 280105/2012) – Sentencia: 141/15 – Fecha: 01/10/2015 ver texto
- **"R. D. M. G. C/ V. S. S/ FILIACION"** - 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.: 38173/2014) – Acuerdo: 20/15 – Fecha: 16/04/2015 ver texto
- **"R. M. A. C/ C. A. E. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 58353/2013) – Interlocutoria: 393/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"R. O. R. S. C/ M. C. S/ INCIDENTE DE ELEVACION" (E/A: 71436/15)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 817/2015) – Interlocutoria: 482/15 – Fecha: 22/10/2015 ver texto
- **"RAMIREZ AYELEN MARISOL C/ DOMINGUEZ PABLO ANDRES Y OTRO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 33235/2012) – Acuerdo: 52/15 – Fecha: 30/07/2015 ver texto
- **"RAMÍREZ BEATRIZ Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2355/2008) – Acuerdo: 56/15 – Fecha: 07/09/2015 ver texto
- **"RIFFO ROSA ESTHER C/ GALICIA SEGUROS S.A."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 23313/2015) – Interlocutoria: 412/15 – Fecha: 01/10/2015 ver texto
- **"RISCHMANN MICHEL J C/ DIEU JOSE ALEJANDRO S/ EJEC. HON. EN AUTOS (43949/10)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 115/2012) – Interlocutoria: 370/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto



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

- **"RODRIGUEZ MARIA ROSARIO S/ DENUNCIA 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 105/2014) – Acuerdo: 30/15 – Fecha: 14/08/2015 ver texto
- **"ROJAS CRISTIAN CARLOS C/ SOLORZA MIGUEL ANGEL 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 – Sala II – (Expte.: 388634/2009) – Sentencia: 140/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto
- **"ROMERO LUIS OSCAR C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2477/2008) – Acuerdo: 49/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto
- **"RUBILAR NATANAEL C/ MOLINA EDUARDO HERNAN S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 29050/2011) – Interlocutoria: 65/15 – Fecha: 30/07/2015 ver texto
- **"S. C. M. C/ R. E. G. S/ ALIMENTOS PARA EL CONYUGUE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 64907/2014) – Interlocutoria: 349/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"S. O. C. A. C/ N. T. M. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 69773/2015) – Interlocutoria: 387/15 – Fecha: 03/09/2015 ver texto
- **"SAJOUX GERMAN JUAN C/ MISION SUDAMERICANA TAISEN DESHIMARU BUTSU (T.D.B) S/ RESOLUCION DE CONTRATO"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 29449/2011) – Acuerdo: 46/15 – Fecha: 30/07/2015 ver texto
- **"SANZ CARLOS C/ MATUZ JUAN DE DIOS Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 396065/2009) – Sentencia: 137/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto
- **"SEGURA JORGE ROBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1802/2006) – Acuerdo: 57/15 – Fecha: 07/09/2015 ver texto
- **"SIMONE LISANDRO JOSE C/ QUETRIHUE 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.: 33293/2012) – Acuerdo: 10/15 – Fecha: 18/03/2015 ver texto
- **"SUCESORES DE IDIZARRI MYRIAN E. C/ ASISTENCIA INTEGRAL S.R.L. S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 11/2012) – Acuerdo: 31/15 – Fecha: 31/08/2015 ver texto
- **"SUCESORES DE URRUTIA RUIZ DAVID ISRAEL C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 66/2001) – Acuerdo: 34/15 – Fecha: 16/09/2015 ver texto
- **"T. C. A. C/ T. R. L. S/ INC. DE OFRECIMIENTO DE CUOTA ALIMENTARIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción

Judicial – Sala II – (Expte.: 68681/2015) – Interlocutoria: 400/15 – Fecha: 10/09/2015 ver texto

- "**T. R. E. C/ C. G. S/ FILIACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 249156/2000) – Sentencia: 159/15 – Fecha: 13/10/2015 ver texto
- **"TABLADO FRANCISCO C/ VALLERINI SILVIA VERONICA S/ CONSIGNACION"** - 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.: 3678/2012) – Acuerdo: 41/15 – Fecha: 03/07/2015 ver texto
- **"TARDUGNO NORMA AIDE C/ ASOCIART ART S.A. S/ EMBARGO PREVENTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 1611/2014) – Interlocutoria: 359/15 – Fecha: 25/08/2015 ver texto
- **"TECLES CECILIA C/ INST. DE ENFERM. CARDIOVASCULARES SAN PABLO S.R.L. S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 501884/2014) – Interlocutoria: 341/15 – Fecha: 27/08/2015 ver texto
- **"TIJE INVERSIONES S.A. C/ QUIROGA ELMA Y OTRO S/ INC. MEDIDA CAUTELAR"** - 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.: 306/2012) – Interlocutoria: 36/15 – Fecha: 18/03/2015 ver texto
- **"TRONCOSO ROBERTO FERNANDO C/ OLIVERA CARLOS FABIAN Y OTRO S/ D. y P. USO AUTOMOTOR C/ LESIÓN O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 468590/2013) - Sentencia: 109/15 – Fecha: 13/08/2015 ver texto
- **"UNIÓN DE TRABAJADORES DEL TURISMO Y GASTRONÓMICOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA C/ WETTSTEIN ALAN GERMAN S/ COBRO EJECUTIVO"** - 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.: 41425/2015) – Interlocutoria: 82/15 – Fecha: 15/09/2015 ver texto
- **"VANNICOLA EDUARDO DANIEL C/ IBAÑEZ DANIEL ALFREDO Y OTRO S/DETERMINACION DE HONORARIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial - Sala II – (Expte.: 449727/2011) – Sentencia: 161/15 – Fecha: 15/10/2015 ver texto
- **"VIDELA HORACIO FABIAN C/ GUEVARA ARIEL ALEJANDRO S/ EJECUCION DE HONORARIOS E/A 43172/2010"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 720/2015) – Interlocutoria: 369/15 – Fecha: 08/09/2015 ver texto
- **"VISCARDI DIEGO ADRIAN C/ SUC. DE LEYNNEN GUILLERMO Y OTRO S/ ACCIÓN REVOCATORIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 427708/2010) – Sentencia: 142/15 – Fecha: 01/10/2015 ver texto
- **"YOFRE JULIO JORGE C/ DOWN TOWN PATAGONIA S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 34471/2013) – Acuerdo: 07/154 – Fecha: 18/03/2015 ver texto
- **"ZENOBI JORGE HUMBERTO C/ BIANCUCCI JORGE EDGARDO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - Cámara Única

Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 2490/2010) – Acuerdo: 32/15 – Fecha: 10/06/2015 Ver texto

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



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

**"LA ROSA JORGE FABIAN C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 6076/2015) – Acuerdo: 34/15 – Fecha: 01/07/2015

DERECHO PROCESAL: Ley de cooperativas.

NULIDAD DE ASAMBLEAS. DERECHO COMERCIAL. ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA. INADMISIBILIDAD DE LA ACCION.

1.- Corresponde rechazar In Limine la acción articulada y en consecuencia declarar abstracto el pronunciamiento respecto de las medidas cautelares solicitadas, dada la necesaria conexidad que posee el proceso cautelar con respecto al proceso principal cuyo resultado pretende se garantizar.

2.- Las cuestiones vinculadas con la posible nulidad de la Asamblea tienen un continente material y procesal específico dado por la Ley de Cooperativas y es allí donde deben resolverse y no en el ámbito del Derecho Administrativo. Aún cuando la disposición cuestionada fue dictada por la Dirección de Personas Jurídicas, su intervención fue en ejercicio de las funciones de fiscalización que le concede la Ley nacional de Cooperativas N° 20337, norma de derecho común.

3.- El derecho subjetivo que se dice vulnerado no es de carácter administrativo-público; y éste no es un supuesto en el que se haya accionado en pos de la fiscalización de la legalidad administrativa o en salvaguarda de la propia legalidad – cfr. art. 114 de la Ley 1284-. No nos encontramos frente a un "caso procesal administrativo" susceptible de ser canalizado por la vía intentada.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 34. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a un día del mes de julio de dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los señores Vocales Titulares, Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "LA ROSA JORGE FABIAN C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 6076/15, en trámite ante la mencionada Secretaría y conforme el orden de votación oportunamente fijado el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- Que, se presenta Jorge Fabián La Rosa, con patrocinio letrado, e interpone acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén solicitando se decrete la nulidad de la Disposición N° 081/14 y las actuaciones realizadas por la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de Neuquén a partir de la foja 17 del Expediente Administrativo N° 5730-4250/14.

Al exponer los hechos relata que siendo Tesorero de CALF, bajo la presidencia de Juan Carlos Lepen, el Consejo de Administración convocó a Asamblea a fin de proceder a elegir dos síndicos, dado que los síndicos Savanco y Morán habían renunciado.

Señala que la Asamblea se llevó a cabo el día 10 de abril de 2014; que resultaron electos los Sres. Mc Kidd y Borda para ejercer la Sindicatura y que fue verificada y protocolizada por el Escribano Mabellini desde su principio hasta su finalización.

Agrega que una vez terminada la Asamblea y cerrada el acta notarial, el Director de Personas Jurídicas organizó una

reunión a la que le dio "apariencia de asamblea" y en ella realizaron el rechazo a la renuncia de los síndicos Savanco y Morán y la destitución del Consejo de Administración, desconociendo la Asamblea válida.

Dice que ello tuvo el aditamento doloso de que quien organizó esa reunión fue el Director de Personas Jurídicas, es decir, fue el titular del órgano de fiscalización externa de la cooperativa, que además para darle un viso de legitimidad a su maniobra dictó el acto administrativo que se denuncia viciado en todas sus partes, y que fue tomado por la Juez a cargo del Juzgado Civil Nro. 5 para designar como "consejeros" a todas las personas señaladas en el acto administrativo, en el juicio de amparo que allí tramita.

Señala que a la fecha existen varias acciones judiciales a raíz del acto administrativo que se impugna –Disposición N° 081/14- y la cooperativa se encuentra administrada por un Consejo de Administración Provisorio, funcionando en forma irregular e ilegal.

Refiere que de las actuaciones que se impugnan se vislumbra claramente la existencia de vicios y la complicidad en el armado de la maniobra dolosa del Director de Personas Jurídicas.

Da a conocer que ha iniciado una acción de nulidad de asamblea que tramita en autos: "La Rosa Jorge Fabián c/ CALF s/ acción de nulidad" (Expte. 503257/14) por ante el Juzgado Civil Nro. 5, y el presidente de CALF removido por las autoridades de facto, también inició una acción de nulidad: "Lepen Juan Carlos s/ acción de nulidad" (Expte. 503357/14).

Agrega que a raíz de la publicación de convocatoria para actos eleccionarios para el día 21 de diciembre de 2014 solicitó a CALF y a la Dirección de Personas Jurídicas la cancelación de dicha convocatoria dado que se encuentra pendiente de resolución el amparo y la acción de nulidad, lo que fue rechazado.

Refiere que el acto administrativo que impugna fue dictado en violación a la ley 20337 que le otorga al órgano de fiscalización externa las facultades que señala el art. 100, entre las que se encuentra la de declarar irregulares e ineficaces, a los efectos administrativos, los actos a ella sometidos y que sean contrarios a la ley, el estatuto o el reglamento.

Dice que el Director de Personas Jurídicas carece de potestad para declarar la validez de una designación de consejeros no electos.

Alude que la declaración de nulidad tiene como contrapartida la suspensión de las medidas y el pedido de intervención, debiendo la Dirección de Personas Jurídicas dar inicio a sumario con el fin de investigar los hechos irregulares y finalmente aplicar -si correspondiere- una sanción a la cooperativa, por aplicación del art. 101 de la ley 20337.

Solicita cautelarmente la suspensión de la Disposición N° 81/14, en los términos de los arts. 21 y 22 de la ley 1305, hasta tanto se resuelva la presente acción.

Requiere además que, por aplicación del art. 27 y siguientes de la ley 1305, se cancele la convocatoria a asamblea ordinaria a llevarse a cabo el día 21 de febrero de 2015 para evitar perjuicios a la entidad y a su parte.

Refiriéndose a la verosimilitud en el derecho señala que con la documentación que se adjunta se podrá observar: que la Disposición N° 81/14 adolece de vicios muy graves que acarrean la nulidad; que la asamblea real protocolizada por el escribano no ha sido impugnada judicialmente por acción de nulidad; que la falsa asamblea no se encuentra acreditada por prueba fehaciente; que la acción de amparo se encuentra en trámite; que Lepen, Mc Kidd y Borda no han cumplido la totalidad de su mandato; que Garayo y otros convocaron a elecciones y realizaron actos de disposición no autorizados por la ley aún cuando las acciones por ellos intentadas no han culminado.

Funda el peligro en la demora. Dice que su parte y demás consejeros, síndicos electos y la entidad CALF se han visto gravemente afectados por la seguidilla de actos realizados por los consejeros provisorios, que se han atribuido facultades de todo tipo en la conducción de la entidad. Suma a lo anterior, el desorden institucional que se produciría de continuar la situación de CALF estando pendiente la presente acción, que podría culminar con una intervención.

Alega que se ha generado y se seguirán generando un cúmulo de actos que no son cooperativos y otros que aún siendo cooperativos como lo es una asamblea tienen un antecedente nulo de nulidad absoluta, que finalmente acarreará la nulidad de esos actos posteriores también.

Ofrece caución juratoria para responder por las consecuencias de la medida.

II.- Corrido el pertinente traslado, a fs. 94/108 se presenta la Provincia de Neuquén por apoderado. Solicita el rechazo del pedido de suspensión de la ejecución de la Disposición N° 81/14 de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas y el pedido de que se cancele la convocatoria a asamblea ordinaria que se llevaría a cabo en CALF el 21 de febrero de 2015.

Refiere que la actora no alegó y menos acreditó debidamente de qué manera se darían alguno de los supuestos del art. 22 de la Ley 1305 para la procedencia de la suspensión de la ejecución. Agrega que la regla es la ejecutoriedad del acto motivo por el cual para que prospere la suspensión de la ejecución se requiere la demostración seria de sus presupuestos esenciales.

Dice que en autos no está acreditado ni siquiera con meridiana certeza la verosimilitud del supuesto derecho de la actora, como tampoco se prueba que alguna disposición administrativa que se hubiere dictado tuviese el carácter prima facie de nula o pudiera producir un daño grave si apareciese como anulable.

Continúa diciendo que tampoco está acreditado que el accionar de la Provincia no fuese razonable y/o tuviese alguno de los vicios endilgados por la parte actora.

Dice que no se evidencia la urgencia para conseguir la medida peticionada, sino que de la conducta de la actora surge todo lo contrario, lo que se puede ver en las actuaciones administrativas, e incluso en la presente causa judicial.

Transcribe el Dictamen Legal N° 33/15 suscripto por la Asesora General de la Gobernación y que rebate los argumentos vertidos por el actor en sede administrativa, que –dice- son similares a los ahora reiterados en sede judicial.

Concluye que la actora no alegó ni demostró adecuadamente en su escrito que se darían los recaudos fáctico-legales indispensables para la procedencia de las medidas cautelares planteadas, por lo que procede su rechazo, con costas.

Acompaña actuaciones administrativas.

III.- A fs. 114/118 se presenta la Cooperativa Provincial de Servicios Públicos y Comunitarios de Neuquén Limitada (en adelante CALF), por apoderado y con patrocinio letrado. Contesta el traslado conferido y solicita el rechazo del pedido de suspensión de la Disposición N° 81/14 de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas del Neuquén, con expresa imposición de costas.

Solicita además el rechazo del pedido de suspensión y/o "cancelación" (sic) de convocatoria a asamblea del 21/02/2015.

Como cuestión preliminar manifiesta en primer lugar que, sin perjuicio de habérsele dado intervención, no es parte en el proceso teniendo en cuenta su objeto: la nulidad de la Disposición N° 81/14 emitida por la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de Neuquén.

Luego pone de resalto que el actor pretende aquí solapadamente la revocación de la Disposición N° 81/14 como una pretensión autónoma atacando e invocando cuestiones formales de la actuación del funcionario público cuando lo que encubre es la objeción y la crítica a la actividad de los delegados en la Asamblea del 10 de abril de 2014 que fue lo que efectivamente registró el mencionado funcionario público, idéntico planteo al realizado en los autos: "La Rosa c/ Calf s/ acción de nulidad" (expte. N° 503257).

Refiere que la vía elegida es improcedente para cuestionar actos asamblearios y/o jurisdiccionales. Que La Rosa en ningún momento pone de manifiesto cuál es su derecho público subjetivo vulnerado, conforme lo dispone el art. 114 de la ley 1284.

Dice que el accionante manifiesta haber padecido un perjuicio producto de una decisión asamblearia que lo ha removido de su cargo de consejero de la cooperativa CALF, y a las actuaciones jurisdiccionales que se siguieron; y tales perjuicios debieron encontrar su canal natural de reclamo en un proceso civil ordinario o en instancias apelatorias ajenas a ésta.

Agrega que la Disposición N° 81/14 es plenamente válida y respetuosa de la ley 1284, que ha sido dictada en ejercicio de las facultades que le acuerda la Ley Provincial N° 77 y la Ley Nacional N° 20337.

Refiere que el cuestionamiento de una asamblea societaria es de exclusivo resorte de la justicia civil ordinaria, lo mismo que el cuestionamiento de una convocatoria a aquella. Señala que de todos modos, la cuestión ha devenido

abstracta desde que la asamblea ya ha sido convocada y se ha celebrado con la participación de la totalidad de los delegados de distrito.

Solicita el rechazo in límine de las pretensiones.

IV.- A fs. 124/128 se expide el Sr. Fiscal General. Dictamina que analizada integralmente la presentación subyace que, en lo central, y más allá del esfuerzo argumentativo del actor, se cuestiona la Asamblea General del día 10 de abril de 2014, con sustento normativo en la Ley 20337. Concluye que la causa es de competencia civil, por lo que procede la acumulación con los procesos que el presentante denuncia con relación a la asamblea que generó el acto impugnado, y continúe con el trámite el Juez a cargo del Juzgado Civil, Comercial y de Minería Nro. 5, que actúa en la acción de nulidad.

V.- En este estado las actuaciones pasan a resolución de la Sala.VI.- Como fuera señalado, el actor pretende, como acción principal, que se decrete la nulidad de la Disposición N° 081/14 dictada por la Dirección de

Personas Jurídicas de Neuquén y las actuaciones realizadas por la misma a partir de la foja 17 del Expediente Administrativo N° 5730-4250/14; y en este contexto, el dictado de dos medidas cautelares: 1) la suspensión de la Disposición N° 81/14 y 2) la cancelación de la convocatoria a asamblea a llevarse a cabo el 21 de febrero de 2015.

La Disposición N° 81/14 dispuso –en lo que aquí importa-:

"Artículo 1: Declarar la regularidad y eficacia de la Asamblea General Extraordinaria de Delegados de la Cooperativa Provincial de Servicios Públicos y Comunitarios de Neuquén Ltda., Mat. N° 491, llevada a cabo entre las 19,15 y 23,30 horas del día 10 de abril de 2014, en virtud de los considerandos expuestos. Artículo 2°: Declarar la validez de la designación de consejeros titulares y suplentes, efectuada por la Asamblea General Extraordinaria de Delegados de la Cooperativa Provincial de Servicios Públicos y Comunitarios de Neuquén Ltda., Mat. N° 491, realizada el pasado 10 de abril de 2014. Artículo 3°: Certificar que de acuerdo a lo establecido en los artículos precedentes y conforme Acta de distribución de cargos de fecha 11 de abril de 2014, el Consejo de Administración de la Cooperativa Provincial de Servicios Públicos y Comunitarios de Neuquén Ltda., Mat. N° 491, se encuentra conformado por los siguientes miembros:…".

Dicho esto, corresponde destacar cuál es la normativa que se encuentra en juego a los efectos de habilitar la competencia administrativa.

Conforme a nuestro código ritual la competencia contencioso administrativa surge cuando se encuentran vulnerados derechos subjetivos públicos, establecidos por una ley, un decreto, un reglamento, u otra disposición administrativa preexistente. Es decir, debe tratarse de una disposición administrativa y que se aplique el derecho administrativo (cfr. Derecho Procesal Administrativo- Manuel María Diez- Edit. Plus Ultra –pág. 41/42).

Por otro lado, la presencia de la Administración Pública como parte integrante de la relación jurídica procesal de la litis no es determinante a los efectos de fijar la competencia, sino que además es imprescindible que el objeto del pleito integre la materia propia administrativa (cfr. RI 113/10, 177/11 entre otras).

VII.- De la lectura de la demanda y las actuaciones administrativas impugnadas surge que la Disposición en crisis ha sido dictada con fundamento en las atribuciones conferidas a la Dirección de Personas Jurídicas de Neuquén por los arts. 99 y 100 de la Ley Nacional de Cooperativas N° 20.337, conforme el convenio que en materia de cooperativas han celebrado la autoridad de aplicación nacional -Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (I.N.A.E.S.)- y la Provincia de Neuquén, y el Decreto Provincial N° 1043/10.

Es en ese contexto que la Dirección de Persona Jurídica ejerce la fiscalización pública de las cooperativas en virtud de lo dispuesto por los arts. 99, 105, 106, 117 y ccdtes. de la Ley Nacional 20337.

El art. 105 (Ley 20337) crea y designa al INAES como autoridad de aplicación del régimen legal de las cooperativas; y el art. 107 describe como sus funciones ejercer con el mismo alcance la fiscalización pública, por sí o a través de convenio con el órgano local competente conforme con el artículo 99 (inc. 2). Luego, el artículo 117 establece que el órgano local competente a que alude esta ley es el que cada provincia establezca para entender en materia cooperativa en su respectiva jurisdicción. Finalmente, conforme el convenio suscripto entre la Provincia y el INAES es la Dirección Provincial de Personas Jurídicas quien resulta ser el órgano local competente para realizar la fiscalización

pública de la cooperativa.

En consecuencia, la intervención de la Dirección de Personas Jurídicas ha sido en ejercicio de las funciones de fiscalización que le concede la Ley Nacional de Cooperativas N° 20337.

Luego, recuérdese que para determinar si una causa es o no procesal administrativa hay que atenerse a la norma objetiva que, de manera principal, debe ser aplicada para la solución del conflicto litigioso (cfr. Tomás Hutchinson, Derecho Procesal Administrativo, Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, pág. 560).

En este caso, tal como se desprende de lo anterior, se cuestiona una disposición administrativa dictada con fundamento en una norma de derecho común: la Ley de Cooperativas, con lo cual es en ese marco normativo donde deben resolverse los conflictos de intereses que puedan suscitarse.

VIII.- En este mismo orden de ideas, cabe tener en cuenta que uno de los requisitos de la demanda contencioso administrativa lo constituye la violación de un derecho subjetivo público (art. 1° inc. a) de la ley 1305).

Explica Hutchinson, "la ley procesal administrativa neuquina, apartándose de las leyes vigentes en la materia en la mayoría de las provincias argentinas a la época de su sanción, las que caracterizaban la materia en razón de la naturaleza administrativa del acto impugnado, ha puesto el acento en el derecho que se pretende lesionado, ya que tanto el art. 1° como el inc 2°, inc. 1, hablan de la violación de un "derecho subjetivo público" (ob.cit).

Al respecto, dice Palacios, "El derecho que se diga vulnerado debe ser un derecho administrativo, reconocido al demandante por alguna disposición preexistente, no siendo este juicio uno de aquellos en que pueden controvertirse y resolverse derechos o acciones civiles, comerciales o penales" ("La Acción Contencioso Administrativa", pág. 88).

Es que las acciones participan de la naturaleza del derecho que protegen en cada caso particular, pues siendo la acción un poder dirigido a la tutela de un interés, toma su naturaleza de éste, y por consecuencia, será pública o privada (cfr. RI 2516/00 autos "Fatorello").

Argañaraz, en pos de encontrar un criterio diferenciador para poder comprender cuando nos encontramos frente a un derecho subjetivo de índole administrativa, o cuando la cuestión suscitada es contencioso civil, expresa: "En suma, para determinar cuando la cuestión suscitada es contencioso-civil, ha de partirse de la siguiente base: para que exista el caso contencioso-administrativo es necesario: a) que la Administración haya actuado en el ejercicio de su potestad pública; b) que en el ejercicio de esa actividad haya vulnerado un derecho subjetivo que se encuentra protegido por una norma administrativa que regla y limita la potestad del poder administrador; de tal modo que la contienda ha de versar sobre la aplicabilidad de la norma administrativa protectora de ese derecho" ("Tratado Contencioso Administrativo", pág. 176).

Como apunta la jurisprudencia y la más reconocida doctrina "no todos los derechos vulnerados por actos del Poder administrador son susceptibles de producir una acción contenciosa administrativa. Es indispensable que ese derecho sea regido por el Derecho Administrativo y no por el Derecho Político, Civil y otros" (TSJ Córdoba, Sala Contencioso Administrativa, sentencia 77/2014).

Por ello, el hecho que se cuestione la validez de actos administrativos que traduzcan el ejercicio del poder de policía otorgado por una norma de derecho común, no alcanza para disponer la habilitación de la instancia contencioso administrativa si el derecho por cuya defensa acude a la jurisdicción es de neto carácter civil y no "administrativo" (cfr. fallo del TSJ Córdoba citado en el párrafo anterior, impugnación de una resolución del Subsecretario de Cooperativas y Mutuales de la Provincia).

En este caso, el actor, al referirse al derecho público subjetivo vulnerado por la disposición impugnada señaló a fs. 66 vta.: "la falta de motivación está ausente en el acto administrativo que pretendemos nulificar y con ello viola en forma flagrante mis derechos públicos subjetivos"… [fs. 82]..."La disposición 81/14 viola mis derechos subjetivos públicos, al proceder a remover sin más a esta parte y todos los miembros del consejo de administración e impedir el ejercicio de sus cargos a los síndicos electos, dándole el beneficio doloso de dictar ese acto administrativo a la medida de la necesidad de sus cómplices, creando una falsa asamblea sin nulificar la verdadera que fuera protocolizada por el Escribano Mabellini …".

En el contexto descripto, entonces, puede advertirse, que el derecho subjetivo que se dice vulnerado no es de

carácter administrativo-público en los términos supra expresados.

A todo evento, vale señalar que éste no es un supuesto en el que se haya accionado en pos de la fiscalización de la legalidad administrativa o en salvaguarda de la propia legalidad –cfr. art. 114 de la Ley 1284-. Aquí el interés del actor ha sido claramente perfilado y no radica en el mantenimiento del Derecho objetivo en sí mismo, sino en un interés concreto y diferenciado de obtener la nulidad de la disposición impugnada para que ello proyecte sus efectos a la Asamblea y a los actos posteriores.

Tan así que, expresamente, solicita la "acumulación de acciones" en relación con el amparo caratulado "Garayo y otros", "por considerar que el dictado de la resolución de V.S. sin dudas tendrá relevancia sobre las demás acciones que están basadas en el acto administrativo y actuaciones que se pretenden nulificar con esta acción procesal administrativa" (supuesto procesalmente improcedente).

Producto del examen realizado vale concluir, entonces, que no nos encontramos frente a un "caso procesal administrativo" susceptible de ser canalizado por la vía intentada.

IX.- Más allá de todo lo dicho, no puede dejar de repararse también que, bajo el ropaje de la acción procesal administrativa y en su contexto, de la impugnación de la Disposición de la Dirección de Personas Jurídicas, en rigor, la finalidad que subyace en dicha pretensión se vincula directamente con las irregularidades que se le imputan a la asamblea llevada a cabo el 10 de abril de 2014 y de las que se intenta convencer en punto a su nulidad.

Luego, tampoco puede soslayarse que tal objetivo –nulidad de la Asamblea- es lo que ha llevado al actor –y a los disconformes con estos sucesos- a intentar –antes de ahora- las herramientas judiciales que, a tal fin, prevé la Ley 20337 de Cooperativas (Ley que en reiteradas oportunidades cita y refiere en el escrito a modo de fundamento del pedido); vgracia. las acciones –aquí denunciadas- que tramitan ante la instancia ordinaria (cfr. Expte. 503257/14,

"La Rosa Jorge Fabián c/ CALF s/ acción de nulidad", entre las otras acciones que se denuncian tramitando por análogo o similares motivos, ofrecidas como prueba- que resultan ajenas a la materia de este Tribunal).

En consecuencia, llegados a este punto, se impone advertir que, en el contexto de la acción procesal administrativa promovida, una eventual sentencia favorable al accionante (en lo que podría examinarse desde la óptica del derecho administrativo en relación con el acto atacado) tampoco proyectaría los efectos perseguidos por el accionante –nulidad de la Asamblea y los actos posteriores-.

Para ser más claros, aún de llegar a declararse en el ámbito de este proceso la nulidad de la Disposición que declara "la regularidad y eficacia de la Asamblea General Extraordinaria..." (por la gama de vicios que fundan la impugnación en el contexto de la Ley 1284), el actor no logrará con ello obtener una declaración en punto a la "irregularidad o ineficacia de la misma".

Como se viene sosteniendo a lo largo de este examen, las cuestiones vinculadas con la posible nulidad de la Asamblea tienen un continente material y procesal específico dado por la Ley de Cooperativas y es allí donde deben resolverse.

Después, la eventual disconformidad de los interesados con el modo en que la justicia civil trata y resuelve el tópico, encontrará su cauce en las herramientas procesales idóneas previstas en el ordenamiento que las contiene.

De tal modo, resulta improcedente que, en ese marco, puedan desdoblarse las impugnaciones y acciones (civiles-administrativas) tendientes al mismo fin –nulidad de la asamblea y actos posteriores- pues no solo que desnaturaliza el fin de los procesos sino que pone en crisis la eficacia misma de la labor jurisdiccional.

X.- Por todo lo expuesto hasta aquí, siendo que la sustanciación de las pretensiones articuladas por las partes, no puede considerarse esencial o insustituible, toda vez que no existe un derecho a la sustanciación de la pretensión que, en todo caso, constituye exigencia del debido proceso en relación al contrario, como forma de posibilitar el ejercicio de su derecho de defensa (cfr. Morello, Sosa, Berizonce, "Códigos Procesales...", Tomo IV-B, pág. 118), con fundamento en el principio de economía procesal, en una concepción publicística del proceso, y atendiendo a la inoficiosidad de obligar a las partes a recorrer un proceso cuya suerte adversa está siendo advertida –ya- en la instancia de la admisibilidad, su desestimación inicial se impone (cfr. Acuerdo 1108/05 in re "Labrin" Expte. 1441/5).

Consecuentemente y ante la inadmisibilidad de la acción intentada, deviene abstracto el pronunciamiento sobre la medida cautelar requerida, dada la necesaria conexidad que posee el proceso cautelar con respecto al proceso

principal cuyo resultado pretende garantizar.

Con fundamento en las argumentaciones vertidas a lo largo del presente voto, propongo al Acuerdo el rechazo "in limine" de la demanda articulada, con costas a la accionante (art. 68 del CPC y C). ASÍ 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, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) RECHAZAR IN LIMINE la acción articulada por el Sr. Jorge Fabián La Rosa contra la Provincia del Neuquén. 2°) Declarar abstracto el pronunciamiento respecto de las medidas cautelares solicitadas. 3°) Imponer las costas al actor vencido (art. 68 del CPCC y 78 ley 1305). 4°) Regular los honorarios de la Dra. ..., patrocinante del actor, en la suma de $2.400; los del Dr. ..., apoderado de la Provincia de Neuquén, en la suma de $960 y los de la Dra. ..., patrocinante, en la suma de $2.400; los del Dr. ..., apoderado de CALF, en la suma de $960 y los de la Dra. ..., patrocinante, en la suma de $2.400 (arts. 6, 8, 9, 10, 12 y 35 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. Bermúdez - Secretaria

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

**"MOYA MARTA ROSANA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 975/2003) – Acuerdo: 36/15 – Fecha: 30/07/2015

DERECHO ADMINISTRATIVO: Responsabilidad de Estado.

MENOR DE EDAD. MONTO INDEMNIZATORIO. EJECUCION DE SENTENCIA. LIBERACION DE FONDOS. CHEQUE JUDICIAL. RECAUDOS LEGALES. DAÑOS Y PERJUICIOS. OMISION CULPOSA. SERVICIO DE JUSTICIA. FALTA DE SERVICIO. ERROR JUDICIAL. CONSTITUCION NACIONAL. PACTOS INTERNACIONALES. CONSTITUCION PROVINCIAL REGLAS DE BRASILIA.

1.- El estado provincial deberá resarcir a Moya Marta Rosana por el daño sufrido cuando era menor de edad a raíz de la omisión en que incurriera el órgano judicial al autorizar un libramiento de fondos al abogado –apoderado de sus padres- sin requerir la previa intervención del Ministerio Pupilar y sin tomar las medidas necesarias para asegurar la intangibilidad de los referidos fondos, ya que sólo le requirió al letrado caución juratoria en tanto la providencia de libramiento del cheque no estaba firme. Por lo tanto la responsabilidad del Estado en virtud del deficiente servicio de justicia prestado por el magistrado queda expuesta en que con su actuación; A: vulneró el derecho vigente (art. 59, 493 y 494 del C.C. y ley 1436) al no dar vista al Ministerio

Pupilar previo al libramiento del cheque, impidiendo que éste advirtiera sobre la falta de medidas para asegurar el capital indemnizatorio y; B: violó los deberes a su cargo, dado que no adoptó las medidas pertinentes para asegurar la intangilibilidad del capital de una menor de edad (art. 297 parr. 2º del C.C ).

2.- La conducta reprochada debe ser mirada a la luz de los Pactos Internacionales incorporados a la C.N. (Convención de los Derechos del Niño), legislación nacional (ley 26061 art. 37) y las reglas de Brasilia, orientadas por la jurisprudencia sobre protección de los menores de la CIDH.

3.- La ocurrencia del daño era previsible para el juez, dado que no tomó los recaudos exigidos por la ley respecto de la disposición de bienes de menores de edad.

4.- El daño se configura con el sólo libramiento del cheque sin los recaudos legales, más allá de la participación que le cupo al letrado apoderado de los padres de la menor.

5.- El monto de la indemnización a reconocer por el acto jurisdiccional que originó el daño, es el equivalente a las sumas que la actora no pudo cobrar oportunamente por el error judicial, con más intereses desde el momento del libramiento del cheque.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 36. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los treinta días del mes de julio del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "MOYA MARTA ROSANA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA, Expte. N° 975/03, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- A fs. 7/ 14 se presenta Marta Rosana Moya, mediante apoderado, e interpone acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén. Solicita se haga lugar a la indemnización por los daños y perjuicios que dice le fueron ocasionados como consecuencia del error judicial en que habría incurrido el Dr. Miguel Manso, en su carácter de Juez a cargo del Juzgado Multifueros de la Quinta Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Chos Malal, en las actuaciones que individualiza como: "MOYA, Marcos c/ CASTEDO, José y Provincia de Neuquén y Consejo Provincial de Educación s/ Daños y Perjuicios", Expte. nro. 1.367, folio 126, del año 1991.

Sostiene que en tales actuaciones se permitió que el abogado Adrián Rodolfo Squillario perpetrara una estafa en su contra al apropiarse de la casi totalidad de una indemnización que le correspondía percibir en el mencionado expediente judicial.

En cuanto al monto por el cual se entabla la presente acción de reparación, manifiesta que el mismo es indeterminado en virtud de que ha promovido acción civil contra el abogado Squillario, por la reparación de los daños y perjuicios derivados del delito de estafa, que aún se encuentra en trámite.

Agrega que, a través de la presente acción se persigue el cobro de aquellas sumas de dinero que por cualquier motivo no puedan ser recuperadas en el contexto de la demanda civil promovida contra el autor material de la estafa producida.

Inicia el relato de los hechos y expone que, en el mes de mayo de 1989, siendo aún menor de edad, sufrió un accidente que le produjo la pérdida del globo ocular izquierdo, al recibir un impacto de bala calibre 22.

Relata que el suceso se produjo en la Escuela Provincial nro. 77 del paraje "El Alamito" a la que asistía, en circunstancias en las que su maestro, José Castedo, con la intención de matar un gato que se hallaba dentro del aula, efectuó un disparo con su carabina el que, luego de rebotar en el piso, se introdujo en su ojo izquierdo.

Expresa que, con la finalidad de obtener una reparación por los daños que el hecho le ocasionó, sus padres –en ejercicio de la patria potestad- contrataron los servicios profesionales del abogado Adrián Rodolfo Squillario, a cuyo fin le otorgaron un Poder General para Juicios.

Brinda detalles de la acción civil interpuesta, que tramitó ante el Juzgado Multifuero de la ciudad de Chos Malal, por entonces a cargo del Dr. Miguel Enrique Manso, en la que se dictó una sentencia favorable mediante la cual se condenó a la totalidad de los demandados a abonar la suma de $333.462, al 28-02-1996.

Relata que en el marco de la ejecución de la sentencia alcanzada, fueron embargados los fondos necesarios para cubrir la suma de condena, los que se transfirieron a una cuenta judicial correspondiente a las actuaciones y a la orden del titular del Juzgado de Chos Malal.

Afirma que, en ese contexto el Dr. Squillario, invocando el carácter de apoderado de los actores, solicitó que se librara un cheque a su favor por el importe de la liquidación aprobada en el expediente, lo que fue proveído por el titular del Juzgado de manera favorable, el día 11-12-1997.

En ese contexto, señala que el magistrado a cargo del Juzgado Dr. Manso omitió, en forma previa a ordenar la entrega del cheque al Dr. Squillario, requerir la intervención del Ministerio Pupilar, en tanto el titular de la suma de dinero sobre el que se estaba disponiendo su entrega era un incapaz.

Afirma que tampoco el Magistrado requirió a los progenitores ni al abogado apoderado de éstos, información alguna acerca del destino de los fondos que le pertenecían, soslayando su situación de minoridad.

Entiende que la liberación por parte del magistrado de un cheque por la suma de $333.462 al abogado Squillario, sin otro recaudo que la caución personal del letrado, se realizó en abierta violación de las disposiciones de los artículos 59, 493, 494 y cctes. del Código Civil, dado que dicha suma estaba destinada a la reparación integral del daño por ella sufrido.

Razona que dicha conducta negligente del magistrado permitió la comisión del delito de estafa por parte del letrado dado que, tal como se encuentra acreditado en la causa penal caratulada "Squillario, Adrián Rodolfo s/ Defraudación Especial…" (Expte. 267, año 2001), del dinero cobrado por el abogado -mediante cheque judicial-, sólo llegó a sus manos algo menos de $30.000, habiendo sido el resto de las sumas apoderadas indebidamente por el profesional.

Luego enfoca su análisis en la responsabilidad que le asigna en la situación acaecida al Magistrado Dr. Manso, quien –según su prisma- incurrió cuanto menos en una "omisión culposa", al violar expresamente lo prescripto por los arts. 49, 493 y 494 del Código Civil, error judicial que resultó determinante para que el abogado Squillario se apoderara del dinero que le correspondía a la menor.

Razona que, de haberse otorgado la debida intervención al Ministerio Pupilar, el representante de tal organismo habría adoptado medidas pertinentes, tales como requerir precisiones acerca del destino que se le otorgaría a los montos percibidos, u oponerse al retiro del cheque y evitar así el ilícito sucedido contra su propiedad.

Cita jurisprudencia a los fines de avalar su posición, y luego pone de resalto que, frente a un acto de disposición sobre bienes de un menor, como lo es el libramiento de un cheque judicial por un importe de más de $300.000, se le debe exigir al magistrado actuante un máximo de precaución a fin de resguardar los intereses de una menor de edad con discapacidad visual.

Para concluir puntualiza que, la indemnización que pretende obtener de la accionada con motivo del error judicial cometido en su perjuicio, consiste en aquellas sumas de dinero que se logren obtener en forma directa del Sr. Squillario, autor material del ilícito.

Finaliza la presentación con el ofrecimiento de la prueba y la formulación del petitorio.

II.- A foja 64, por medio de la RI N° 5.023/05 se declara la admisión formal del proceso.

III.- A fs. 67 se ejerce la opción por el procedimiento ordinario, y se corre traslado de la demanda.

IV.- A fojas 78/83 la Provincia del Neuquén, por apoderado y con patrocinio letrado, contesta la acción y solicita su rechazo, con costas.

Luego de cumplir con la negativa de rigor y desconocer la documental aportada por la actora, expone su versión de los hechos, a cuyo fin transcribe parcialmente los considerandos del Decreto nro. 1385/05, mediante el cual se denegó en sede administrativa la pretensión.

Expresa que los fundamentos de la citada norma postulan que no ha sido acreditada en forma suficiente la existencia de una relación de causalidad adecuada entre la omisión imputada al juez interviniente y el supuesto daño producido.

Entiende que debe surgir con claridad que, la intervención del Ministerio Pupilar -previa a la liberación del cheque-, habría sido apta para evitar el delito, además de que debería demostrarse que el daño ocasionado era susceptible de ser previsto y evitado.

Bajo un apartado especial aborda el supuesto de "error judicial por omisión", describe los requisitos exigidos para su configuración, y señala que éstos no han sido acreditados por la accionante.

Indica que aquella afirmó haber percibido sólo la suma aproximada de $30.000 del monto total de la indemnización, pero no aporta ningún elemento que así lo corrobore.

Afirma que no se da en el caso un supuesto de responsabilidad del Estado, ya que no ha existido error judicial, recayendo la única responsabilidad posible en el autor de la estafa.

Agrega que, aún cuando se demostrara que se omitió dar intervención al Ministerio Pupilar, ello no genera automáticamente el supuesto de responsabilidad en cabeza del Estado, ya que la estafa pudo razonablemente cometerse por parte del apoderado, no obstante la intervención del funcionario.

Luego, hace referencia a las normas contenidas en el Código Civil vinculadas con el contrato de mandato y la actuación del Ministerio Pupilar.

En el caso del mandato, sostiene que el Dr. Squillario era apoderado con poder general para juicios, estando plenamente facultado para recibir los pagos en su nombre y representación.

Cita el artículo 49 del CPCC y afirma que el Dr. Squillario presentó su poder, fue aceptado en la causa judicial como apoderado con poder general para juicios y, al momento de librarse el cheque, el mismo seguía siendo el apoderado de la actora.

Con relación al Ministerio Pupilar, afirma que la representación del asesor de menores es promiscua, conjunta con la de los padres y complementaria, no sustituyendo ni remplazando a la legal y necesaria prevista por el art. 57 del Código Civil.

Enfatiza que, estando los padres del menor en ejercicio de la patria potestad no puede arrogarse la representación al Ministerio Pupilar, ya que su intervención en el proceso se limita a ser oído, siendo en este caso sólo un órgano de vigilancia y asesoramiento y no siendo necesaria su intervención cuando los padres actúan en el proceso por sus hijos menores, en ejercicio de la patria potestad.

Menciona el carácter complementario de la representación promiscua del Ministerio Pupilar, y destaca que el mismo no puede actuar en forma autónoma, sin depender de la demanda entablada por los padres en representación de los hijos.

También aborda la nulidad prevista en el artículo 59 del Código Civil para el supuesto de falta de intervención del funcionario mencionado, la que a su entender es relativa, y por ende susceptible de confirmación.

Para terminar pretende que, ante la eventualidad que se hiciera lugar a la acción, la suma reclamada –indeterminada-, deberá establecerse sobre datos concretos y fundados en daños probados y reales, limitado a lo que no pueda eventualmente cobrarse del autor de la estafa y sin intereses, atento a que no han sido pedidos.

V.- A fs. 85 la actora contesta el traslado conferido.

Se expide con relación al pedido de intereses por el capital reclamado, los que entiende deberán ser computados a partir de la fecha en que pueda precisarse el capital del juicio, que será cuando concluya la acción promovida contra el autor material de la estafa.

VI.- A fs. 86 se abre la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 267.

A fs. 270/274 obra el alegato producido por la parte actora.

VII.- A fs. 278/283 vta. dictamina el Sr. Fiscal General, quien propicia el rechazo de la demanda.

Entiende que la estafa fue cometida con posterioridad a la actuación del juez interviniente y el daño fue producto de un tercero (apoderado de la actora), que actuando con ardid o engaño logró el desapoderamiento patrimonial.

Afirma que, aún cuando el juez hubiera dado la intervención previa al Ministerio Pupilar, la acción que produjo el daño pudo haberse cometido.

Finalmente señala que no existió una relación de causalidad entre la omisión imputada al juez y el daño causado, en tanto aquél no pudo tener la visión retrospectiva de las eventuales actitudes estafadoras del abogado apoderado.

A fs. 285 se dicta la providencia de autos, la que firme y consentida, coloca a las actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VIII.- De acuerdo a la pretensión procesal deducida en la demanda, el caso se subsume en un supuesto de responsabilidad del Estado por la presunta "falta de servicio" consistente en la omisión de prestar debidamente el servicio de justicia por violación a un deber expreso.

En efecto, la actora demanda la reparación de los daños y perjuicios derivados de la "omisión cuanto menos culposa, en que incurriera el Dr. Manso, al violar lo expresamente prescripto por los arts. 59, 493, 494 y concordantes del Código Civil y de no solicitar la previa intervención del Ministerio Pupilar ni requerir del abogado Squillario, ni de sus poderdantes, precisión alguna acerca del destino que se daría al dinero propiedad de la menor, el que fue entregado al letrado sin prevención alguna...".

En tales términos, la responsabilidad que se pretende del Estado Provincial, que deriva en esencia de su actividad ilícita, se traduce en un supuesto de "falta de servicio", que supone una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Cfr. CSJN, Zacarías, 1998, Fallos, 321: 1125).

El fundamento normativo aplicable, por vía subsidiaria, se encuentra en el art. 1112 del Código Civil, que establece un régimen de responsabilidad por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas (cfr. CSJN Fallos 307:821).

Es que, como tiene dicho la Corte Suprema de Justicia "la idea objetiva de falta de servicio –por acción o por omisión- encuentra su fundamento en la aplicación del art. 1112 del Código Civil y traduce una responsabilidad extracontractual directa del Estado en el ámbito del derecho público. Se trata de una responsabilidad directa, porque la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizadas para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas" (Fallos: 312: 1656; 317:1921; 318:193; 330:2748; 331:1690, entre otros).

En ese sentido, este Cuerpo ha dicho que para ver comprometida su responsabilidad, el Estado debe haber incurrido en la omisión de un concreto servicio, razonablemente exigido, de acuerdo a las circunstancias del caso (cfr. Acs. 1.452/07 y 1.627/09).

En definitiva, cuatro son los presupuestos que determinan la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima y sobre los cuales existe coincidencia doctrinaria: a) La imputabilidad material del acto, hecho u omisión a un órgano del Estado en ejercicio o en ocasión de sus funciones. Dicha imputabilidad es objetiva puesto que prescinde del requisito de la voluntariedad del agente.

Sólo traduce la disconformidad del acto, hecho o conducta omisiva con el ordenamiento jurídico vigente; b) la "falta de servicio" por cumplir de manera irregular los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución, la ley o el reglamento, o por el funcionamiento defectuoso del servicio, sea el incumplimiento derivado de acción u omisión; c) la existencia de un daño cierto en los derechos del administrado y, d) la conexión causal directa e inmediata entre el hecho, omisión u acto administrativo y el daño ocasionado al particular, de modo tal que conforme al curso natural y común de las cosas, la primera sea idónea para producir el daño cuya reparación se pretende (art. 906 del C.C.).

Bajo estas pautas se analizará, si conforme a las particularidades del caso, la demandada incurrió en la prestación irregular del servicio, y si ello puede comprometer su responsabilidad.

IX.- La actora le imputa al órgano judicial el incumplimiento de expresas disposiciones legales determinadas en el Código Civil (arts. 59, 493 y 494).

Específicamente, atribuye al Juez un doble orden de conductas omisivas, a saber: a) no requirió en forma previa al libramiento del cheque, la intervención del Ministerio Pupilar, dado el carácter de incapaz de la titular del crédito; y b) no solicitó al abogado S., o a sus poderdantes, precisión alguna acerca del destino que se daría al dinero propiedad de la menor (el que fue entregado al letrado sin prevención alguna).

Por su parte, la demandada finca su defensa en: a)inexistencia de error judicial, dado que la intervención del Ministerio Púpilar es promiscua, conjunta a la de los padres y al sólo efecto de "asistir y controlar"; b)ausencia de nexo causal adecuado entre las supuestas omisiones y el alegado daño (estafa); c) existencia de una acción interruptiva del nexo causal por parte de un tercero (abogado Squillario) por quien la Provincia no debe responder y; d) incertidumbre sobre la existencia y extensión del daño, dado que desconoce si la actora cobró mayores sumas que las que reconoce.

Para comenzar el análisis requerido, es necesario relatar los hechos más relevantes que acontecieron tanto en la causa originaria de responsabilidad caratulada: "MOYA Marcos Carlos c/ Castedo José, Provincia del Neuquén y Consejo Provincial de Educación s/ Daños y Perjuicios s/ ejecución de sentencia" (Expte. Nro. 1367, Folio 126 Año 1991) como aquellos que surgen de la causa penal: "Squillario Adrian Rodolfo – Vazquez Ernesto Marcelo s/ Defraudación especial en grado de partícipe primario – Smoldi Nestor Leandro s/ Defraudación especial en grado de partícipe secundario" (Expte. 135-11) y del expediente: "MOYA, Marcos Carlos s/ Denuncia" (Expte. Nro. 38 Folio 110, Año 2002), que fueran ofrecidos como prueba.

X.- Las constancias obrantes en las actuaciones mencionadas dan cuenta que:

a) Carlos Moya y María del Carmen Sáez, mediante apoderado –el abogado Squillario-, iniciaron demanda por daños y perjuicios contra José Castedo y la Provincia del Neuquén, como consecuencia del siniestro que tuviera como víctima a la menor Marta Moya, en la escuela nro. 77 del paraje "El Alamito", donde esta última sufrió la pérdida de su ojo izquierdo.

b) El día 26-02-1996 el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la 5ta. Circunscripción Judicial, con asiento en Chos Malal, dictó sentencia haciendo lugar en forma parcial al reclamo por daños y perjuicios (cfr. copia certificada de la sentencia nro. 46/96 obrante a fs. 134/138 de las actuaciones caratuladas: "Moya, Marcos Carlos s/ Denuncia" Expte. 11.145/2002).

c) Bajo la carátula: ""Moya, Marcos Carlos y otros C/ Castedo, José y Provincia del Neuquén y Consejo Provincial de Educación s/ Daños y Perjuicios s/ Ejecución de Sentencia", Expte. 1367/1991, ante el juzgado del Dr. Miguel A. Manso, tramitó la ejecución de la sentencia dictada en el proceso principal en el que se condenara al Estado provincial al pago de los daños y perjuicios ocasionados. Allí se dispuso continuar la ejecución contra el demandado por la suma de $333.462,00 en concepto de capital y los intereses devengados desde la mora (cfr. copia certificada de la R.I. Nro. 243/97 obrante a fs. 65/66 de las actuaciones caratuladas: "Moya, Marcos Carlos s/ Denuncia" Expte. 11.145/2002).

d) El día 09-12-97 el Dr. Squillario, en su carácter de apoderado de los actores, solicitó el libramiento del cheque por la liquidación de capital e intereses ($333.462); con fecha 11-12-97 el Dr. Manso ordenó el libramiento del mismo a nombre del Dr. Squillario, apoderado de los actores, sin previa vista al Ministerio Pupilar ni requerir plan de inversiones.

e) El día 15/12/97, y frente a la negativa a confeccionar el cheque por falta de firmeza de la providencia que lo ordenaba, el Dr. Squillario ofrece caución juratoria por los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse, lo que es aceptado por el magistrado quien ordena recibir la caución juratoria del letrado y confeccionar la libranza ordenada (cfr. copia certificada del Expte. 1367, Folio 126 Año 1991, obrante a fs. 240).

f) Con fecha 12/12/97 –debió decir 15/12/97- se confecciona el acta mediante la cual el Dr. Adrián Squillario presta caución juratoria "por los daños y perjuicios y costas que pudiere ocasionar si la providencia de fs. 204 de los presentes autos fuere revocada en alguno de los términos." (cfr. fs. 241); el 15/12/97 se libra el cheque Nro. 115960 por la suma de $333.462,00 a la orden de Adrián Rodolfo Squillario (cfr. copia certificada de nota obrante a fs. 241 vta. y copia

certificada obrante a fs. 69, 70 y 72 vta. respectivamente, de las actuaciones caratuladas: "Moya, Marcos Carlos s/ Denuncia" Expte. 11.145/2002).

g) Como consecuencia de la denuncia por el delito de estafa, que efectuaran los padres de la menor contra el abogado Squillario y el Sr. Vázquez, existió una intensa actividad en sede penal que puede resumirse en los siguientes puntos:

- Con fecha 16-04-01 la Cámara de Apelaciones de todos los Fueros, Sala Penal, de la ciudad de Zapala condenó al Dr. Squillario como autor material y penalmente responsable del delito de estafa, art. 172 del Código Penal, a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional e inhabilitación especial para ejercer la profesión de abogado por el término de tres años, absolviendo al resto de los imputados y haciendo lugar a la acción civil contra el primero de los mencionados, por los daños y perjuicios ocasionados (cfr. copia certificada obrante a fs. 289/320 vta. del expediente "M. M. E. s/ Sumario Administrativo" Expte. 2067/2002, que tramitó ante la Secretaría de Superintendencia del TSJN, y copia certificada obrante a fs. 6/37 de las actuaciones caratuladas: "Manso Miguel Enrique s/ Denuncia" Expte. 11.145/2002).

- Que ante el recurso de casación interpuesto por la defensa, el Tribunal Superior de Justicia mediante Acuerdo N° 3/2002 (del registro de la Secretaría de Recursos Extraordinarios y Penal), hizo lugar parcialmente a la impugnación y declaró la nulidad parcial de la sentencia dictada por la citada Cámara de Apelaciones, sólo en lo concerniente a la acción civil instada en el marco del proceso penal, y dispuso el reenvío de las actuaciones al Tribunal de origen, para que con distinta integración sustanciara todo lo concerniente al reclamo civil ejercido en la sede penal.

- Que con fecha 08-08-06, la CSJN hizo lugar al remedio federal presentado contra el decisorio de este Tribunal Superior, dejó sin efecto el pronunciamiento apelado y devolvió los actuados para que se dicte un nuevo fallo.

- Luego, este Tribunal, mediante Acuerdo N° 35/2008 (registro de la Secretaría Penal del TSJN), declaró la nulidad de la sentencia N° 13/2001 dictada por la Cámara de Apelaciones de todos los fueros de Zapala, sólo en lo concerniente a la falta de fundamentación del monto y modo de ejecución de la pena, declarando la validez de los restantes acápites del decisorio en crisis, y dispuso el reenvío de las actuaciones a la Cámara de origen para que se dicte un nuevo pronunciamiento circunscripto a ese punto.

- Que dicho decisorio fue atacado mediante recurso extraordinario federal, el que fuera desestimado por este Tribunal mediante la Resolución Interlocutoria N° 20/2009 (del Registro de la Secretaría Penal).

- Que mediante la R.I. 296/10, la mencionada Cámara de Apelaciones declaró operada la caducidad de la instancia y la prescripción de la acción civil promovida, decisión que también fue impugnada.

- La CSJN, mediante resolución de fecha 26 de marzo del 2013, al conocer en un Recurso de Queja deducido a favor del imputado Squillario, dispuso remitir las actuaciones al tribunal de origen para que se pronuncie sobre la eventual prescripción de la acción penal.

-A la fecha en que la causa se hallaba en condiciones de ser resuelta, entró en vigencia la reforma procesal penal establecida en la ley 2784. En consecuencia, el legajo fue remitido a la Oficina Judicial para que se le imprima el trámite pertinente.

-Luego de diversas decisiones que fueron impugnadas por el imputado, finalmente, el Tribunal de impugnaciones decide "absolver definitivamente a Adrián Rodolfo Squillario por haber operado la extinción de la acción penal por prescripción", sentencia que adquirió firmeza al rechazarse la impugnación deducida por la querella, mediante RI N° 113/14 (del 06/11/2014), del registro de la Secretaría Penal de este Tribunal Superior de Justicia.

XI.- Reseñados así los hechos más relevantes de las constancias documentales adjuntadas cabe ingresar al análisis del juicio de responsabilidad que se pretende.

Como se ha mencionado, la accionante le imputa al juez de la causa dos conductas omisivas: a) no haber dado intervención al Ministerio Público Pupilar, y b) no haber requerido "precisiones acerca del destino de los fondos"; con carácter previo al libramiento de éstos.

Estas omisiones las identifica con la transgresión a los artículos 59, 493 y 494 del C.Civil.

Específicamente, el primero de ellos establece: "Artículo 59: A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación."

Por su parte, el artículo 493 prescribe: "El Ministerio de Menores debe intervenir en todo acto o pleito sobre la tutela o curatela, o sobre el cumplimiento de las obligaciones de los tutores o curadores. Debe también intervenir en los inventarios de los bienes de los menores o incapaces, y en las enajenaciones o contratos que conviniese hacer. Puede deducir las acciones que correspondan a los tutores o curadores cuando éstos no lo hiciesen. Puede pedir la remoción de los tutores o curadores por su mala administración, y ejecutar todos los actos que correspondan al cuidado que le encarga la ley, de velar en el gobierno que los tutores y curadores ejerzan sobre la persona y bienes de los menores e incapaces."

A su vez, el artículo 494 dispone: "Son nulos todos los actos y contratos en que se interesen las personas o bienes de los menores e incapaces, si en ellos no hubiese intervenido el Ministerio de Menores."

Tales conductas omisivas se encuentran acreditadas con las actuaciones judiciales referenciadas, en particular, de la causa "Moya Marcos Carlos y otra c/ Castedo José, Provincia del Neuquén y Consejo Provincial de Educación s/ Daños y Perjuicios" Expte. 1367 F°126 Año 1991.

Pero lo que se encuentra controvertido es la proyección que tales omisiones tuvieron en la ocurrencia del daño que dice la actora haber padecido.

Por ello, es oportuno detenernos en las alegadas vulneraciones al régimen legal vigente, para luego determinar su eventual efecto sobre el daño reclamado.

XI.1.- La disposición de neto corte protectorio que contiene el artículo 59 del C.Civil prescribe la obligatoriedad de la representación promiscua por parte del Ministerio Pupilar y, consecuentemente, su carácter de parte "legítima y esencial" en todo asunto judicial o extrajudicial de jurisdicción voluntaria o contenciosa, donde se ventilen los derechos de las personas de los incapaces.

Explica Zannoni que "…esa enunciación general debe completarse con las disposiciones de los arts. 491 a 494 del C. Civil, que no son sino un desarrollo de aquélla. De estas normas resulta que el Ministerio de Menores cumple dos tipos de funciones: de asistencia y control y de carácter representativo."

En este sentido, este Cuerpo ha abordado el tópico en reiteradas oportunidades (cfr. R.I. Nros. 123/03, 60/06, 190/07, todas del Registro de la Secretaría Civil), donde ha señalado:

"Los arts. 59 y 494 del Código Civil permiten sostener que, en nuestro sistema jurídico, la persona menor de edad cuenta con una representación compleja, integrada por su representante necesario y por quien lo asiste en forma promiscua. Ambos coadyuvan para una adecuada tutela de sus intereses dado que aquél no puede peticionar por sí, frente a los actos del proceso.

Tal representación resulta promiscua porque se ejerce en forma colectiva, o conjunta o simultánea, entre los que ejercen la patria potestad y un órgano estatal –Ministerio de Menores-.

Dicha intervención es de carácter necesario. El Ministerio actúa como órgano de la jurisdicción judicial, al encarnar la voluntad de la ley de deparar a los incapaces una asistencia controlada por el poder público.

A la vez, su participación procesal constituye un presupuesto ineludible cuando se está en presencia de intereses en los que se halla comprometido un menor.

En el marco de un proceso judicial, las facultades del mencionado órgano no se limitan a un mero análisis superficial de las actuaciones, sino que se extiende a una evaluación sustancial. Así podrá deducir todos los recursos ordinarios y extraordinarios disponibles según la ley procesal, cuando lo resuelto se considere perjudicial para los intereses representados o se aparte de lo establecido legalmente. Esto, aun cuando el representante legal consienta una resolución en tal sentido.

En virtud de tales prerrogativas, el omitir la intervención del Ministerio de Menores, o una participación procesal insuficiente o extemporánea comporta una violación al régimen de representación legal promiscuo establecido por la ley.

También determina una vulneración del sistema protectorio ideado por el codificador, en el cual la representación mencionada constituye sólo una de sus manifestaciones. Simultáneamente se lesionan las garantías de la defensa en juicio y debido proceso, arraigadas tanto en la Constitución Nacional como en la Provincial." (Acuerdo TSJ Nro. 5/2008 del Registro de la Secretaría Civil).

En similares términos, y en varias ocasiones, se ha expedido nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, al descalificar, por arbitrario, el pronunciamiento dictado, porque se omitió dar intervención al Ministerio Pupilar, pues "no solo se menoscabó su función institucional sino también se desconoció el alto cometido que le ha asignado la ley, como parte esencial y legítima en todo asunto judicial" (cfr: 335:252; 330:4498; 325:1347; 323:1250; 320:1291; 305:1945, entre otros).

En concordancia con las prescripciones del Código Civil, la ley 1436 establece la obligación del Defensores de Primera Instancia de: a) Intervenir -como parte legítima y esencial- en todos los asuntos civiles, comerciales, laborales y de minería, de jurisdicción contenciosa o voluntaria, donde hubiere menores o incapaces que demandaren o fueren demandados, o que afectaren su persona o bienes, ejerciendo su representación promiscua o directa; (…); y "c) Fiscalizar el cumplimiento de los deberes de los tutores, guardadores, tenedores y representantes legales de los menores; y requerir las medidas judiciales para la protección de la persona de éstos y la seguridad y conservación de sus bienes;…".

Bajo estos parámetros, surge evidente la inobservancia de las normas contenidas en la legislación (arts. 59, 493 y 494 del C. Civil, ley provincial 1436, arts. 35 y 294 de la Constitución Provincial –texto vigente 1957- y 18 de la Constitución Nacional) que imponían el deber de dar intervención al Ministerio Pupilar con carácter previo a cualquier disposición de fondos de un incapaz.

Ello no podía ser soslayado por la circunstancia de que la menor se hallaba representada en juicio por sus progenitores o su apoderado –tal como lo afirma la demandada- puesto que, como se ha dicho, ellos no tienen la aptitud de reemplazar la misión otorgada al Ministerio Pupilar.

A esta circunstancia debe sumarse la falta de adopción de medidas tendientes a asegurar la intangibilidad del crédito de la menor.

En efecto, "la facultad de administrar los fondos de los menores acordada a los padres por el art. 293 del Cód. Civil, no excluye la intervención del Ministerio de Menores y el control de los jueces en la disposición e inversión de los mismos" (cfr. plenario de la Cámara Civil, 09/10/33, JA, 43-1141, Rev. LA LEY, t. 14, p. 1080).

Aunque los padres tienen la administración de los bienes de sus hijos menores (art. 264 y 293 C.C.) requieren de autorización judicial para realizar actos de disposición (art. 297 parr. 2º C.C), en tanto la ley intenta resguardar los intereses de los incapaces y mantener, en lo posible, incólume su patrimonio hasta la mayoría de edad.

Es por ello que previo a la disposición de los bienes de un menor, se requiere a sus progenitores o tutores la justificación del destino que le darán a los mismos, previa intervención del Ministerio Pupilar quien debe expresar su opinión respecto de las medidas de inversión propuestas e incluso sugerir otras que, a su criterio, contribuyan en mejor forma a evitar el deterioro del valor del dinero (cfr. arts. 59, 287, 293, 297, último párrafo y 494, Cód. Civil; CNCiv. en pleno, 9/10/933, JA, 1960-II-193, nota 2).

Estas previsiones pueden soslayarse si se invocan razones que justifiquen el uso del capital para solventar necesidades urgentes del hijo u otras de similar tenor, las que deberán ser debidamente ponderadas por el juez, ante quien deberá rendirse cuentas del destino o empleo que se hiciera del mismo.

Luego, las omisiones señaladas –que el ordenamiento legal sanciona con la nulidad- constituyen faltas graves o errores in procedendo con virtualidad suficiente como para constituir una "falta de servicio" en los términos del art. 1112 del C.C.

XI.2.- Ahora bien, cabe preguntarse si las omisiones señaladas constituyen la causa adecuada del daño alegado cuya indemnización se reclama.

Para dar respuesta a tal interrogante, cabe analizar la conducta del juez, apreciada en concreto y al momento del hecho, desde la perspectiva del juicio de previsibilidad que debió haber efectuado el magistrado al liberar los fondos en esas condiciones.

Explica Mosset que "En el terreno de tener que juzgar de la relación de causalidad adecuada entre el yerro judicial y el daño sufrido por el litigante, debemos recordar que nuestro Código construye su "teoría de las consecuencias", artículos 901 al 906, sobre la previsibilidad. El artículo 902 tiene una importancia relevante en nuestra problemática, al dar una pauta para juzgar sobre la imputabilidad y también sobre la previsibilidad de los jueces: cuando mayor es el deber de obrar con cuidado y diligencia –y en miembros del Poder Judicial ese deber es máximo- mayor es la responsabilidad que se desprende de sus hechos, en la hipótesis, de los actos judiciales." Para continuar señalando que "(…) lo que ahora interesa es la visión que el juez, actuando como un observador óptimo y retrospectivo, pudo tener sobre los perjuicios que a partir de su conducta errónea se desencadenaban" (Mosset Iturraspe, Jorge "El error judicial", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1999, pág. 203).

Desde este lugar, el incumplimiento de las previsiones legales tendientes a proteger los intereses de los incapaces (arts. 59, 493 y 494 del C.C.), hace previsible la ocurrencia del daño, desde que el mismo ordenamiento legal es el que fulmina de nulidad a todos los actos que se realicen en contravención a dichas pautas.

En el caso, el libramiento de fondos pertenecientes a una menor de edad -que además sufría de una incapacidad- sin previa vista al Asesor de Menores y sin adoptar las medidas pertinentes tendientes a asegurar su intangibilidad –vgr. mediante la constitución de un plazo fijo, la adquisición de bienes inmuebles, compra de bonos, etc.-, tornaba previsible la ocurrencia de un daño en el patrimonio de la niña.

En palabras de Goldemberg "ese no hacer viene a ser condición apta o adecuada para que el desmedro se produzca y prueba de ello es que de haberse observado el comportamiento positivo que las circunstancias exigían, se podría haber interrumpido el nexo causal, evitándose el desenlace dañoso" (Goldenberg, Isidoro: La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Bs. As., Ed. Astrea, 1984, pág. 212).

En virtud de ello, no puede afirmarse que la conducta observada por el tercero –abogado Squillario– interrumpa el nexo causal dado que, de haberse obrado de conformidad con las previsiones legales, el cheque no habría sido librado y, consecuentemente, el daño no habría tenido lugar.

XII.- En este punto del análisis es preciso traer a colación que tanto el derecho interno como el de orden internacional reconocen a niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y debe ser el Estado, a través de todos sus órganos, quien garantice su efectividad.

Resulta oportuno recordar lo señalado recientemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Furlan: "[...] la Corte reitera que si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías procesales son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños y las niñas el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores de edad, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías." (Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 98 -242". Caso FURLAN Y FAMILIARES Vs. ARGENTINA - 31.08.12 - CORTEIDH).

En el mismo sentido nuestro derecho interno consagra el principio de efectividad y la concreta responsabilidad de todos los órganos del Estado: "Los organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley." (Art. 29 y 27 -garantías mínimas de procedimiento- de la Ley 26.061, en consonancia con el Art. 4 Convención Internacional de los Derechos del Niño, Art. 47 de la Constitución Provincial y Art. 10 de la Ley 2.302).

En forma coadyuvante, las Reglas de Brasilia, a las que este Tribunal Superior adhirió mediante Acuerdo N° 4612/10 de Superintendencia y el Máximo Tribunal de la Nación a través de la Acordada N° 5/09, están destinadas a Jueces, Fiscales, Defensores, Procuradores y demás personas que laboren en el sistema de justicia (Sección 3), tienen como

objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y prescriben:

"Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo." (Capítulo I. Sección. 2da. punto 2).

Este Tribunal Superior, como cabeza de uno de los poderes del Estado, en la medida de su jurisdicción, tienen el deber de aplicar los tratados internacionales a los que el país está vinculado, a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento (confr. Fallos: 318:1269 y 333:604).

Es por ello que, en autos, no puede soslayarse el incumplimiento de los deberes por parte del magistrado judicial, ni dejar de reconocer la responsabilidad que al Estado le cabe en ello.

XIII.- Recapitulando lo dicho hasta aquí, cabe concluir que: el libramiento de fondos pertenecientes a una menor de edad, con discapacidad visual, sin la previa intervención del Ministerio Pupilar ni la adopción de medidas tendientes a evitar la disminución del valor del capital, constituyeron la causa adecuada del daño que sufrió oportunamente la aquí actora, situación que podría haberse evitado desde que era una circunstancia previsible por el magistrado, quien omitió cumplir con los deberes a su cargo (art. 59, 493, 494, 495 y 297 segundo parr. del C. Civil).

El estándar constitucional de los Derechos del Niño, la especial protección que debe brindárseles en virtud de su condición de vulnerabilidad y, la prevalencia de su interés superior como principio al que debe orientarse la actividad judicial comprometen, en el caso, la responsabilidad del Estado por la deficiente prestación del servicio de justicia, en perjuicio de un incapaz.

Cabe citar, una vez más a la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que, bajo el paradigma de la protección especial que merecen los menores, señaló que "(…) conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere "cuidados especiales", y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir "medidas especiales de protección". En este sentido, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o la niña". (CIDH, caso Furlan y Familiares vs. Argentina, Sentencia del 31 de Agosto de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Punto VII E.2 126/127).

A la luz de tales preceptos, el Estado deberá indemnizar los perjuicios que sufrió la actora, en tanto constituyen una consecuencia mediata previsible, y como tal comprendida en la obligación de responder (cfr. artículo 901 del Código Civil y Ac. 79/2012 de esta Secretaría Actuante, entre otros).

XIV.- Determinada la responsabilidad de la Provincia demandada, corresponde considerar la extensión del reclamo indemnizatorio de la actora, que limita a la suma íntegra de la indemnización que debió haber percibido con motivo del accidente en el que perdiera su ojo izquierdo.

Si bien en un primer momento acota la misma "a la suma de dinero que no pueda ser percibida por la Srta. Moya en forma directa de parte del autor material de la defraudación y hasta la concurrencia del monto indemnizatorio –capital e intereses- que debió haber percibido en el juicio de daños y perjuicios ...deduciéndose del mismo el importe del pacto de cuota litis...", luego –en el alegato afirma que "...la actora de autos ninguna suma de dinero podrá percibir de parte de Squillario por la defraudación de la que fuera víctima, motivo por el cual la sentencia que se dicte en este proceso deberá contemplar la reparación integral de la suma de dinero de la que fuera depositada a su favor y de la que fuera despojada por el abogado de sus padres, $ 304.562, calculada al día 11 de diciembre de 1997, con más sus intereses". (cfr. fs. 12 vta. y 273 vta./274, de estos autos).

De los antecedentes que han sido agregados, se tiene por acreditado que el 11-12-1997 se libró en las actuaciones caratuladas: "Moya, Marcos Carlos y otros C/ Castedo, José y Provincia del Neuquén y Consejo Provincial de Educación s/ Daños y Perjuicios s/ Ejecución de Sentencia" (Expte. 1367-Folio 126- Año 1991), un cheque a la orden de Adrián Squillario, por la suma de $ 333.462, que fuera imputado a la liquidación aprobada en esas actuaciones; en la misma fecha el mencionado profesional prestó caución juratoria, para luego proceder a retirar un cheque n° 115960, a

la orden de Adrián Rodolfo Squillario, por la suma antes indicada (cfr. copia certificada obrante a fs. 239/241 vta. de estas actuaciones).

Se encuentra también acreditado que Squillario cobró el cheque que le fuera entregado en el Banco de la Provincia del Neuquén (cfr. Sentencia de fecha 17-04-2001 dictada en el expediente N° 2444-F°164-año 1999, de la Cámara de Apelaciones de todos los fueros de Zapala, Sala Penal, en autos "Squillario Adrián Rodolfo ... s/ Defraudación Especial en grado de partícipe primario...", que obra en copia certificada en el Expediente N° 11145-F°54-AÑO 2002 "Moya, Marcos Carlos s/ Dcia. del Juzgado de Primera Instancia de Instrucción, que ha sido incorporado como prueba instrumental).

Por lo tanto, el importe por el cual debe proceder el reclamo es aquél que debió haber percibido la actora -oportunamente depositado a la orden del juzgado-, y que no siendo un hecho controvertido por las partes en estas actuaciones, fue retirado y percibido por el profesional Squillario.

A ese importe se le deberá deducir las sumas que la demandada reconoce haber percibido.

En su demanda la accionante dice haber percibido la suma de "algo menos de $30.000" (cfr. fs. 10 vta.). A su vez, en el alegato obrante a fs. 270/274, reconoce haber percibido la suma de $29.000, dato que se corrobora con las sucesivas declaraciones que obran en el expediente de la denuncia ("Moya Marcos Carlos s/ denuncia" Expte. 11145 folio 54 año 2002, cfr. fs. 51/52; 53/54) y las constancias adjuntadas del expediente penal Nro. 2444, Folio 164 Año 1999).

Por su parte, la demandada si bien controvierte el monto que dice haber percibido la accionante, lo hace respecto de la posibilidad de que hubiera recibido mayores sumas que las admitidas en su demanda.

En virtud de ello, es posible afirmar que el hecho que de la accionante percibiera $29.000 de parte del abogado Squillario, en concepto de la indemnización que le correspondía, no se encuentra controvertido. Lo que controvierte la demandada, es que haya percibido sólo $29.000.

Por aplicación de la regla del art. 377 del Código Procesal, quien afirma la existencia un hecho controvertido es el encargado de proveer la prueba de su existencia. Ergo, recaía sobre la demandada la prueba de que la accionante cobró mayores sumas que los $29.000 reconocidos. Y tal prueba, luce ausente en autos.

En efecto, ni de la prueba instrumental ofrecida (los expedientes ya referenciados) ni de la declaración testimonial recibida en autos surge que la actora haya percibido mayores sumas que las reconocidas por ella en su demanda.

Por el contrario, de las constancias documentales obrantes en el expedientes "Moya, Marlos Carlos s/ denuncia" surge que la accionante sólo percibió la suma de $29.000 –en rigor, señala la suma de $28.900, cfr. fs. 1/2- y dicho dato es corroborado por las deposiciones de los testigos de la causa (cfr. fs. 51/52; 53/54).

La orfandad probatoria respecto a este punto, torna verosímil lo alegado por la actora, en el sentido que sólo percibió la cantidad de $29.000 de la indemnización que le correspondía.

Por ello, cabe hacer lugar a la demanda y condenar a la Provincia del Neuquén, al pago de la suma de $304.462 (resultante de la diferencia no percibida por la actora de la indemnización que le correspondía por el accidente sufrido en el mes de Mayo del año 1989).

XV.- Conforme lo especifica la actora a fs. 85 y surge de la demanda al solicitar la recuperación en forma "íntegra y efectiva" de la indemnización que debió haber percibido, cabe acordar intereses al resarcimiento.

Por ello, la suma determinada devengará, desde la fecha en que fue ocasionado el daño -11/12/1997, fecha del auto que ordenó la libranza- hasta el 01/01/08, el interés correspondiente a la tasa promedio entre la activa y pasiva (mix) del Banco de la Provincia de Neuquén y, a partir de esa fecha hasta el efectivo pago, se calcularán a la tasa activa mensual establecida por el mismo Banco (cfr. Ac. 25/10 y 27/10, entre otros de la Secretaría Civil de este Tribunal Superior de Justicia).

Las costas del pleito corresponde imponerlas a la demandada perdidosa por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C y C. y 78 de la Ley 1.305).

XVI.- Por los fundamentos brindados la demanda procederá por el importe consignado en el punto XIV) con más los intereses calculados en la forma establecida en el punto XV), siendo las costas del pleito a cargo de la perdidosa vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 C.P.C.y C. y 78 Ley 1.305). TAL MI VOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el 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 incoada por MARTA ROSANA MOYA, contra la PROVINCIA DEL NEUQUÉN, condenando a abonar a la actora la suma total de $304.462, con más los intereses que surgen del considerando XV. 2º) Imponer las costas a la demandada vencida (art. 68 C.P.C.y C. y 78 Ley 1.305). 3º) Diferir la regulación de honorarios para el momento de contar con pautas para ello. 4º) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

**"ARCE ELSA DEL CARMEN C/ MUNICIPALIDAD DE ZAPALA S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2621/2008) – Acuerdo: 39/15 – Fecha: 31/08/2015

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

EMPLEADO MUNICIPAL. DIFERENCIAS SALARIALES. INGRESO A LA ADMINISTRACION. ACCION DE AMPARO. PLANTA POLITICA. COSA JUZGADA. EFECTOS. EXTENSION. COSA JUZGADA MATERIAL. COSA JUZGADA FORMAL. ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA. RECHAZO.

1.- Corresponde el rechazo de la demanda por intermedio de la cual se pretendió el cobro de diferencias salariales, toda vez que la relación que vinculó a la actora con la el municipio demandado no era de empleo público. Cabe poner de manifiesto que esa faena ya fue desarrollada en la acción de amparo intentada por la propia accionante - in re: "Arce Elsa c/ Municipalidad de Zapala s/ acción de amparo" - pronunciamiento que en su oportunidad resolvió que la aquí actora no ingresó a la planta permanente del Municipio; que su designación fue de carácter político y que no hubo arbitrariedad o ilegitimidad en la decisión adoptada por el Sr. Intendente al momento de darle de baja. Entonces, la existencia de un pronunciamiento judicial firme obsta a que en esta instancia puedan re-analizarse las cuestiones que, según la actora, dan sustento a su reclamo de diferencias salariales.

2.- Las consideraciones efectuadas en la sentencia que rechazó la acción de amparo -in re: "Arce Elsa c/ Municipalidad de Zapala s/ acción de amparo"- y el examen que aquí se propone tienen directa vinculación, ya que en definitiva remiten al análisis de la calificación de la conducta desplegada por el Municipio –no existió ilegitimidad ni

ilegalidad-, tampoco la actora fue ingresada a la planta permanente del Municipio por lo que no tenía derechos estatutarios y la relación fue transitoria a raíz de su designación de carácter político; ergo, el análisis de las pretensiones que aquí se reclaman no pueden desprenderse de las consideraciones que realizó el Juez del amparo para rechazar la acción así intentada.

3.- [...] siempre que el juez del amparo haya entrado a considerar la cuestión de fondo y resuelva conforme a ella, la sentencia allí recaída hará cosa juzgada formal y material, impidiéndose la reedición de las cuestiones debatidas mediante el tránsito de otra vía judicial –en el sub lite Acción Procesal Administrativa-.

4.- Repárese que la cosa juzgada se extiende a todas aquéllas cuestiones que, sin haber sido materia expresa de la decisión contenida en la sentencia, resultan su consecuencia necesaria, dependen indispensablemente de tal decisión o han quedado tácitamente resueltas en aquélla. Firme la sentencia recaída en el amparo, los efectos que se reclaman en los presentes, en punto a las liquidaciones reclamadas, no pueden volver a ser revisados toda vez que la procedencia de tales conceptos importa un nuevo análisis de las cuestiones ya resueltas.

**Texto completo:**

ACUERDO N°_39. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los treintaiún días del mes de julio del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia integrada con los Señores Vocales Doctores OSCAR E. MASSEI y EVALDO DARIO MOYA, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "ARCE ELSA DEL CARMEN C/ MUNICIPALIDAD DE ZAPALA S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 2621/08, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- Que a fs. 81/89 se presenta la Sra. Elsa del Carmen Arce, con patrocinio letrado e inicia acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Zapala. Ello, según dice, "por haberse dictado resoluciones en su perjuicio que padecen vicios graves; efectuado retenciones salariales indebidas e ilegalmente; no reintegrado dichos importes ante el reclamo formal efectuado; suspendido unilateral e ilegalmente el pago de adicionales salariales antes reconocidos y efectuado liquidación incorrecta de vacaciones y de su salario".

Explica que, todo ello es consecuencia de que la demandada no admite que su relación laboral con el Municipio era de empleo público con lo cual se rechazaron no solamente las reclamaciones fundadas en ese carácter sino también las que debieran reconocerse como consecuencia de un contrato temporario.

Afirma que no existe en el municipio zapalino ninguna norma que determine por inclusión el carácter de "planta política"; ni tampoco que regule esa relación.

Refiere que ingresó a trabajar en el Municipio de la ciudad de Zapala, conforme Resolución 1799/00, del 25/7/00, designándosela "titular de la dirección de Asistencia al discapacitado", área creada por la misma norma.

Afirma haber cumplido con todos los requisitos exigidos por el estatuto y escalafón municipal para el ingreso, los que detalla. Alega que siendo integrante de la planta permanente del Municipio, se le fijó el monto salarial en forma arbitraria, omitiéndose el pago de otros adicionales de la categoría de revista.

Expresa que se liquidó la antigüedad conforme a los períodos laborales anteriormente acreditados y tuvo el tratamiento correspondiente al personal de planta permanente.

Indica que mediante la Resolución 1199/04, del 21/4/04 se la integra a la "planta política", transcurridos tres años desde su ingreso, en una categoría que sí se encuentra dentro del Estatuto –director-. A partir de ello, dice, se le dedujeron de su salario porcentajes variables con destino a un fondo político partidario; se dejó sin efecto el pago de los adicionales por antigüedad; no se le abonaron otros suplementos salariales (que sí fueron liquidados a otros funcionarios transferidos a la planta política).

Refiere que, debido a todo ello, su salud se debilitó, y que usufructuó de diversas licencias por enfermedad, las que condujeron al trámite de jubilación por incapacidad, la que fue reconocida el 18/4/08 por la Junta médica del I.S.S.N.

Acota que, encontrándose en uso de licencia, mediante Resolución 2463/07, del 28/8/07 se decidió, sin motivación, prescindir de sus servicios y no se dispuso su reintegro a la planta permanente.

Frente a ello, indica que inició una acción de amparo y, que con el dictado de una medida cautelar, conservó su salario hasta que se practicó la liquidación final, en junio/07, sin contener ni especificar los períodos de vacaciones no gozadas (50 días).

Informa que, esa liquidación se realizó durante la vigencia de la medida cautelar, incumpliéndola. Agrega que, a fin de completar el trámite jubilatorio, presentó su renuncia pero no fue aceptada, lo que entorpeció durante meses el acceso al beneficio.

Señala que durante el trámite del amparo alcanzó el beneficio jubilatorio.

Finalmente dice que reclamó ante el Municipio los rubros indicados pero que éstos fueron rechazados sobre la base de pertenencia a planta política.Funda el derecho y, en ese contexto, reitera que ingresó como planta permanente al Municipio y que al incorporársela a la planta política no existía normativa alguna que avalara tal categorización.

En definitiva, pretende el pago de las diferencias salariales, con los adicionales por refrigerio, puntaje, etc., correspondiente a la categoría de revista, en relación con las sumas efectivamente liquidadas; el reintegro de las deducciones no autorizadas y formalizadas ilegalmente, respecto a una entidad político partidaria a la que no pertenece ni perteneció; los adicionales por antigüedad que dejaron de liquidarse; la correcta liquidación final de las vacaciones no gozadas y demás rubros.

Ofrece prueba.

II.- Se declara la admisión del proceso mediante R.I. 6878/09 y, a fs. 107/108, la accionante opta por el trámite ordinario.

III.- A fs. 112 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado en los términos de la Ley 1575.

A fs. 128/132 se presenta la Municipalidad de Zapala, mediante apoderados y contestan la demanda.

Niegan, por imperativo legal, todos y cada uno de los hechos invocados en la presente acción, a excepción de los que sean expresamente reconocidos.

También niegan y desconocen el contenido de la totalidad de la prueba documental y su valor probatorio, salvo aquella que coincida con la acompañada por su parte.

Afirman que las pretensiones de la actora en esta sede son iguales que la resueltas en los autos: "Arce Elsa c/ Municipalidad de Zapala s/ acción de amparo", Expte. 5553/07, tramitado en Primera Instancia del Juzgado Civil y Comercial de Zapala, como también en el expediente de igual carátula, N° 5890, Folio 73, Año 2008 de la Cámara de Apelaciones de la misma ciudad, donde se rechazó la demanda.

Indican que resulta poco convincente seguir insistiendo en que la actora reunió todos los requisitos exigidos por el Estatuto del Escalafón municipal para el "ingreso".

Analizan las conclusiones de las sentencias de los autos referidos.

Manifiestan que la Sra. Arce omite referirse a las conclusiones negativas de las sentencias mencionadas. Allí se expresó que la accionante formaba parte del personal contratado y, que luego, fue personal de planta política, por ende, su reclamo debe ser rechazado.

Enumeran los artículos de la Carta orgánica y del Estatuto municipal –Ordenanza 95/85-. Citan jurisprudencia sobre el tema en debate.

Aclaran que la designación del año 2000 se vinculó al Acuerdo de colaboración suscripto con la Subsecretaría de Salud y, que mediante la Resolución 1199/04, fue designada en el mismo cargo pero en planta política del Municipio.

Por último, en cuanto a los haberes que se le abonaban como Directora, aclaran que la categoría era "Directora a Cargo" y que no corresponde que sea equiparado a la de "Director dentro de la carrera administrativa" sino, más propiamente, a una función de Dirección en el marco de una designación política con los caracteres propios de temporalidad, eventualidad y estacionalidad que estos cargos llevan implícitos. Agregan que obtuvo el beneficio jubilatorio con total normalidad.

Ofrecen prueba y fundan en derecho.

IV.- A fs. 134/135 la actora contesta el traslado conferido respecto a la documentación acompañada.

V.- A fs. 136 se abre la presente causa a prueba, período que se clausura a fojas 570 y se ponen los autos para alegar por Secretaría.

A fs. 579/584 se encuentra agregado alegato de la accionante y a fs. 585/588 de la Municipalidad de Zapala.

VI.- A fs. 592/595 se expide el Sr. Fiscal ante el Cuerpo, quien propicia desestimar la acción impetrada.

VII.- A fs. 598, 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.- Luego de relatar las posiciones de las partes y a los fines de la resolución de la causa, adquiere vital importancia para el análisis la defensa introducida por la parte demandada en punto a que la cuestión aquí ventilada ya ha sido resuelta y se encuentra alcanzada por las sentencias dictadas en la acción de amparo que, antes de la acción procesal, intentó la accionante. Más concretamente, en la causa "Arce Elsa c/ Municipalidad de Zapala s/ acción de amparo", Expte. 5553, año 2007 del registro del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería de la Ciudad de Zapala que fue requerida como prueba y se tiene a la vista.

VIII.1.- Así, en la acción de amparo, la aquí actora indicaba que interponía esa acción "en razón de la Resolución Municipal 2463/7 del Sr. Intendente, a fin que se me restituya en mi función en la Dirección del Discapacitado, toda vez que por esta norma se me ha dado de baja de la planta funcional política… omitiendo restituirme a la planta de agentes permanentes de ese municipio…"

Decía en ese contexto que, "la determinación de la eventual invalidez de la norma lesionante no requiere un debate más amplio, pudiendo resolverse con los medios de prueba que permite la norma amparista"; al momento de describir los hechos, se observa que el relato es coherente con el efectuado en esta sede y, al igual que aquí, considera a la Resolución 2463/7 como el acto que ha vulnerado su derecho al empleo público, a la estabilidad en el empleo, a la propiedad, a la previsión social, a la salud.

A fs. 22 del mencionado Expediente 5553, la Sra. Jueza, luego de considerar los antecedentes obrantes en el legajo municipal de la actora y confrontarlos con la regulación legal en punto a la garantía de estabilidad, dijo "…la accionante no revestía la calidad de agente municipal sino que inicialmente era personal contratado del Municipio local y luego fue personal de planta política… Así, las circunstancias de la causa reseñadas ut supra, me permiten afirmar que la amparista no revestía la calidad de agente de la Municipalidad, ingresada conforme las normas estatutarias, de lo que no le resulta aplicable la estabilidad que invoca, ni la consecuente restitución contenida en el inc. L del art. 22 del Estatuto Municipal, a una situación que nunca revistió en el Municipio demandado. Atento ello, no existe ilegalidad alguna en el dictado…de la Resolución 2463/7 sino que la misma se adecua a las atribuciones que le son propias y que se encuentran contenidas en la Carta Orgánica Municipal que en su art. 100 inc. f) establece "…nombrar, remover, aplicar medidas disciplinarias a funcionarios y empleados de la administración a su cargo conforme las disposiciones vigentes". Consecuentemente, no dándose los extremos exigidos por el art. 1° de la Ley 1981, la presente acción de amparo debe ser rechazada" (fs. 222/225).

Luego, a fs. 232 de ese expediente, la actora apeló dicha sentencia.

En ese escrito, resumió la litis en dos extremos:

1) en no haber sido restituida a la planta de agentes permanentes del municipio, lesionando los derechos adquiridos en el inc. L del Capítulo de los Derechos del art. 22 del Estatuto del Personal Municipal luego del distracto efectuado por el Ejecutivo municipal a través de la Resolución 2463/07 y,

2) en que se negara que la Sra. Arce haya ingresado a las filas de la planta permanente de empleados del Municipio, en razón de lo cual nunca adquirió el derecho a la inamovilidad y estabilidad del agente municipal (fs. 232/237).
La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Zapala, a fs. 270/273, dictó su resolución.
Decía "conforme quedara planteado el debate en autos debe resolverse el carácter de la designación de la actora… que si bien en la Resolución 1799/00 del 25 de julio de 2000 se designa a la actora a cargo de la Dirección del Discapacitado, no surge de la documental acompañada que se hayan cumplido los recaudos previos a la designación en planta permanente que establece el Estatuto del Empleado Municipal. Que por otra parte, no resulta comprensible que si ocupaba este cargo como personal permanente se la designara por resolución 1199/04 en el mismo cargo pero como perteneciente a la planta política. Entendemos que la razón de ello es que la designación del 2000 se encontraba vinculada al acuerdo de colaboración suscripto el 23 de julio de 2000 con la Subsecretaría de Salud…"
Luego, hace una serie de consideraciones en punto a la vía del amparo para culminar expresando que "en este estado de las actuaciones… corresponde confirmar de acuerdo a lo considerado, la sentencia dictada en fecha 19 de mayo de 2008, obrante a fs. 222/225, con costas a la actora vencida…"
VIII.2.- Ahora bien, descripto lo acontecido en el amparo viene al caso reiterar que, en esta causa, la actora deja en claro que las pretensiones que aquí esgrime son a consecuencia de no admitirse que su relación laboral con la municipalidad era de empleo público y, parecería dejar entrever que, entonces, las reclama como consecuencia de un contrato temporario.
Sin embargo, toda la argumentación que sostiene su demanda pasa por reeditar los fundamentos por los cuales, a su criterio, resultó ilegítima la decisión de darle de baja ya que, afirma, haber ingresado a la planta permanente del Municipio de Zapala. Tan así que, insiste "al momento de incorporarse a la planta política no existía normativa alguna que avalara tal categorización y había transcurrido en exceso el lapso requerido para su estabilidad plena." continuando su exposición en este sentido.
Para más, si bien lo que aquí reclama es el pago de "diferencias salariales", el examen que propone no logra desvincularse de las normas estatutarias (que ya se le dijo que no le alcanzaban) o, al menos, tampoco se ha fundado el derecho en otra norma que no sea la derivada de la supuesta estabilidad en el empleo que, insiste, le debió ser reconocida.
Esto viene a colación puesto que no es posible analizar la pretensión aquí esgrimida en forma desprendida de las razones que se esgrimieron para rechazar el amparo intentado con anterioridad.
En otras palabras, no hay modo de reconocer el derecho al cobro de las diferencias salariales que aquí reclama (con adicionales de refrigerio, puntaje, etc. correspondientes a la categoría de revista; reintegro de deducciones no autorizadas; adicionales por antigüedad; correcta liquidación final de las vacaciones, etc.) si no es a través de la modalidad bajo la cual se desempeñó para el Municipio demandado; y al respecto, esa faena ya fue desarrollada en la acción de amparo intentada y ya hay un pronunciamiento judicial que resolvió que la actora no ingresó a la planta permanente del Municipio; que su designación fue de carácter político y que no hubo arbitrariedad o ilegitimidad en la decisión adoptada por el Sr. Intendente al momento de darle de baja.
Ergo, la existencia de un pronunciamiento judicial firme obsta a que en esta instancia puedan re-analizarse las cuestiones que, según la actora, dan sustento a su reclamo de diferencias salariales.
Incluso, nótese que si quisiera analizarse la cuestión desde la óptica de la reparación de los daños y perjuicios que se dicen ocasionados, la causa encuentra el mismo escollo: el pronunciamiento judicial que resolvió que no hubo una conducta ilegítima o ilegal de parte de la administración no deja margen para, ahora, examinar nuevamente las decisiones que, según la accionante, resultaron arbitrarias y darían lugar a la reparación.
En definitiva, a través de la vía del amparo se ha intentado obtener el reconocimiento del carácter de empleada de planta permanente con derecho a la estabilidad; rechazada tal pretensión, se intenta ahora reeditar la cuestión para reclamar pretensiones salariales conexas a aquella decisión.

Y en ese cuadro de situación, existe una identidad de objeto, de causa y de partes aún cuando la actora haya confusamente, en esta instancia, propuesto la cuestión desde otra óptica: las diferencias salariales.

Luego, tal posibilidad se da de bruces con la existencia de la cosa juzgada material que prohíbe volver a juzgar una cuestión ya resuelta entre las partes a quienes la sentencia puede serle opuesta.

Con ello, no se trata tanto de impedir que se abran nuevos procesos, sino de que no se desconozca o enerve lo decidido en esa sentencia.

VIII.3.- En efecto, sabido es que en la acción de amparo la apreciación de la cosa juzgada material requiere atender a las circunstancias en que se desenvolvió el proceso en cada caso, de tal modo que será posible admitir o no su existencia de acuerdo al objeto procesal que se persiguió, la profundidad del análisis realizado y la índole del resultado alcanzado, pautas que permitirán proyectar o no sobre la acción posterior, la rigidez y oponibilidad de lo decidido.

Así, la índole de la cosa juzgada en un proceso de amparo es de apreciación en cada caso, sin que sea posible anticipar pautas rígidas y preestablecidas.

Esto porque la acción de amparo y el denominado proceso administrativo, aunque legal y doctrinariamente se encuentran diferenciados, ofrecen relaciones de estrecha vinculación y de recíproca gravitación.

Toda acción de amparo contra un acto de un poder público, involucra en su seno una típica cuestión de carácter administrativo.

Ello es así, por cuanto la protección establecida a través de los regímenes reguladores del amparo, apunta a los agravios causados o por causar, originados en "actos u omisiones de la Administración Pública", y si bien esta expresión no es siempre coincidente con la de "acto administrativo", debe concederse que, normalmente, la concreta impugnación ejercida a través de la acción de amparo, se encuentra dirigida a cuestionar típicos actos administrativos (cfr. Morello-Vallefín "El Amparo. Régimen Procesal", quinta edición, La Plata, Librería Editora Platense, 2004, pág. 309 y ss.).

Es necesario recordar que, en el derecho argentino, el amparo es un juicio de conocimiento pleno, donde puede formarse una cabal comprensión del derecho constitucional que se dice conculcado y de la existencia o no de una manifiesta lesión al mismo.

Es que, "en el amparo argentino, la sumariedad está referida al procedimiento o trámite, pero no al tipo de conocimiento que en él se opera. Con otras palabras: en ningún otro continente posterior, también plenario, aunque con un conocimiento mayor, podría volver a discutirse (afirmarse y probarse) lo ya decidido sobre la procedencia del amparo, desde que el objeto propio de la pretensión del amparo ya ha sido sometido a debate." (Morello- Vallefín, ob. citada, pág. 165).

Desde esta perspectiva, puede afirmarse que siempre que el juez del amparo haya entrado a considerar la cuestión de fondo y resuelva conforme a ella, la sentencia allí recaída hará cosa juzgada formal y material, impidiéndose la reedición de las cuestiones debatidas mediante el tránsito de otra vía judicial.

IX.- Entonces, repasando los requisitos de la cosa juzgada puede afirmarse que en los presentes existe identidad de partes y, también objeto y causa.

El núcleo de la pretensión de la acción de amparo fue el reconocimiento de la Sra. Arce como empleada de planta permanente, imputándole a la Resolución 2463/07 –que da de baja de la Planta política- la conculcación de sus derechos.

En los presentes, se imputa a dicha Resolución y a las dictadas en su consecuencia, vicios graves y arbitrariedad; luego, como efecto de la anulación pretendida, reclama la liquidación de haberes y adicionales acorde al cargo "de revista" que, según afirma, era de "empleada de planta permanente".

Pero, como fuera dicho, las consideraciones efectuadas en la sentencia dictada en el amparo y el examen que aquí se propone tienen directa vinculación, ya que en definitiva remiten al análisis de la calificación de la conducta desplegada por el Municipio –no existió ilegitimidad ni ilegalidad-, tampoco la actora fue ingresada a la planta permanente del Municipio por lo que no tenía derechos estatutarios y la relación fue transitoria a raíz de su designación

de carácter político; ergo, el análisis de las pretensiones que aquí se reclaman no pueden desprenderse de las consideraciones que realizó el Juez del amparo para rechazar la acción así intentada.

Repárese que la cosa juzgada se extiende a todas aquéllas cuestiones que, sin haber sido materia expresa de la decisión contenida en la sentencia, resultan su consecuencia necesaria, dependen indispensablemente de tal decisión o han quedado tácitamente resueltas en aquélla.

Firme la sentencia recaída en el amparo, los efectos que se reclaman en los presentes, en punto a las liquidaciones reclamadas, no pueden volver a ser revisados toda vez que la procedencia de tales conceptos importa un nuevo análisis de las cuestiones ya resueltas.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar la demanda instaurada, con costas a la actora vencida (art. 68 del CPCyC de aplicación supletoria en la materia).

MI VOTO.

El señor Vocal Doctor EVALDO DARIO MOYA, dijo: Comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. OSCAR E. MASSEI por lo que emito mi voto en idéntico sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) RECHAZAR la demanda interpuesta por la Sra. ELSA DEL CARMEN ARCE contra la MUNICIPALIDAD DE ZAPALA; 2°) Imponer las costas a la actora vencida (art. 68 CPCyC de aplicación supletoria por reenvío del artículo 78 de la ley 1305); 3°) Regular los honorarios de los profesionales actuantes: al Dr. ... y ..., en el doble carácter por la demandada, en la suma de $6.630,00; al Dr. ..., en el doble carácter por la actora, en la suma de $4.640 y los honorarios diferidos en las R.I. 269/11, 430/11 y 108/12, en la suma de $4.000,00. A los peritos ... (perito documentólogo) en la suma de $2.500,00 y al Sr. ... (perito contador) en la suma de $1.500,00; 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. OSCAR E. MASSEI - DR. EVALDO DARIO MOYA

DRA. LUISA A. BERMÚDEZ – Secretaria

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

**"DI LAURO IVANA ELIZABETH C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3564/2011) – Acuerdo: 40/15 – Fecha: 05/08/2015

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

PLANTA POLÍTICA. PODER EJECUTIVO. PAGO DE HABERES. REINCORPORACION. FACULTADES DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. BAJA. LEGITIMIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. ENFERMEDAD. FALTA DE PRUEBA.

1.- Corresponde rechazar la demanda de quien fue nombrada en la planta política de la Secretaría de Estado de la Gestión Pública y Contrataciones y peticionó el pago de los haberes adeudados y los que se devenguen hasta la pretendida reincorporación a su cargo, como también que se reconozca que el Estado Provincial no estaba habilitado para darle de baja como empleada pública pues se encontraba con

licencia médica. Ello es así, ya que tal como surge del acto de designación -Decreto 1919/09-, que el nombramiento de la actora "en la planta política mientras dure el mandato de la presente Gestión de Gobierno y sean necesarios sus servicios…" era de carácter precario y no tuvo por finalidad provocar su ingreso a la planta permanente de empleados, en los términos del Estatuto Provincial. Desde tal premisa, la pretensión de reincorporación resulta improcedente en atención a que, a la fecha, ya aconteció la condición a la que estaba sujeta la designación. Es decir, culminó el mandato de la gestión de gobierno (período 2007-2011). Por ello, habiéndose extinguido los efectos del Decreto 1919/09 por vencimiento del plazo de la designación (cfr. art. 80 de la Ley 1284) la pretensión de reincorporación deducida en autos ha devenido abstracta.

2.- No resultó ilegítima la decisión de dar de baja a la actora plasmada en el Decreto 699/11 –antes de la finalización de la gestión de gobierno que la nombró-, y por ende, debe rechazarse el pretendido pago de haberes desde la fecha de la desvinculación hasta la de expiración del Decreto de nombramiento. Ello es así, toda vez que el límite de la designación política efectuada, es la finalización de la gestión de gobierno, pero, de ninguna manera cabe colegir de ello que no pueda dejarse sin efecto la designación sin es que se estima que ya no son necesarios los servicios, porque ello implicaría tanto como vaciar de contenido la fórmula empleada. En efecto, la locución "y mientras sean necesarios sus servicios" adquiere significación sólo frente a la posibilidad de que, en el transcurso de la misma gestión de gobierno que nombró al funcionario, la Administración estime innecesario mantener sus servicios. Adviértase que, de lo contrario, se estaría obligando a la Administración a mantener un funcionario –sin estabilidad en el cargo- hasta que culmine la gestión, por el solo hecho de haberlo designado y con absoluta independencia de las necesidades del servicio que en su momento justificaron el nombramiento (contexto que incluye el supuesto de disconformidad con el modo de desempeñar la función encomendada –cfr. dictamen 077/12 obrante en el Expediente 5000-008730/12), todo lo cual aparece como irrazonable.

3.- Recuérdese que el funcionario o empleado está siempre en razón de las necesidades del servicio (no al revés) y que "los empleos que se creen deben ser estrictamente necesarios y justificados" (art. 153 Constitución Provincial).

4.- Tampoco se vislumbra procedente el argumento vinculado con la violación a la garantía de "permanencia y resguardo del empleo mientras dure el período de enfermedad" que la actora introduce para deslegitimar la baja otorgada. En efecto, más allá de que la accionante –por su designación política- no se encontraba amparada por ninguna norma estatutaria que obligara a la Administración a mantener el empleo, lo cierto es que tampoco se encuentra acreditado que,

efectivamente, se encontrara en una situación que mereciera la protección reclamada. En consecuencia [...] la cuestión queda sellada por la ausencia de toda prueba tendiente a acreditar el supuesto de hecho fundante del agravio (enfermedad).

**Texto completo:**

ACUERDO N° 40. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre a los cinco días del mes de agosto del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los señores Vocales Titulares Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Doctora LUISA A. BERMUDEZ, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "DI LAURO IVANA ELIZABETH C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 3564/11, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado el Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: I.- A fs. 32/35 se presenta la Sra. Ivana E. Di Lauro, por derecho propio, con patrocinio letrado, e inicia acción procesal administrativa contra la Provincia del Neuquén.

Pretende que se deje sin efecto el Decreto 699 del 18 de abril de 2011, se paguen los haberes adeudados y los que se devenguen hasta la reincorporación a su cargo y se reconozca que el Estado Provincial no estaba habilitado para darle de baja como empleada pública pues se encontraba con licencia médica.

Manifiesta que el empleado público no puede ser desvinculado mientras se encuentra amparado por una licencia médica y esa era su situación desde el año 2010 (02/12/2010) y se repitió a partir del 04/04/2011.

Explica que los certificados médicos que acreditaron la imposibilidad de trabajar fueron presentados en la Secretaría de Estado de Gestión Pública y Contrataciones, se encuentran recibidos con sello y firma y obra en su poder la constancia de recepción.

Sostiene que, el Decreto 699/11 que dispone su baja como dependiente de la Secretaría de Estado de la Gestión Pública y Contrataciones, conculca la garantía de permanencia y resguardo del empleo mientras dure el período de enfermedad y, además, contiene un argumento falso que provoca su falsedad ideológica.

Informa que ingresó a trabajar para el Estado como dependiente de la Secretaría de Estado de la Gestión Pública y Contrataciones y que su designación se efectuó mediante el Decreto 1919/09 donde se indicaba: "Desígnese en la planta política mientras dure el mandato de las personas detalladas en el Anexo 2 de la presente en las categorías que en cada caso se especifican a partir del día 1 de octubre de 2009" (art. 3).

Entiende que se imponen 2 requisitos para conservar su designación, los que se deben dar simultáneamente y no en forma alternativa: "mientras dure el mandato de la presente gestión de gobierno y sean necesarios los servicios".

Plantea que el mencionado decreto no dice "mientras dure el mandato de la presente gestión o sean necesarios sus servicios".

Refiere que se debían dar tres condiciones para su desafectación: la primera, no encontrarse en un estado de salud bajo el marco de protección, es decir no estar con reposo médico o incapacidad médica al momento de la desvinculación; el segundo y tercer requisito debían darse simultáneamente, es decir, el fin del mandato más la ausencia de necesidad de los servicios.

Indica que en el Decreto de baja se tergiversó el artículo 3 del decreto de designación porque de la disyunción inclusiva se va a una disyunción alternativa; es decir, de la letra "y" a la letra "o" lo que no es, en modo alguno, una cuestión menor para quien redactó el Decreto 699/11.

Dice que se cambió el contenido de la norma al momento de dictarse el decreto de baja; por ello pretende que se abonen sus haberes pendientes hasta la fecha del vencimiento de su contratación y se disponga su reincorporación, en un plazo perentorio, a partir del vencimiento de su licencia médica.

Agrega que en la reclamación se pretende poner en evidencia la persecución de la que fue objeto ya que se puede advertir que el servicio que supuestamente era innecesario luego fue cubierto por otra persona, como se indica en el 2° artículo del Decreto 699.

Por último, sostiene que ante el incumplimiento de los tres requisitos mencionados corresponde hacer lugar a la demanda en todas sus partes.

Efectúa reserva del caso federal.

Acompaña prueba.

II.- A fs. 45 se declara la admisión del proceso -Resolución Interlocutoria 273/12-.

III.- Ejercida la opción por el proceso sumario, a fs. 49 se corre traslado de la demanda a la Provincia del Neuquén, que se presenta, a fs. 58/62, con letrados apoderados y el patrocinio del Sr. Fiscal de Estado.

Por imperativo procesal, niegan los hechos alegados por la parte actora.

A continuación, describen los antecedentes y fundamentos del caso.

Desconocen la existencia, autenticidad y veracidad del supuesto certificado médico, del 4 de abril de 2011, niegan que hubiese sido sellado y firmado por la Psiquiatra infantil y que hubiese sido presentado ante la Administración, ya que el original no consta en ninguno de los antecedentes agregados como prueba a autos y la actora tampoco lo acompañó en original, habiéndose limitado a acompañar una copia simple a fs. 31 del expediente judicial.

Niegan que la Provincia tenga en su poder constancia de recepción de tal certificado. Desconocen la firma de la médica, la autenticidad del certificado y su contenido, debiendo la parte actora soportar las consecuencias de su falta de prueba, ante la opción por el proceso sumario.

Sostienen que, como consecuencia de ello, no es posible tener por acreditada la afirmación de la accionante de que se encontraba con licencia médica, en reposo, al ser dada de baja. Por el contrario, dicen que según surge de las actuaciones administrativas, la Sra. Di Lauro, fue dada de baja porque sus servicios no eran necesarios y deducen que la existencia de tal certificado fue alegada al enterarse de tal decisión.

Aseveran que no existen vicios que tornen anulable el decreto de baja; dicen que no existió violación a la estabilidad del empleo ya que no la había adquirido al no haber sido designada en la planta de personal estable y que tampoco existió un fraude a la Ley de parte de la demandada; supuesto que, además, no fue alegado.

Refieren que quedó claro, desde un principio, cuál era el vínculo de las partes: la actora era una agente de la planta política y su prestación de servicios terminaría, en principio, al culminar la gestión o bien cuando ya no fueran necesarios sus servicios.

Alegan que el Gobernador tiene la atribución de nombrar y remover a los funcionarios políticos. Citan la Constitución provincial y el E.P.E.C.A.P.P., Capítulo II, artículo 3 y 7.

Explican que la agente Di Lauro, como personal de planta política, estaba excluida de la aplicación del estatuto mencionado. Insisten en que no fue designada en planta permanente, ni temporaria y que desde el principio de la relación la actora supo cual era su situación laboral, el término de la finalización de sus servicios, así como la posibilidad de que, antes de que expirara la gestión de gobierno, se prescindiera de sus servicios por no ser necesarios.

Expresan que la actora se equivoca en el análisis del artículo 3 del Decreto 1919/09 respecto a que deben suceder ambas circunstancias en forma conjunta para que la designación política culmine, porque existe la conjunción "y" en vez de "o". En realidad, aseveran, lo que dice el artículo es que la designación política durará mientras dure el mandato que la designó y, a su vez, sean necesarios los servicios; es decir que, si una de las dos no persiste, puede culminar la designación.

Mencionan que lo mismo sucedería si termina la gestión pero sus servicios se consideraran necesarios para la siguiente, supuesto que requeriría de una nueva designación política ya que la efectuada terminaría irremediablemente con la gestión; es decir que puede darse una causal y no la otra y por ello están mencionadas ambas en el decreto de designación.

Explican que de lo contrario, no se habría incorporado la segunda condición –necesidad de los servicios- limitándose la designación a la duración del mandato de la gestión de gobierno; así, al incorporarse la otra causal, dicen que es obvio que pueden darse cualquiera de las dos alternativas para proceder a poner fin al nombramiento político.

Afirman que es una facultad discrecional del Estado continuar con la relación conforme a la necesidad del servicio y con independencia de la culminación de la gestión. Citan jurisprudencia.

En conclusión, dicen que la demanda no puede prosperar porque tanto el Decreto 699/11, como el 408/12 son legítimos, no procede la anulación y, por lo tanto, tampoco la reincorporación en la misma situación que se encontraba.

Agregan que tampoco procedería el pago de los salarios caídos, para el hipotético caso de su reincorporación, ya que no corresponde el pago de remuneraciones por prestaciones no cumplidas; destacan que no se reclama indemnización de daño, por lo que ni siquiera un porcentaje del sueldo dejado de percibir debería ser reconocido.

IV.- A fs. 68/72 dictamina el Sr. Fiscal General quien propicia se rechace la demanda.

V.- A fs. 76 se dicta la providencia de autos, la que, firme y consentida, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VI.- Como fuera indicado, la actora impugna el Decreto 699/11 por medio del cual se le dio de baja a partir de la fecha de su emisión (18/4/11) en el cargo de Planta Política de la subsecretaría de Información Pública dependiente de la Secretaría de Estado de la Gestión Pública de contrataciones por dos razones:

- porque se la habría desvinculado mientras se encontraba con licencia médica y, a su entender, ello conculca la garantía de permanencia y resguardo del empleo mientras dure el período de enfermedad.
- porque su decreto de nombramiento estipulaba que la duración de su designación era "mientras dure el mandato de la gestión de gobierno y sean necesarios sus servicios", con lo cual la Administración habría recurrido a un argumento falso para disponer su baja, interpretando esas condiciones como alternativas cuando en rigor debían darse en forma conjunta.

VII.- Ante todo, corresponde señalar que, tal como lo ha sostenido reiteradamente este Cuerpo, en el ejercicio de las facultades atinentes a la política administrativa y a la ponderación de las aptitudes de los agentes, ha de reconocerse a la Administración Pública una razonable amplitud de criterio en la apreciación de los distintos factores y reglamentaciones en juego, en aras de lograr un mejor servicio.

La Administración tiene amplias facultades para reestructurar y renovar sus cuadros directivos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, facultades que, sin hesitación alguna, pertenecen al ámbito de discrecionalidad del poder administrador.

Sin embargo, discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad y, en consecuencia, no se inhibe el control jurisdiccional de constitucionalidad y razonabilidad. Así, los actos administrativos dictados en materia de empleo público son revisables si presentan ilegitimidad o arbitrariedad, sin que obste a ello el ser dictados en ejercicio de facultades discrecionales, pues en tal caso la validez del acto depende de su razonabilidad, que debe ser verificada si se impugna en juicio (cfr. Ac. 599/99 y 582/99, entre otros).

Es decir, que la discrecionalidad de la decisión en esta materia no llega a la posibilidad de tomar cualquier sendero ni de arribar a cualquier resultado.

VIII.- Desde estos lineamientos, se analizará la cuestión presentada en autos.

De la exposición de los hechos realizada en la demanda y de los términos del acto de designación -Decreto 1919/09-, surge que el nombramiento de la actora "en la planta política mientras dure el mandato de la presente Gestión de Gobierno y sean necesarios sus servicios…" era de carácter precario y no tuvo por finalidad provocar su ingreso a la planta permanente de empleados, en los términos del Estatuto Provincial.

Desde tal premisa, ya puede adelantarse que la pretensión de reincorporación resulta improcedente en atención a que, a la fecha, aún de seguirse el recorrido de análisis propuesto por la actora, ya aconteció la condición a la que estaba sujeta la designación. Es decir, culminó el mandato de la gestión de gobierno (período 2007-2011).

Por ello, habiéndose extinguido los efectos del Decreto 1919/09 por vencimiento del plazo de la designación (cfr. art. 80 de la Ley 1284) la pretensión de reincorporación deducida en autos ha devenido abstracta.

VIII.- No obstante, debe examinarse si la decisión de dar de baja a la actora plasmada en el Decreto 699/11 –antes de la finalización de la gestión de gobierno que la nombró- resultó, como afirma en su demanda, ilegítima, pues de ello dependerá la suerte del reclamo subsistente (pago de haberes desde la fecha de la desvinculación hasta la de expiración del Decreto de nombramiento).

VIII.1.- Como fuera indicado, por medio del Decreto 1919/09 se designó en Planta Política "mientras dure el mandato de la presente Gestión de Gobierno y sean necesarios sus servicios…" -entre otros- a la aquí actora.

Dicho decreto alude a la aprobación de la estructura funcional de la Secretaría de Estado de la Gestión Pública y Contrataciones y en razón de ello, designó a las personas que, a partir del día 1/10/09, acompañarían a los Señores Secretarios de Estado de la Gestión Pública y Contrataciones, Subsecretarios de la Gestión Pública y de Información Pública. A la par, estableció en qué categoría revestirían cada uno de ellos.

De tal forma, como puede verse, desde el momento en que ese personal fue designado en planta política y para acompañar a los Sres. Secretarios y Subsecretarios, el nombramiento estuvo signado por la transitoriedad (hasta la finalización de la gestión de gobierno, precisamente por resultar cargos de confianza) y la necesidad del servicio de contar con esas personas.

Luego, no aparece como razonable que, de variar las circunstancias o estimarse que ya no son necesarios los servicios, la Administración no pueda dar de baja al funcionario designado en la planta política porque aún no finalizó la gestión de gobierno, tal como propone la actora.

Antes bien, lo que cabe interpretar es que el límite infranqueable de la designación política efectuada, es decir, aquel en el que el acto agota todos sus efectos, es la finalización de la gestión de gobierno, pero, de ninguna manera cabe colegir de ello que no pueda dejarse sin efecto la designación sin es que se estima que ya no son necesarios los servicios, porque ello implicaría tanto como vaciar de contenido la fórmula empleada.

En efecto, la locución "y mientras sean necesarios sus servicios" adquiere significación sólo frente a la posibilidad de que, en el transcurso de la misma gestión de gobierno que nombró al funcionario, la Administración estime innecesario mantener sus servicios.

Adviértase que, de lo contrario, se estaría obligando a la Administración a mantener un funcionario –sin estabilidad en el cargo- hasta que culmine la gestión, por el solo hecho de haberlo designado y con absoluta independencia de las necesidades del servicio que en su momento justificaron el nombramiento (contexto que incluye el supuesto de disconformidad con el modo de desempeñar la función encomendada –cfr. dictamen 077/12 obrante en el Expediente 5000-008730/12), todo lo cual aparece como irrazonable.

Recuérdese que el funcionario o empleado está siempre en razón de las necesidades del servicio (no al revés) y que "los empleos que se creen deben ser estrictamente necesarios y justificados" (art. 153 Constitución Provincial).

Por su parte, tampoco pasa desapercibido que en la designación oportunamente efectuada ha existido un gran componente de discrecionalidad en la evaluación de las aptitudes de las personas sobre las cuales recayó el nombramiento político pues ningún mérito se ha realizado –en el Decreto 1919- de las funciones concretamente encomendadas o de las cualidades que reunieron las personas designadas, lo cual conduce a sopesar que, en este tipo de designaciones (políticas), al no existir una regulación a la que deba ajustarse el Órgano con competencia decisoria (no hay concurso, ni procesos de selección), la subjetividad de la valoración y la libertad de opción que ha caracterizado a la designación en un ámbito de amplia discrecionalidad, se trasladan también al acto de cese con fundamento en las razones de oportunidad, mérito o conveniencia (cfr. Ac. 1607/09).

De allí que, aun cuando se pudiera seguir el recorrido de razonamiento que propone la actora cuando indica que "el servicio que supuestamente era innecesario fue luego cubierto por otra persona, como reza el Decreto 699 art. 2°", dando a entender que habría existido una falsa motivación en el acto de baja con una finalidad "persecutoria" hacia su persona, lo cierto es que dicha circunstancia no surge acreditada a la luz del acto impugnado y tampoco se ha aportado prueba para demostrarla.

VIII.2.- Por otro lado, atendiendo al aspecto vinculado con la violación a la garantía de "permanencia y resguardo del empleo mientras dure el período de enfermedad" que la actora introduce para deslegitimar la baja otorgada, vale adelantar que nada logra conmover.

En efecto, más allá de que la accionante –por su designación política- no se encontraba amparada por ninguna norma estatutaria que obligara a la Administración a mantener el empleo, lo cierto es que tampoco se encuentra acreditado que, efectivamente, se encontrara en una situación que mereciera la protección reclamada.

La demandada expresamente negó que se hubiera encontrado con licencia médica; que hubiera estado acreditada la imposibilidad de trabajar al momento de la baja y que ello surja de certificados médicos recibidos por la administración.

Afirma que en los expedientes administrativos no obra agregado ningún certificado médico del día 4/4/11 y asevera que oportunamente se le otorgó un alta laboral –en el año 2010- y que no constaba solicitud de Junta Médica Permanente de Apelación dentro de los plazos legalmente establecidos por disconformidad con tal proceder. Agrega que, el supuesto certificado médico de fecha 4/4/11 fue presentado en copia simple cuando hizo el primer reclamo contra el Decreto 699 y que el original no consta en ninguno de los expedientes administrativos agregados como prueba.

En definitiva niega toda la situación vinculada con la enfermedad al momento de la baja, desconocen el certificado médico de fecha 4/4/11 acompañado en copia a la causa; niegan su recepción; desconocen la firma de la médica, la autenticidad y su contenido.

Y frente a todo ello, que se compadece con las constancias administrativas agregadas a la causa –de donde no surge agregado el original del certificado médico señalado cfr. Expte 5000-008730/11; 4950-002194/10; 4910-002701/10; 4910-002768/10-, es inoficioso avanzar con el análisis tendiente a determinar si la Administración debía observar otro temperamento en lugar de dar la baja en la fecha indicada, toda vez que la cuestión queda sellada por la ausencia de toda prueba tendiente a acreditar el supuesto de hecho fundante del agravio (enfermedad).

En este escenario, entonces, donde no surgen acreditados los vicios que la actora le imputa al Decreto 699/11, cabe considerar que la Administración no ha actuado en forma ilegítima al disponer la baja de la Sra. Di Lauro, y por ende, la desestimación de la demanda en todas sus partes deviene como conclusión ineludible.

Las costas, por aplicación del principio objetivo de la derrota, deben ser soportadas por la accionante vencida (art. 68 del CPCyC, de aplicación supletoria). MI VOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: por compartir los fundamentos y la solución que propone el Dr. Ricardo Tomás Kohon, emito mi voto de adhesión en idéntico sentido. TAL MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, con intervención del señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Rechazar en todas sus partes la acción procesal administrativa promovida por la Sra. IVANA ELIZABETH DI LAURO contra la PROVINCIA DEL NEUQUEN; 2º) Imponer las costas a la actora vencida (art. 68 C.P.C.y C., de aplicación supletoria en la materia); 3º) Regular los honorarios del Dr. ..., patrocinante de la actora, en la suma de $4.270,00 y de los Dres. ... y ..., apoderados de la Provincia del Neuquén, en la suma de $2.440,00 en conjunto y del Dr. ... en la suma de $6.100,00; 4º) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

DRA. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

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

**"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ CURIPAN CARLOS ALBERTO S/ ACCION DE LESIVIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3428/2011) – Acuerdo: 45/15 – Fecha: 12/08/2015

DERECHO PROCESAL: Acción de lesividad.

ENTIDAD AUTARQUICA. PODER EJECUTIVO. LEGITIMACION ACTIVA. INSTITUTO PROVINCIAL DE VIVIENDA Y URBANISMO. LEY DE CREACION. FINALIDAD. ACTO ADMINSITRATIVO. ACUERDO TRANSACCIONAL. CESION DE TIERRAS. VICIOS GRAVES. INCOMPETENCIA. MOTIVACION.

1.- [...] la legitimación de la actora encuentra su fundamento en lo normado en el artículo 29 de la Ley 1284 en cuanto le atribuye al Poder Ejecutivo la competencia para verificar la legitimidad de la actividad de la entidad autárquica.

2.- Cabe hacer lugar a la acción de lesividad promovida por la Provincia del Neuquén y, en consecuencia, anular la Resolución 679/06 dictada por el Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo (I.P.V.U.) mediante la cual se aprobó un acuerdo transaccional entre el organismo provincial y los demandados estableciéndose que éstos últimos, recibían en propiedad exclusiva 50.901,40 metros cuadrados divididos en los siguientes lotes: (...) cuyo titular de dominio en el Registro de la Propiedad Inmueble es el I.P.V.U. y éstos le restituían al órgano administrativo la posesión de 50.924,62 m2. Ello es así, toda vez que la declaración de lesividad permite volver sobre el propio accionar administrativo, a efectos de reestablecer el orden jurídico lesionado.

3.- La Resolución 679/06 dictada por el Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo (I.P.V.U.) padece los vicios previstos en el artículo 67 incs. i) y s) de la ley 1284. En relación al primero de los vicios mencionados, tenemos que el negocio jurídico –cesión de tierras en propiedad- que se patentiza en el convenio transaccional, no cumple con los fines y objetivos específicos del ente. Esto así, dado que las tierras cedidas en propiedad tienen una superficie mayor que la que cabe destinar a proveer una solución habitacional a los demandados –finalidad que otorga competencia al órgano-. Es que aunque dentro de las atribuciones del I.P.V.U. se encuentre la de adjudicar viviendas e incluso lotes –a fin de brindar soluciones habitacionales-, se advierte que el planteo de autos –acotado a una transacción que importa ceder tierras, en una superficie mayor que la necesaria para la localización de una vivienda- excede tales facultades. En lo concerniente al otro vicio del acto administrativo, la resolución invoca como motivación para autorizar la firma del convenio transaccional que éste es "beneficioso para el organismo", "salvaguarda los intereses fiscales" y tiende a "arribar a la paz social", teniendo por probado que los reclamantes son los que tienen "la antigua posesión" de los lotes solicitados (...). En tal sentido, acuerda

con los demandados (...)- entregarles, en forma individual, la propiedad de los inmuebles denominados como remanente Lote 77 II (R1) y remanente Lote 77 II (R2) de la localidad de Villa La Angostura, pero soslaya considerar la situación de otros pobladores; que, en el caso, son integrantes de la misma familia (...) que invocan posesión ininterrumpida respecto de las mismas tierras, reeditando el conflicto y tornando ineficaz la finalidad perseguida.

4.- No cabe desconocer que, en el caso particular de autos, la declaración de lesividad efectuada no soluciona el conflicto latente sobre la propiedad de las tierras que, los aquí demandados y los terceros mencionados alegan poseer. Sin embargo, los vicios patentizados en la Resolución 649/06, impiden tenerla por válida, con legitimidad suficiente para generar y consolidar derechos subjetivos a los demandados, sin contemplar lo pertinente respecto de aquellos que solicitan igual tratamiento.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 45. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los doce días del mes de agosto de dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Doctores OSCAR E. MASSEI y EVALDO DARIO MOYA, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Dra. Luisa Analía Bermúdez para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ CURIPAN CARLOS ALBERTO S/ ACCION DE LESIVIDAD", Expte. 3428/11, en trámite por ante la mencionada Secretaría del Tribunal y, conforme el orden de votación oportunamente fijado, el Señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- A fs. 11/14 se presenta la Provincia del Neuquén y solicita la anulación de la Resolución 679/06, del 7 de agosto de 2006, dictada por el I.P.V.U.

Señala que, mediante esa resolución se aprobó un acuerdo entre el I.P.V.U. y los demandados, Sres. Lucinda Oses de Curipán, Carlos Alberto Curipán y Juan Luis Curipán quienes recibían en propiedad exclusiva el dominio de 50.901,40 metros cuadrados, propiedad del organismo provincial (expediente administrativo 3967-011863/05).

Aclara que a la fecha de la interposición de la demanda no se había perfeccionado el traspaso de las tierras.

Menciona los vicios que se hallan configurados en la Resolución 679/06, que la convierten en un acto ilegítimo y lesivo a los intereses de la Administración pública, toda vez que entiende que reconoció derechos posesorios, ante una supuesta ocupación ancestral que fue con anterioridad desestimada judicialmente.

Dice que los demandados no acreditaron la condición de comunidad aborigen de la familia, ni cuentan con personería jurídica que los reconozcan; por eso, sostiene que, no se encuentran los presupuestos fácticos para que exista una transacción.

Desde allí, indica que el I.P.V.U. se extralimitó en su competencia y, sin cumplir en debida forma el acuerdo logrado, resulta imperiosa su anulación.

Agrega que si bien la Resolución 679/06 tiene vicios graves, han generado derechos subjetivos públicos a las personas a quienes beneficia, siendo un acto administrativo estable, por lo que es necesario iniciar la demanda y someterlo a revisión judicial por resultar perjudicial a sus intereses.

Funda en derecho. Ofrece prueba.

II.- A fs. 20 se declara la admisión del proceso.

Habiendo optado la parte actora por el proceso ordinario (fs. 23), se corre traslado de la acción.

III.- A fs. 30/45 comparecen los Sres. Lucinda Oses de Curipán, Carlos Alberto Curipán y Juan Luis Curipán y contestan la demanda.

Luego de realizar la negativa de rigor, aluden a las constancias del expediente 3967-011863/05.
Explican que el acuerdo transaccional fue consecuencia de la Resolución que ahora se cuestiona.
Relatan los antecedentes y fundamentos de la petición que justificó el acuerdo.
Sostienen que se siguieron los pasos previstos en el ordenamiento legal y participaron las dependencias técnicas que dictaminaron su procedencia.
Manifiestan que dicho convenio tuvo principio de ejecución. Así, se suscribió el acuerdo transaccional, con su plano anexo y fueron adjudicadas las fracciones convenidas. Además, el I.P.V.U. recibió la posesión de las fracciones adjudicadas a su parte y, en cumplimiento del punto 1.6 del Acuerdo, se encargó al agrimensor Jorge Barragán, mediante Resolución 0043/07 y el contrato de locación de servicios, la subdivisión de los inmuebles denominados como remanente Lote 77II (R1) y Remanente Lote 77II (R2).
Acotan que cancelaron la deuda por tasas municipales.
Expresan que, como surge de las actuaciones administrativas, a pesar de dicho pago y la confección de los planos respectivos, el organismo provincial se negó a firmarlos.
Alegan que el I.P.V.U. jamás detentó la posesión de los lotes objeto del acuerdo.
Sostienen que se encuentra acreditado su ocupación y la de Santos Curipán y su hijo Emilio Curipán (cónyuge y padre de los presentantes) desde veinte años antes de la creación del Estado Provincial neuquino; que la ocupación ancestral no fue el único ni el principal fundamento de la transacción.
Niegan que la Resolución 679/06 aplique los art. 75 inc.17 de la Constitución Nacional y 53 de la Constitución Provincial.
Refieren que no existió incumplimiento de la sentencia dictada en los autos "Curipán Emilio y otra c/ I.P.V.U. s/ Usucapión" porque la demanda fue rechazada por cuestiones formales.
Sostienen que ni la Resolución 679/06, ni el acuerdo que la misma aprueba con su Anexo I, contradicen o violan deberes impuestos en la sentencia de usucapión.
Afirman que el pedido de anulación, basado en una declaración de lesividad por supuesta ilegitimidad que intenta la actora, carece de sustento e incumple con la finalidad de las normas.
Plantean que el artículo 35 de la Ley provincial de Tierras Fiscales Nro. 263, en tanto prohíbe la adquisición de aquéllas tierras mediante la prescripción adquisitiva es inconstitucional porque ninguna norma local puede abrogar ni modificar el régimen general establecido en el Código Civil.
Expresan que ni la resolución ni el acuerdo que la misma aprueba, ocasionan perjuicio fiscal. Dicen que los actos cuestionados no están viciados por incompetencia del órgano administrativo en razón de la materia, por haberse ejercido atribuciones de otros órganos o entes administrativos o por haberse extralimitado en sus competencias en atención a las disposiciones de la Ley 1043.
Refieren que la Resolución impugnada cumple con la finalidad debida porque el I.P.V.U. finiquita el conflicto fáctico y jurídico existente.
Expresan que no existió ocupación por parte de terceros, interesados o no, sobre las fracciones que fueron adjudicadas de común acuerdo a su parte.
Dicen que acreditaron la posesión sobre los lotes en forma individual y no como una comunidad tal como afirma, sin sustento, el Decreto 1391/11.
Acotan que, ante la posibilidad de existir otros interesados pueden demostrar la posesión pública pacífica y no interrumpida por más de veinte años y oponerla no sólo al I.P.V.U. sino erga omnes.
Afirman que la parte actora, tanto en el Decreto 1391/11 como en la demanda, parece desconocer la condición de ente autárquico del I.P.V.U. toda vez que inicia la acción el Estado provincial, no el órgano autor del acto del que se pretende la anulación, esto es, el Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo.
Reiteran que la Resolución 679/06 es legítima: que su objeto no está prohibido por el orden normativo; que no está en discordancia con la cuestión fáctica acreditada en el expediente o la situación de hecho reglada por las normas; que no es imprecisa, ni obscura, ni absurda, ni imposible de hecho; que no contraviene, en el caso, disposiciones constitucionales, legislativas, ni sentencias judiciales; que no vulnera la irrevocabilidad o estabilidad del acto

administrativo; que no viola normas administrativas de carácter general dictadas por autoridad competente; y que no contraviene instrucciones o circulares.

Afirman que la Resolución cuestionada emanó del órgano competente y reúne los requisitos o elementos esenciales de los cuales depende su validez y eficacia, a saber objeto, competencia, voluntad y forma.

Indican que, por el contrario, la falta de sustento y motivación se advierte en el Decreto 1391/11, declarativo de la lesividad.

Solicitan que se rechace la demanda, con costas.

Fundan en derecho. Ofrecen prueba.

IV.- A fs. 51 se abre la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 207.

A fs. 217/220 se agrega el alegato de la actora y a fs. 222/238 el de los demandados.

V.- A fs. 241/248 dictamina el Sr. Fiscal General. Afirma que conforme los antecedentes obrantes en los expedientes administrativos no existen dudas que la propiedad de la tierra en cuestión, es del IPVU.

Manifiesta que, en un sentido estricto, el IPVU no tenía competencia para dictar el acto, por cuanto "no se trataba de un bien que hubiere sido adjudicado en pos del objeto que le establece la ley de creación Nro. 1043, el que es preciso"; pero agrega que, en un sentido amplio, podría entenderse que se trató de "regularizar una situación dominial que viene de antaño, en cumplimiento del acceso de los demandados a una vivienda digna".

Por ello advierte que aunque la acción tuviera una acogida favorable, no soluciona por sí la controversia entre las partes, ni tiende a la paz social.

En virtud de ello, propicia que se convoque a las partes a una audiencia conciliatoria.

Mediante RI 178/14, esta Sala Procesal Administrativa resuelve hacer lugar a la petición del Sr. Fiscal General y convocar, en uso de las facultades previstas en el artículo 36 inc. 4 del C.P.C. y C. –de aplicación supletoria- a una audiencia conciliatoria.

A fs. 258/259 luce el acta, acordando las partes un cuarto intermedio de 15 días, a fin de analizar alternativas de solución al conflicto. Luego, a fs. 260 los demandados informan que no han arribado a ningún acuerdo, en virtud de lo cual, se dispone la continuación del trámite suspendido, llamándose autos para sentencia (fs. 261) el que en la actualidad se encuentra firme y consentido y coloca a estas actuaciones en estado de dictar la misma.

VI.- Tal como se ha sostenido en anteriores pronunciamientos, el sentido y fundamento de la anulación de los actos administrativos -de cuya naturaleza participa la acción de lesividad- debe buscarse y no puede ser otro, que el propio de toda la actividad administrativa, es decir, la necesidad de satisfacer el interés público encomendado a su gestión (cfr. Acuerdos 1177/05, 29/12, 40/12, entre otros).

Como consecuencia, la Administración puede invocar su propia torpeza, volviendo sobre sus propios actos, con fundamento en asegurar mediante la extensión de actos ilegítimos, el reestablecimiento de la juridicidad.

Ahora bien, la acción de lesividad pretende evitar que la Administración se arrogue la verificación unilateral de la legitimidad de un acto que ella misma ha dictado y, cuyos efectos, se han incorporado ya al patrimonio del administrado, obligándola a acudir al Poder Judicial. Pero, conforme lo indica con claridad Dromi, "...los actos impugnables en el proceso de lesividad no son los mismos que en el proceso administrativo ordinario de plena jurisdicción. En este último caso, se pueden impugnar actos administrativos violatorios de la ley, decreto, ordenanza, reglamento, resolución, acto, contrato o cualquier disposición administrativa anterior. Por el contrario, en virtud de la acción de lesividad, solamente se puede impugnar un 'acto administrativo irrevocable' en sede administrativa. El alcance de la acción de lesividad es mucho más restringido que el de las otras acciones..." (cfr. "Proceso Administrativo Provincial-Acción de Lesividad" pág. 43 y sucesivas).

Corresponde entonces determinar, cuándo nos encontramos frente a un acto administrativo irrevocable.

VI.1.- En este sentido, sostiene Gordillo, que mientras algunos autores han enunciado como una característica más del acto administrativo su revocabilidad, el derecho administrativo argentino, ha evolucionado en sentido inverso, a punto tal, que en su estado actual se considera que lo señalable es la característica inversa, esto es, su estabilidad. La regla

es entonces, que el acto administrativo es irrevocable, máxime si reconoce o afecta derechos subjetivos (cfr. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3, El acto administrativo, 3era. Edición, VI-1).

Ahora bien, como ya lo sostuviera la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el recordado caso "Carman de Cantón", la irrevocabilidad del acto en sede administrativa, se encuentra íntimamente relacionada con el carácter "regular" del acto, entendiéndose por tal, al que reúne las condiciones esenciales de validez (elementos esenciales del acto), puesto que "cuando el acto tiene color legal, aunque después su análisis demuestre violación de la ley, él engendra derechos aparentes, que si bien no tienen el vigor necesario para resistir su futura anulación, aparejan sin embargo el derecho a que su juzgamiento se realice con todas las garantías reales, y previas todas las pruebas necesarias..." (cf. PTN, Dictámenes, 42:179, en igual sentido Fallos 258:299,301).

VII.- En el ámbito local, tal situación ha sido objeto de expreso tratamiento legislativo, tipificándose los actos regulares e irregulares en los artículos 54 y 55 de la ley 1284 (aplicable al caso conforme jurisprudencia de este Cuerpo en autos "Tapia").

Así el artículo 54 determina que "por sus efectos jurídicos, los actos pueden ser regulares o irregulares. Son regulares los actos administrativos válidos, los anulables y los nulos. Son irregulares los actos administrativos inexistentes".

Y el carácter jurídico esencial –entre otros- de la estabilidad, es predicado en el artículo 55, de los actos regulares, al disponerse: "d) es la prohibición de revocación en sede administrativa de los actos que crean, reconocen o declaran un derecho subjetivo, una vez que han sido notificados al interesado, salvo que se extinga o altere el acto en beneficio del interesado".

De lo expuesto se colige claramente, que el ámbito de aplicación de la acción de lesividad se encuentra circunscripta a los actos administrativos regulares, que –notificados al interesado- reconocen, declaran o crean un derecho subjetivo, y que la administración pretende revocar por razones de ilegitimidad.

Sobre estas premisas, se desprende que la Resolución 679/06 resulta ser un acto administrativo regular, ello en tanto resolvió la petición de los administrados, aprobando el convenio suscripto con los Sres. Lucinda Oses de Curipán, Carlos Alberto Curipán y Juan Luis Curipán por medio del cual se le otorgó la propiedad exclusiva de una fracción de tierra por un total de 50.901,40 metros cuadrados, generándoles derechos subjetivos particulares.

Cumplido el requisito consistente en que reúna la calidad de acto regular, corresponde ahora verificar si reviste la denunciada ilegitimidad.

VIII.- La Provincia persigue la anulación de la Resolución 679/06, del 7 de agosto de 2006, dictada por el Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo.

En ella, se aprobó un acuerdo entre ese organismo y los demandados, estableciéndose que éstos últimos, recibían en propiedad exclusiva 50.901,40 metros cuadrados divididos en los siguientes lotes: 77II (R2) F, de 4.836,79 m2, 77II (R2) G, de 30.911,80 m2, 77II (R2) H, de 4.735,04 m2 y 77II (R2) I, de 10.440,99 m2 cuyo titular de dominio en el Registro de la Propiedad Inmueble es el I.P.V.U. y éstos le restituían al órgano administrativo la posesión de 50.924,62 m2.

Se denuncia que tal resolución adolece de vicios graves que la tornan nula, conforme el artículo 67 inc. a), b), i), m), r), y s) de la ley 1284.

En ese marco, la actora indica que:

a) se encuentra en discordancia con la cuestión de hecho acreditada en el expediente o la situación de hecho reglada por la norma: dado que reconoce derechos posesorios de una ocupación ancestral que no fue acreditada y que, incluso, había sido desestimada judicialmente al rechazarse la demanda por usucapión; además reconoce la propiedad comunitaria de la tierra a una familia que no acreditó su condición de comunidad aborigen, ni ostenta la personería jurídica al efecto y se aplican los art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y 53 de la Provincial sin que corresponda al caso;

b) incumple deberes impuestos por las normas constitucionales legales o sentencias judiciales firmes: la Resolución contradice la sentencia dictada en la causa por usucapión y el art. 35 de la Ley provincial de Tierras Nro. 263, que prohíbe la adquisición de ésta mediante la prescripción y vulnera el principio general de no ocasionar perjuicios fiscales con las decisiones de los organismos públicos;

i) adolece de incompetencia en razón de la materia: al extralimitarse en sus atribuciones, porque concedió el dominio de un inmueble más allá de la finalidad de su creación y funcionamiento;

m) no cumple con la finalidad debida: toda vez que no se logró finiquitar el conflicto, que es la finalidad de toda transacción.

r) se dictó conculcando la garantía de defensa e incumpliendo un trámite necesario previo: al no participar parte de la familia Curipán como tampoco darle intervención al Sr. Fiscal de Estado.

s) carece de motivación o ésta es equívoca o falsa, en función de los vicios denunciados: ya que en definitiva, todos los vicios enunciados configuran una motivación indebida, equívoca o falsa, los presupuestos fácticos y jurídicos que la fundaron resultaron erróneos.

IX.- En forma previa a analizar la existencia de los vicios denunciados por la actora, es preciso detenerse en el examen sobre la legitimación de la Provincia del Neuquén para iniciar la presente acción, toda vez que los demandados la cuestionan aunque sin atribuirle el carácter de excepción previa o defensa de fondo.

Tal condición procesal importa el análisis respecto a que, quien demanda o aquél contra quien se demanda, revistan la condición de personas idóneas o habilitadas por la ley para discutir el objeto sobre el que versa el litigio.

En el caso, la legitimación de la actora encuentra su fundamento en lo normado en el artículo 29 de la Ley 1284 en cuanto le atribuye al Poder Ejecutivo la competencia para verificar la legitimidad de la actividad de la entidad autárquica.

Luego, si como se dijo anteriormente, la acción de lesividad pretende evitar que la administración se arrogue la verificación unilateral de la legitimidad de un acto que ella misma ha dictado y cuyos efectos se han incorporado ya al patrimonio del administrado, obligándola a acudir al Poder Judicial (cfr. Alberto Bianchi y Guido Tawil, "Proceso Administrativo y Constitucional", Ed. Ciencias de la Administración, pág. 130) es claro, entonces, que en el caso, la Provincia accionante –representada por el Sr. Fiscal de Estado- es quien se encuentra legitimada para declarar la lesividad en sede administrativa y promover la consiguiente acción (cfr. "Provincia c/ Acevedo Susana y otros s/ Acción de Lesividad" Expte. 825/03, R.I. 5507/06).

Y no obsta a esta conclusión, la circunstancia de que el IPVU –organismo que dictara el acto hoy impugnado por lesivo- sea un organismo autárquico, en los términos de la ley 1043 pues, precisamente, se trata de una "entidad descentralizada" sobre la cual el Poder Ejecutivo ejerce la atribución de fiscalizar la legitimidad de su accionar.

Desde tales premisas es que, sin lugar a dudas, la actora titulariza el derecho a proponer en sede judicial que se declare la lesividad de un acto dictado en el ámbito administrativo.

X.- Sentado ello, corresponde abocarse a verificar la existencia de los vicios denunciados a tenor de los fundamentos brindados en el Decreto 1391/11.

Para ello, cabe remitirse a los antecedentes administrativos que se tienen a la vista (Expte. 3967-011863/05) y a los motivos expresados en la Resolución 679/06, en punto a una situación de conflicto que se pretendía regularizar.

X.1.- Conforme surge de las constancias administrativas, el inmueble en cuestión es parte de una mayor fracción que, en primer término, perteneció al Estado Nacional (era territorio nacional) luego, pasó a manos de la Provincia del Neuquén y más tarde, fue donado al I.P.V.U. (cfr. Escritura 56 fs. 38/43 de aquellos actuados).

Esto es reconocido por los demandados al mencionar la autorización que el Sr. Curipán en el año 1933 recibió de la Administración de Parques Nacionales, sin perjuicio de la connotación realizada al alegar que, "obtuvo permiso para vivir en su propia tierra".

Por su parte, la interposición de una acción de usucapión evidencia que los demandados reconocen que la titularidad de las tierras se encuentra en cabeza del IPVU (demandado en dichos actuados), sin perjuicio de los fundamentos, formales o materiales, que motivaron el rechazo de la pretensión.

En este sentido, a fs. 12 del Expte. administrativo consta un informe que la Dirección General Técnica del IPVU, donde manifiesta: que el inmueble es de propiedad de dicho organismo; que se encuentra registrado bajo la matrícula 798-Los Lagos; que se construyó en el lugar el Plan 47 viviendas Villa La Angostura, lo que dio lugar a la existencia de dos

remanentes a ambos lados del barrio (según plano de subdivisión T°59 F°82), identificados como Lote 77 II (R1) de 32.389,87 m2 y Lote 77 II (R2) de 79.330,82 m2, ambos inscriptos a nombre del ente.

Este aspecto, alusivo a la propiedad registral, despeja la cuestión expuesta respecto a la aplicación, a la situación de autos, de los artículos 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y 53 de la Constitución Provincial, en tanto receptan nuevos paradigmas de la propiedad comunitaria indígena, en tanto, la propiedad de las tierras se otorgó con base en la tenencia individual de los reclamantes como antiguos pobladores del lugar.

Cierto es que el trámite administrativo comienza en base a una petición que formulan los aquí demandados, invocando su derecho ancestral a poseer esas tierras como "indígenas ocupantes originarios" (cfr. fs. 1/3 del Expte. 3967-011863/2005). Y, que el dictamen jurídico obrante a fs. 147/158 hace hincapié en el derecho de los pueblos originarios a la propiedad comunitaria de las tierras que ancestralmente ocupan.

Sin embargo, en el devenir del trámite administrativo, las peticiones de los aquí demandados mutan, solicitando el reconocimiento del derecho de propiedad sobre las tierras en cuestión, en base a la tenencia individual que ejercen desde larga data.

Así, refieren que la posesión de las tierras, comienza con su abuelo –Santos Curipán- quien se asienta en dichos terrenos en el año 1935 y desde dicha fecha hasta la actualidad, habitan sus herederos: Carlos Alberto y Juan Luis Curipán (nietos) y su nuera Lucinda Oses –viuda de Emilio Curipán-.

Igual tesitura sigue el Dictamen Nro. 189/06, de Asesoría de Gobierno donde reconoce que "por el individualismo de la propiedad, el Sr. Curipán Santos como sus descendientes no pueden ser considerados como Comunidad Indígena, por cuanto la posesión de los Lotes 77 A-B ha sido ejercida desde los primeros actos de ocupación a título individual" (fs. 215/220).

En ese estricto marco conceptual se encuadra la propuesta efectuada por los peticionantes en las actuaciones administrativas, cuando sugieren la firma de un acuerdo en virtud del cual se reparta la propiedad de los remanentes entre el IPVU y los reclamantes (fs. 223). Esta "división de la propiedad" que proponen, no es compatible con la cosmovisión indígena sobre la estrecha relación existente entre el hombre y la tierra que habita.

En el mismo sentido, puede apreciarse que durante el trámite administrativo no invocan la pertenencia a una comunidad indígena –tampoco la acreditan- ni reivindican la posesión de las tierras en base a una "ocupación ancestral" necesaria para el reconocimiento del derecho de propiedad comunitaria (cfr. Ley 23.302). La prueba ofrecida y rendida en aquél trámite intenta acreditar el carácter de poseedores –en forma individual- del terreno cuya titularidad reclaman.

Esta conclusión se encuentra reforzada por los términos de la contestación de la demanda de lesividad (fs. 30/45), donde expresamente reconocen que la ocupación ancestral "no fue el único y mucho menos el principal fundamento de la transacción", y agregan "es muy claro el dictamen del Asesor Gral. de Gobierno antes citado cuando aconseja una transacción "sin ingresar en consideración los derechos comunitarios" (fs. 36).

Asimismo, la oposición manifestada por los aquí demandados, respecto al reconocimiento de idénticos derechos sobre las tierras a sus parientes –a saber, Matilde, Rogelio, Zulma Elena y Santos Segundo Curipán– hijos y nietos de Santos Curipán y Matilde Vidal (cfr. Expte. 4741-000269/2008)-, excluye el concepto de "propiedad comunitaria" como perteneciente a un grupo familiar que integra una misma comunidad indígena (fs. 35).

En definitiva, todo lo expuesto lleva a concluir que la Resolución Nro. 679/06 otorgó la titularidad de las tierras a los aquí demandados, en base a considerar el derecho individual de propiedad que invocaban con fundamento en la existencia de una posesión ininterrumpida desde el año 1935, de conformidad con las normas del Código Civil que regulan la transmisión de los inmuebles (arts. 577, 2601, 2602 y ccdtes. del C.C).

En virtud de ello, cabe descartar la existencia del vicio alegado por la actora relativo a una "discordancia con la cuestión de hecho acreditada en el expediente" (art. 67 inc. a) de la ley 1284), desde que si bien en el trámite administrativo no surge acreditada la pertenencia de los demandados a una comunidad indígena, las tierras tampoco fueron otorgadas en "propiedad comunitaria".

X.- 2.- Reconocida, entonces, la propiedad de las tierras en cabeza del I.P.V.U. –conforme constancias registrales referenciadas- resulta necesario considerar la facultad del organismo para celebrar el acuerdo realizado, más precisamente, para ceder en propiedad las tierras de su titularidad.

Tal consideración necesariamente debe ser evaluada atendiendo a los vicios del acto administrativo en cuanto a su elemento subjetivo, más precisamente, a la competencia y capacidad del órgano que constituye el basamento donde se apoya su actuación.

Sostiene Gordillo que "la competencia es el conjunto de funciones que un agente puede legítimamente ejercer; el concepto de "competencia" da así la medida de las actividades que de acuerdo al ordenamiento jurídico corresponden a cada órgano administrativo: es su aptitud legal de obrar y por ello se ha podido decir que incluso formaría parte esencial e integrante del propio concepto de órgano".

Agrega que "en derecho público la competencia de los órganos no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o razonablemente implícita por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente" (Gordillo, Agustín "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo 1, 5º Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, pág. XII-7/8).

En nuestro derecho local aplicable, el artículo 4º de la ley 1284, establece que "La competencia de los órganos administrativos es el conjunto de atribuciones que, en forma expresa o razonablemente implícita, confieren la Constitución Provincial, los tratados, las leyes y los reglamentos. Es irrenunciable e improrrogable. Debe ser ejercida directa y exclusivamente por el órgano que la tiene atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las disposiciones normativas pertinentes."

Desde allí que el acto viciado de incompetencia conlleve una nulidad absoluta y, como tal, insusceptible de saneamiento; esto porque las disposiciones que adjudican la competencia en razón de la materia integran un verdadero orden público administrativo (cfr. Juan Carlos Cassagne, "La invalidez y los vicios"; Derecho administrativo, T. II; pág. 177).

Además, el fundamento de la competencia cobra vigencia como elemento del acto administrativo a raíz de la necesidad de adecuar la actividad administrativa a reglas jurídicas preestablecidas en garantía de los particulares o administrados; conforme un Estado de Derecho.

Así, el objetivo de la competencia en razón de la materia importa una delimitación de las atribuciones de los sujetos y órganos estatales establecidos en garantía del administrado.

En el sub examine, la actora denuncia un exceso en la actuación por parte del IPVU para disponer de tierras de su propiedad, en el marco de un acuerdo transaccional.

Para considerar ello, es necesario acudir a la ley de creación del IPVU –Ley 1043-.

Allí se establece que el Instituto funcionará como organismo descentralizado del área del Ministerio de Obras y Servicios públicos, por cuyo intermedio actuará en sus relaciones jerárquicas con el Poder Ejecutivo.

Se dispone, asimismo, que en su calidad de ente autárquico de la Administración Pública provincial, tendrá competencia y capacidad para realizar todos los actos administrativos y negocios jurídicos necesarios para el desarrollo de sus fines y el ejercicio pleno de sus facultades como persona jurídica de derecho público, con encuadre en las normas legales de la Nación y de la Provincia (art. 1, Ley 1043).

Asimismo, en dicha ley se indican los fines del organismo, al establecer sus objetivos:

"…proveer soluciones y atender las necesidades de los sectores en situación de desamparo para permitir su acceso a la vivienda; regularizar la situación dominial de las viviendas adjudicadas y a adjudicar, continuar con las acciones necesarias para el cumplimiento de los contratos ejecutados o en curso de ejecución y/o toda otra vinculación jurídica originada en la actividad desarrollada por el mismo…" (art. 2) y para cumplir con los mismos, la Provincia del Neuquén, adhiere a lo establecido por la ley 21.581 -FONDO NACIONAL DE LA VIVIENDA- (art. 3, Ley 1043).

Asimismo, el artículo 13 establece qué bienes integran el patrimonio del organismo, entre los cuales se encuentran "los que adquiera por donación, legado o cualquier otra liberalidad" (inc. c). Más adelante, se establece que

"El patrimonio del Instituto no podrá ser destinado a objetos distintos a los que se refiere el cumplimiento de sus fines específicos" (art. 14).

Desde esta perspectiva, cabe concluir que el negocio jurídico –cesión de tierras en propiedad- que se patentiza en el convenio transaccional, no cumple con los fines y objetivos específicos del ente. Esto así, dado que las tierras cedidas en propiedad tienen una superficie mayor que la que cabe destinar a proveer una solución habitacional a los demandados –finalidad que otorga competencia al órgano-.

Es que aunque dentro de las atribuciones del I.P.V.U. se encuentre la de adjudicar viviendas e incluso lotes –a fin de brindar soluciones habitacionales-, se advierte que el planteo de autos –acotado a una transacción que importa ceder tierras, en una superficie mayor que la necesaria para la localización de una vivienda- excede tales facultades.

Tampoco puede interpretarse que, por la extensión de la tierra cedida –casi 5 hectáreas- el IPVU haya contemplado la existencia de una unidad económica de explotación, entendiendo por tal a "todo predio que por su superficie, calidad de tierra, ubicación, mejoras y demás condiciones de explotación –racionalmente trabajada por una familia agraria que aporte la mayor parte del trabajo necesario- permita subvenir a sus necesidades y a una evolución favorable de la empresa" (cfr. art. 4 de la ley 263).

Esto así dado que el destino productivo de la tierra no se encuentra acreditado en autos y, principalmente, porque el IPVU no tiene competencia para la adjudicación de tierras fiscales, a tenor de las disposiciones de la Ley Provincial Nro. 263 que regula el uso y disposición de la misma.

Allí se prevé que: "El Poder Ejecutivo establecerá el procedimiento a que deberá ajustarse la concesión de las tierras fiscales, las caducidades, resolución o extensión de derechos, y ampliación de multas previstas en la presente Ley, así como las formalidades y requisitos de los títulos de propiedad ..." (artículo 37).

Así el Estado provincial tiene potestad para la defensa y conservación de los inmuebles fiscales, determinándose en el Decreto Reglamentario Nro. 826/94, la autoridad de aplicación.

Por su parte, la Ley provincial 2571 establece que es competencia del Ministerio de Desarrollo Territorial entender en todo lo concerniente al desarrollo armónico y sustentable de la producción agraria, comercial, industrial turística e institucional de toda la Provincia; entender en la elaboración y ejecución de las políticas de Estado, programas y proyectos vinculados al sector de la producción agraria, comercial, industrial y de servicios de la Provincia y las relaciones con las organizaciones e instituciones que los representan; entender en todo lo relativo al diseño, implementación y ejecución de los proyectos estratégicos en desarrollo y los que el Poder Ejecutivo implemente y le asigne con posterioridad, requiriendo de ser necesario la participación de las empresas públicas en su desarrollo y realización; elaborar y ejecutar programas de radicación empresarial mediante acciones de difusión, promoción industrial y la búsqueda de inversiones para todo el territorio provincial; evaluar los proyectos de inversión productivos, comerciales, industriales y turísticos que soliciten tierras fiscales provinciales para su implementación (Decreto 2029/10).

Por lo demás, no cabe olvidar que toda la actuación del IPVU se encuentra sujeta al cumplimiento de la ley 2141, que específicamente prevé que "Los bienes inmuebles de la provincia no podrán enajenarse, ni gravarse en forma alguna, sin expresa disposición de ley que, al mismo tiempo, deberá indicar el destino de lo producido, en cuyo defecto pasará a integrar el conjunto de recursos aplicados a la financiación general del presupuesto" (art. 71).

Luego, conforme al marco normativo referenciado, el IPVU al autorizar la firma del convenio transaccional, mediante la Resolución Nro. 679/06, y por medio del cual cedió en propiedad una tierra de su titularidad, de una superficie de 5 hectáreas, ha excedido la finalidad establecida en su ley de creación, y que le otorga la competencia para actuar, patentizándose así el vicio previsto en el artículo 67 inc. i) de la ley 1284, que determina su nulidad.

X.3.- Por último y atendiendo a la presentación en sede administrativa de los Sres. Matilde, Rogelio, Zulma Elena y Santos Curipán –descendientes de Don Santos Curipán Hueneman y Doña Matilde Vidal- mediante la que se solicita igual reconocimiento que el otorgado en la Resolución 679/06 se constata que la finalidad perseguida –o invocada como motivación del convenio transaccional- no pudo ser alcanzada, en tanto no ha podido extinguir el conflicto en torno a la propiedad de las tierras en cuestión; más allá de la omisión de su participación oportuna en la tramitación.

Todo ello, converge en el vicio de motivación indebida que equivale a la falta de fundamentación normativa y fáctica que aconteció frente al dictado de la Resolución 679/06.

La motivación de un acto administrativo fue definida por la doctrina como las razones que han llevado al órgano a emitir el acto en la forma que lo ha hecho.

Las razones que se requieren son tanto las que hacen a las circunstancias fácticas como al derecho aplicable (cfr. GORDILLO Agustín, Lexis N° 8001/001855). La forma y contenido de ella surge de los artículos 51° y 52° de la Ley 1.284).

Es necesario recordar que la fundamentación de la voluntad administrativa, en especial en materia de facultades discrecionales, tiende a consolidar la vigencia del principio republicano que impone a los órganos administrativos dar cuenta de sus actos, al tiempo que evita que se afecten los derechos de impugnación de los particulares alcanzados por aquélla y se impida revisar judicialmente su legitimidad y razonabilidad.

Así, la resolución invoca como motivación para autorizar la firma del convenio transaccional que éste es "beneficioso para el organismo", "salvaguarda los intereses fiscales" y tiende a "arribar a la paz social", teniendo por probado que los reclamantes son los que tienen "la antigua posesión" de los lotes solicitados (cfr. Resolución 679/06).

En tal sentido, acuerda con los demandados –Lucinda Oses y sus hijos, Carlos Alberto y Juan Luis Curipán- entregarles, en forma individual, la propiedad de los inmuebles denominados como remanente Lote 77 II (R1) y remanente Lote 77 II (R2) de la localidad de Villa La Angostura, pero soslaya considerar la situación de otros pobladores; que, en el caso, son integrantes de la misma familia –Curipán- que invocan posesión ininterrumpida respecto de las mismas tierras, reeditando el conflicto y tornando ineficaz la finalidad perseguida.

XI.- En conclusión, la declaración de lesividad permite volver sobre el propio accionar administrativo, a efectos de reestablecer el orden jurídico lesionado.

En virtud de las consideraciones realizadas, corresponde acoger la pretensión de la actora y, en consecuencia, declarar la nulidad de la Resolución Nro. 679/06 del IPVU por padecer de los vicios previstos en el artículo 67 incs. i) y s) de la ley 1284.

No cabe desconocer que, en el caso particular de autos, la declaración de lesividad efectuada no soluciona el conflicto latente sobre la propiedad de las tierras que, los aquí demandados y los terceros mencionados alegan poseer, en forma ininterrumpida desde el año 1935.

Sin embargo, los vicios patentizados en la Resolución 649/06, impiden tenerla por válida, con legitimidad suficiente para generar y consolidar derechos subjetivos a los demandados, sin contemplar lo pertinente respecto de aquellos que solicitan igual tratamiento.

La solución expuesta importará retrotraer la situación a la instancia anterior a su dictado, para que la Administración Pública pueda considerar los reclamos de todos aquellos que invoquen derechos sobre las tierras en cuestión y resolver, en el marco de sus competencias y conforme las cuestiones de hecho y derecho que se acrediten debidamente, lo que corresponda al respecto.

En virtud de lo expuesto, considero que las costas del proceso deben imponerse en el orden causado (art. 68, última parte del C.P.C.C.). ASI VOTO.

El Señor Vocal Doctor EVALDO DARIO MOYA dijo: adhiero al criterio sustentado por el Vocal que votara en primer término, por lo que me pronuncio en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Hacer lugar a la acción de lesividad promovida por la Provincia del Neuquén y, en consecuencia, anular la Resolución 679/06 dictada por el I.P.V.U. mediante la cual se aprobó un acuerdo transaccional entre el organismo provincial y los demandados: Sres. Lucinda Oses de Curipán, Carlos Alberto Curipán y Juan Luis Curipán quienes recibían en propiedad exclusiva el dominio de 50.901,40 metros cuadrados; 2°) Imponer las costas en el orden causado (art.68, última parte del CPCyC y 78 de la Ley 1.305); 3°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

DRA. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

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

**"MELLAO ADOLFO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUÉN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3581/2012) – Acuerdo: 48/15 – Fecha: 31/08/2015

DERECHO ADMINISTRATIVO: Jubilación y pensiones.

BENEFICIOS PREVISIONALES. RECONOCIMIENTO DE SERVICIOS. PRESCRIPCION. NATURALEZA PREVISIONAL.

1.- Corresponde hacer lugar a la demanda y, en consecuencia condenar al Instituto de Seguridad Social del Neuquén a readecuar el haber de retiro del actor. La sustancia previsional que encierra la solicitud de hacer valer en el cómputo del haber de retiro el reconocimiento de servicios a la ANSeS, hace que sea inaplicable el régimen de prescripción estatuido en la Ley 1284, por lo que procede la prescripción sobre los haberes establecida en el artículo 92 de la Ley 611.

2.- […] Negar la naturaleza previsional de la solicitud de incorporación del reconocimiento de servicios de la ANSeS en el cómputo de tiempo -a los fines de obtener un reajuste del haber de retiro-, sería desconocer el esfuerzo contributivo del actor durante el período 1/02/1950 al 30/10/1953 (aportes derivados del trabajo realizado en la empresa "Gordon Mc. Donale hijos SA").

NOTA: Mediante Ac. 52/15, se corrige de oficio error de escritura de la parte resolutiva.

" ... 1º) ACLARAR el punto 2º) del Acuerdo 48/15, el que quedará redactado de la siguiente manera: SE RESUELVE: … 2º) Imponer las costas a la demandada perdidosa (art. 68 del CPCC, de aplicación supletoria en la materia…" 2º) Regístrese. Notifíquese. Oportunamente, archívese. ..."

**Texto completo:**

ACUERDO N° 48. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los treintaiún días del mes de agosto del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y EVALDO DARÍO MOYA, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "MELLAO ADOLFO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUÉN S/ ACCION PROCESAL

ADMINISTRATIVA", Expte. N° 3581/12, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor EVALDO DARÍO MOYA dijo: I.-

Que, a fojas 20/23 vta., se presenta el actor, mediante apoderado, e interpone acción procesal administrativa contra el Instituto de Seguridad Social de Neuquén, a fin de que se ordene a la demandada actualizar su haber de retiro incorporando los años de servicios reconocidos por ANSeS (expediente N° 024-2007303844736-118/1) correspondiente al período que se extiende desde el 1 de febrero de 1950 al 30 de octubre de 1953. Asimismo solicita que el reajuste sea abonado desde la interposición del reclamo administrativo de fecha 06/03/2008.

Afirma la parte actora que pertenece al sector pasivo de la Policía de Neuquén, hallándose encuadrado en las disposiciones de la Ley Provincial N° 1131.

Detalla los reclamos administrativos presentados ante las distintas autoridades.

Sostiene que los derechos previsionales son imprescriptibles y no caducan lo que otorga la posibilidad de pedir la revisión de las remuneraciones. Por ello considera que corresponde incorporar -como base de cálculo para la determinación del haber de retiro- los períodos trabajados y certificados que no fueron acompañados al momento de solicitar el retiro.

Cita jurisprudencia y reitera que solicita se readecue el haber de retiro reconociendo los años de servicios correspondientes desde el 1 de febrero de 1950 al 30 de octubre de 1953 y se abone el reajuste por los períodos no prescriptos, más intereses.

II.- A foja 90 se declara la admisión formal de la demanda (RI N° 253/12).

III.- A fs. 94 la parte actora opta por el trámite sumario y se corre traslado de la demanda.

A fs. 103 toma intervención el Fiscal de Estado en los términos de la Ley 1575.

IV.- A fs.108/111 vta. se presenta el Instituto de Seguridad Social del Neuquén mediante apoderado y contesta la acción: Reconoce la Disposición N° 113/82 del ISSN y el Decreto N° 1996/11 del Poder Ejecutivo Provincial.

Luego, cumple con la negativa de rigor, brinda sus argumentos. Solicita el rechazo de la demanda, con costas.

Sostiene que los servicios reconocidos por la ANSeS al no haber sido denunciados por el demandante caducaron.

Reitera, como lo sostuvo a lo largo del procedimiento administrativo que ha operado el instituto de la prescripción, conforme lo dispuesto en el artículo 191 inc. a) de la Ley 1284. Asimismo aclara que no es prudente sostener que los derechos previsionales son imprescriptibles.

Afirma que los plazos de prescripción que establece la norma –artículo citado- son de cinco años para impugnar actos nulos, reglamentos, hechos u omisiones administrativas, en consecuencia surge que atento el tiempo transcurrido desde el dictado del acto impugnado –Resolución N° 103/82- ha operado el plazo de prescripción.

Explica que la imprescriptibilidad de los derechos previsionales que intenta hacer valer el actor no es absoluta y se refiere al derecho a obtener los beneficios, pero no alcanza a los aspectos o derechos derivados de la legislación provincial.

Concluye que la pretensión de modificar la base para el cálculo del haber de retiro-fijada por Resolución 113/82- le resulta aplicable el curso de prescripción, porque no se trata de la solicitud del beneficio de retiro.

Nuevamente resalta que el actor omitió denunciar en su declaración jurada inicial la referencia a los años de servicios prestados en el período 1950-1953. Declaración jurada que fue hecha en 1982 y pretendió salvar en el año 2001.

Expresa además que el actor trata de justificar su negligencia, no existiendo circunstancias nuevas o desconocidas al momento de la solicitud de su beneficio. Situación no equiparable a la garantía de movilidad.

Finalmente solicita se tenga por operado el plazo de prescripción de la pretensión. Cita jurisprudencia y hace reserva del caso federal.

V.- Corrida que fue la vista correspondiente al Fiscal del Tribunal, opina, a fojas 124/125 vta., que la demanda debe ser acogida, readecuándose el haber a partir del 6 de marzo de 2006.

VI.- A foja 123 se dispone el llamado de autos, el que se encuentra a la fecha firme y consentido, colocándose las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VII.- Ahora bien, la cuestión a resolver se circunscribe a determinar si hay derechos de naturaleza previsional en juego y, en su caso, establecer la procedencia del plazo de prescripción establecido en el artículo 191 de la Ley 1284.

Véase que el Instituto previsional demandado no desconoce el reconocimiento de servicios realizado por la ANSeS, pero sostiene que la acción para demandar la nulidad dela Resolución N° 113/82 prescribió, ya que no escapa al régimen general de prescripción de cualquier acto administrativo –cuyo plazo es de 5 (cinco) años para actos nulos-.

Sin embargo, el actor no solicita la nulidad de la resolución que otorgó su retiro policial, sino que se limita a solicitar el reajuste en su haber de retiro por la presentación de los aportes efectuados a la ANSeS durante el período 1/02/1950 al 30/10/1953y reconocidos por la caja nacional.

VII.1.- Aportes jubilatorios - Reconocimiento de servicios - Naturaleza.

El aporte jubilatorio es "la contribución que ingresa cada afiliado al fondo financiero de un organismo de previsión. Puede efectuarse mediante retención o descuento sobre la remuneración percibida, o mediante pago por ingreso directo.

Cualquiera sea la forma, importa siempre una retención destinada a integrar el patrimonio de la caja respectiva… Quien efectúa aportes a un organismo previsional, no es titular de un derecho de propiedad sobre las sumas ingresadas, y nada puede reclamar mientras no se halle en las condiciones previstas por la ley para obtener una prestación …"("Estudios de Previsión Social y Derecho Civil", German J. Bidart Campos, ED La Ley 1968, pág. 17 y 19).

En este contexto, -y en el marco de un retiro policial- lo que solicita el actor es incrementar el haber de retiro oportunamente otorgado, con los servicios reconocidos por la ANSeS, es decir pretende utilizar los aportes que efectúo en un lapso de su carrera laboral.

En materia de interpretación de las normas previsionales, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido: "La labor de interpretación y aplicación de las leyes previsionales debe atender fundamentalmente al fin esencial que a éstas informa, cual es el de cubrir riesgos de subsistencia y ancianidad, de manera tal que el puro rigor de los razonamientos lógicos debe ceder ante la necesidad de que no se desnaturalicen los mencionados propósitos, ... evitando llegar al desconocimiento de derechos" (CSJN –18/06/1.981 – Chazarreta, Clodomiro – La Ley 1.982-A, 189).

Por otro lado la Corte Suprema de Justicia "ha destacado que las normas previsionales de carácter local deben ser interpretadas y aplicadas en concordancia con las directivas del decreto-ley 9316/46, lo que obliga al reconocimiento recíproco de los servicios nacionales, provinciales y municipales y de las remuneraciones respectivas, a fin de obtener una progresiva uniformidad del sistema previsional argentino, como manera de salvaguardar el principio de igualdad consagrado por la Constitución Nacional (Fallos: 313:721)". (CSJN "Hernández, Raúl O. c. Provincia de Buenos Aires - Instituto de Prev. Social" • 22/09/1994 - Publicado en: La Ley Online - Cita Fallos Corte: 317:985 -Cita online: AR/JUR/2179/1994).

Asimismo, la Corte ha tenido oportunidad de resaltar el Mensaje del Poder Ejecutivo de fecha 25/08/1992, que acompañó el proyecto de ley de reforma del Sistema Nacional de Previsión Social que expresa "Si bien se considera necesario que aquellas personas más desprotegidas ante la sociedad encuentren en su vejez una gratificación, también se estima de singular relevancia que las personas se vean premiadas en función de los aportes efectuados durante todo su paso por la fuerza laboral, de manera que quien más haya contribuido al régimen, obtenga mayores beneficios...". … una interpretación armónica de las cláusulas constitucionales, acorde con los objetivos de justicia social del artículo 14 bis y con la finalidad perseguida por el espíritu de la ley, impide que se convalide una … suerte de castigo para aquellos sujetos … que más trabajaron y aportaron en forma efectiva al sistema de la seguridad social … y concluye que no puede cercenarse el derecho del trabajador de ver reflejado en su haber jubilatorio el mayor esfuerzo contributivo realizado" (CSJN "B., I. A. c. ANSeS", de fecha 21/08/2013, Publicado en: DT 2013 (octubre), 2677 con nota de Jorge García Rapp, ED 254, 350; LA LEY 15/10/2013, 6; LA LEY 2013-E, 532; LA LEY 15/10/2013, 6; DJ 23/10/2013, 19; IMP 2013-11, 220 con nota de Jorge García Rapp • DT 2014 (febrero), 427 con nota de Graciela E. Cipolletta -Cita online: AR/JUR/44152/2013).

Por consiguiente, negar la naturaleza previsional de la solicitud de incorporación del reconocimiento de servicios de la ANSeS en el cómputo de tiempo -a los fines de obtener un reajuste del haber de retiro-, sería desconocer el esfuerzo

contributivo del actor durante el período 1/02/1950 al 30/10/1953 (aportes derivados del trabajo realizado en la empresa "Gordon Mc. Donale hijos SA").

VII.2.- Resuelta la naturaleza de la pretensión -previsional- resta resolver la temática de la prescripción.

Y, considerando que, la situación aquí planteada (aplicación del plazo de prescripción establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo –Ley 1284- en materia previsional)es similar a la que fuera analizada en el precedente "Vejar" –Acuerdo N° 88/12-, en el que voté en primer lugar, seguiré esa línea argumental.

Conforme destacara en dicho pronunciamiento la pacífica jurisprudencia de este Cuerpo, en el orden previsional y en materia liberatoria se regula por las específicas previsiones del artículo 92 de la Ley 611.

Así lo lleva dicho este Tribunal a partir del Acuerdo N° 475/97, en autos "Villalobos" (reiterado, entre otros, en Acuerdos N° 1275/06, 1284/06, 1314/06, 1515/08, 1703/09, 104/11).

Por ello, la solicitud de "reconocimiento de servicios con aportes" (presentado a los fines de obtener un reajuste del haber de retiro) posee rango constitucional en virtud del artículo 14 bis de la Constitución Nacional (reforma de 1957), que le otorga a los beneficios de la seguridad social carácter de irrenunciables (vigente a nivel provincial por reenvío del artículo 21 de la CP).

Por otro lado: "Pese a que en el campo previsional reina el principio de irrenunciabilidad -ver art. 14 bis de nuestra Carta Magna- la prescripción liberatoria es una figura aceptada que puede ser esgrimida por el Estado frente a los reclamos de los afiliados y/o potenciales acreedores al sistema pues lo irrenunciable es el derecho a las prestaciones y no su consecuencia económica que se traduce en el cobro de un haber periódico y mensual" (Pawlowski de Pose, Amanda Lucía, "La defensa de prescripción liberatoria en el campo previsional" en revista Derecho del Trabajo, 2010 (diciembre), página 3365).

Finalmente, es sabido que: "El derecho al beneficio es imprescriptible.

Cualquiera fuera el tiempo que transcurra desde el nacimiento del derecho, en cualquier momento puede el beneficiario presentarse ante la Caja correspondiente a reclamarlo. Pero ello no significa que los haberes que correspondían al interesado desde el nacimiento del derecho hasta su presentación en demanda del mismo, sean también imprescriptibles, sino que los mismos prescriben en los plazos y en las condiciones que actualmente fija el art. 82 de la ley 18.037" (Etala, Juan José, "Prescripción de derechos y de haberes jubilatorios", en revista Derecho del Trabajo, 1979, página 253).

En suma, la sustancia previsional que encierra la solicitud de hacer valer en el cómputo del haber de retiro el reconocimiento de servicios a la ANSeS, hace que sea inaplicable el régimen de prescripción estatuido en la Ley 1284, por lo que procede la prescripción sobre los haberes establecida en el artículo 92 de la Ley 611.

VIII.- En síntesis, corresponde: ordenar al ISSN a readecuar el haber de retiro, considerando el reconocimiento de servicios con aportes de la ANSeS, conforme el cómputo de tiempo de fs. 56 del expediente administrativo N° 2408-59599/82. Y, a su vez, ordenar el pago de las diferencias existentes entre lo efectivamente percibido por el actor y lo que le hubiera correspondido, a partir del 6 de marzo de 2006 y hasta que se concrete la readecuación, más intereses calculados desde que cada suma es debida, aplicando hasta el 01-01-2008 la tasa promedio entre la activa y pasiva (mix) del Banco de la Provincia del Neuquén y, a partir de la fecha señalada la tasa activa mensual establecida por el mismo Banco en sus operaciones de descuento.

En cuanto a las costas, atento al resultado del pleito, deberán ser soportadas por la demandada vencida (art. 68 del C.P.C.yC. de aplicación supletoria en la materia). TAL MI VOTO.

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

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Señor Fiscal ante el Cuerpo, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Hacer lugar a la demanda y, en consecuencia condenar al Instituto de Seguridad Social del Neuquén a readecuar el haber de retiro del actor considerando el reconocimiento de servicio de la ANSeS, debiendo además pagar las diferencias existentes entre lo efectivamente percibido y lo que hubiera correspondido abonarle, a partir del 6 de marzo de 2006 y hasta que se concrete la readecuación, más intereses moratorios calculados desde que cada

suma es debida, aplicando la tasa determinada en el considerando VIII; 2°) Imponer las costas a la actora perdidosa (art. 68, del C.P.C.yC de aplicación supletoria en la materia); 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. EVALDO DARÍO MOYA

DRA. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

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

**"ROMERO LUIS OSCAR C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2477/2008) – Acuerdo: 49/15 – Fecha: 03/09/2015

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

HABERES. INASISTENCIA INJUSTIFICADA. RETENCION DE HABERES. ACTO ADMINISTRATIVO. AUSENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. ESTATUTO DEL PERSONAL MUNICIPAL. REGIMEN DISCIPLINARIO.

1.- Corresponde hacer lugar a la demanda y en consecuencia condenar a la Municipalidad de la Ciudad de Centenario a abonar los haberes adeudados correspondientes al mes de enero del año 2008, por cuanto el no pago de los mismos no se encuentran sustentado en acto administrativo alguno.

2.- Ante las faltas cometidas por un agente administrativo respecto de inansistencias injustificadas, el Estatuto del Personal del municipio en cuestión dispone sanciones, para las cuales es necesario la apertura de una investigación sumaria una vez comprabada la falta (art. 91 del Estatuto). Por lo tanto ante la ausencia injustificada del agente la administración debe poner en marcha el régimen disciplinario (hasta la inansistencia 10° suspensión con posibilidad de Junta de disciplina ó encuadrarlo como abandono de servicio e intimar al agente a presentarse). En autos la demandada procedió a la retención de los haberes del actor, fuera se toda previsión estatutaria y por ende sin sustento legal ni acto administrativo que funde su accionar.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 49. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los tres días del mes de septiembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores OSCAR E. MASSEI y EVALDO DARIO MOYA, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "ROMERO LUIS OSCAR C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte.

2477/08, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- Que a fs. 8/9 el Sr. Luis Oscar Romero, por apoderado, interpone acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Centenario.

Solicita se ordene el pago de sus haberes del mes de enero/2008 que, dice, le fueron indebidamente descontados, con más sus intereses y costas del proceso.

Manifiesta que es empleado de planta permanente de la demandada y prestaba funciones en el Departamento Ejecutivo en la Secretaría de Gobierno, Producción y Medio Ambiente.

Alega que se presentó a trabajar, durante el mes de diciembre/07, cuando en el Municipio se produjo el cambio de gobierno y no le asignaron tareas para cumplir. Agrega que tampoco lo hicieron en enero/08; pero, el 30 de enero del 2008, mediante la Disposición 23/08 el Director de Personal dispuso un cambio del lugar de prestación de funciones: desde la Secretaría de Gobierno a la de Obras Públicas. Entiende que tal medida obedeció a su afinidad con otra agrupación política.

Luego el 01/02/08, fue intimado a presentarse en el nuevo lugar de prestación de servicios, bajo apercibimiento de considerarlo incurso en abandono de trabajo.

Rechazó tal intimación, negó las ausencias injustificadas porque se encontraba con licencia médica (con certificado) y pidió que se aclaren las tareas que debía realizar.

Plantea que la demandada cuestionó que se hubiera presentado a trabajar y alegó el inicio de una investigación sumaria.

Menciona que, no obstante, le descontaron 28 días de sus haberes, sin que mediara actuación sumarial que pudiera justificar dicho proceder.

Refiere que reclamó la devolución mediante Expte. administrativo el 27/2/08 sin obtener respuesta.

Afirma que nunca se inició sumario para investigar la situación y, sin embargo, se hizo el descuento de haberes de enero/08 sin justificar tal conducta.

Explica que durante la gestión del gobierno anterior, no marcaba tarjeta porque prestaba funciones como chofer del Secretario de Gobierno, con un horario más amplio y por eso su tarjeta no estaba marcada desde el 11/12/07 al 1/2/08.

Indica que, para el supuesto de calificar la situación como un abandono de servicio, conforme el art. 93 del Estatuto Municipal no se le aplicó la sanción que la norma establece, toda vez que se le descontaron los días sin tener tarjeta de fichado para justificar su prestación.

II.- Se declara la admisión del proceso mediante la R.I. 11/10 (fs. 151).

III.- El actor opta por el procedimiento ordinario (fs. 154) y se ordena el traslado de la demanda.

IV.- A fs. 158 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado en los términos de la ley 1575.

V.- A fs. 166/169 se presenta la Municipalidad de Centenario a contestar el traslado.

Luego de las negativas de rigor, explica que ante una nueva gestión de gobierno, que comenzó el 10 de diciembre de 2007, se constató que en la Administración municipal existía desorganización de legajos y agentes. Además, que muchos agentes no efectuaban la prestación de sus servicios en forma efectiva.

Relata que se demoró unos días, en ordenar los legajos y verificar el lugar de prestación de servicios; tal el caso del actor.

Señala que desde la Dirección de Personal de Recursos Humanos se decidió realizar una reestructuración de áreas y del personal; por eso, el Sr. Romero fue reasignado a la Secretaría de Obras y Servicios públicos, donde su legajo indicaba que era su destino original de trabajo, sin que hubiese una norma legal que lo trasladara a prestar servicios en la Secretaría de Gobierno.

Indica que el 1 de febrero fue intimado para que se presente en su lugar de trabajo y justifique las reiteradas inasistencias, como también para que cumpla con el registro de su ingreso laboral.

Cuenta que el actor en vez de concurrir a trabajar presentó un certificado médico para los próximos 30 días posteriores a la fecha del mismo, es decir desde el 31/01/08 sin justificar sus inasistencia anteriores.

Afirma que el Sr. Romero durante el mes de Enero/08, no se encontraba con licencia médica y, resulta improcedente lo manifestado respecto a la falta de fichaje (chofer de Gobierno) y, en definitiva, él mismo reconoció que no trabajó durante ese mes.

Sostiene que la Administración cuenta con facultades para descontar haberes, sin necesidad de realizar sumario, tal como se procedió en el caso.

Alega que frente a la falta de cumplimiento de la prestación laboral, desaparece la obligación de pago de salario; esto porque el salario es la contraprestación a cargo del empleador que tiene derecho a no cumplirla en función del carácter sinalagmático de la relación laboral: prestación de trabajo – abono del salario.

Cita jurisprudencia.

Reseña lo establecido en los artículos 80 y 83 del Estatuto de empleado municipal.

Sostiene que la Administración actuó en el ámbito del poder disciplinario, en uso de una facultad discrecional, el haber retenido los haberes del actor en enero/08 ante la falta de asistencia al trabajo sin justificación alguna.

Funda en derecho. Ofrece prueba

VI.- A fs. 175 se abre la causa a prueba y a fs. 226 se clausura la etapa probatoria y se ponen los autos para alegar.

A fs. 238/241 se agrega alegato de la Municipalidad demandada.

VII.- A fs. 243/247 obra el dictamen del Sr. Fiscal ante el Cuerpo, quien propone se haga lugar a la demanda.

VIII.- A fs. 249 se dicta la providencia de autos para sentencia la que, firme y consentida, coloca a la causa en estado del dictado del Acuerdo definitivo.

IX.- Expuestas las posiciones de la partes, la cuestión se centra en dilucidar la legalidad del descuento de los haberes del actor efectuado por la comuna demandada.

En efecto, aparece como un hecho acreditado que al actor le descontaron 28 días en sus haberes del mes de enero/08, por inasistencia (cfr. recibo fs. 3).

Frente a ello, el accionante reclama su percepción y alega haber concurrido a trabajar todos los días, brinda explicaciones ante la falta de fichado pero, contradictoriamente, refiere que no le brindaron tareas, plantea que el procedimiento correcto hubiera sido el inicio de un sumario administrativo y, por último, señala que presentó un certificado médico.

Ante esa circunstancia la demandada justifica su actuar en el entendimiento que ante la falta de prestación de servicios no corresponde sean abonados los haberes, sin necesidad de instruir un sumario administrativo.

Corresponde aclarar que, tanto la presentación del certificado médico, como la reubicación funcional del actor en la Secretaría de Obras Públicas (Disposición Municipal 23/08, del 30/1/08) y el intercambio epistolar mantenido (intimación al actor a presentarse en su lugar de trabajo (fs. 5/7) son posteriores a la fecha del descuento.

X.- Ahora bien, la situación expuesta en los presentes aparece como irregular.

El actor manifiesta que concurrió a prestar servicios, luego del cambio institucional –desde 10/12/07- pero no recibió directivas y/o tareas para cumplir, sin explicar qué hizo frente a tal circunstancia.

Respecto a la efectiva prestación laboral del accionante, los testigos refieren que concurrió y que no le daban tareas (Iribarren fs. 194, Arias fs. 195); ambos aluden a que el lugar de trabajo del actor era la planta de agua, como sereno, en la gomería, sector mantenimiento.

El cumplimiento del débito laboral aparece como un punto en duda, que no ha sido debidamente acreditado; en especial consideración ante la falta de constancia de su fichaje y sin que se explique por qué lo omitía.

La demandada informa que después del cambio institucional, hubo un tiempo de reorganización de áreas y personal, como también que el actor no contaba con tarjeta de fichado.

Frente a este panorama, la demandada aún sin la certeza de que el actor concurrió a trabajar efectuó el descuento de los haberes.

Ahora bien, tal momento de organización de ninguna manera puede perjudicar al agente toda vez que la actuación administrativa debe ser racional y justa, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen las facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos

de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicho presupuesto (cfr. Ballatore Juan c. Ministerio de Justicia, La Ley 1997-C, 331).

Por otro lado, no puede perderse de vista la naturaleza alimentaria del salario, la que aparece seriamente comprometida en el caso.

Los haberes por esencia son de carácter alimentario (se devengan en forma cotidiana y están destinados a atender necesidades que no pueden esperar).

XI.- El interrogante que aparece es, cuál hubiera sido la conducta esperable de la Administración ante la sospecha que el actor no cumplía con su débito laboral?

La respuesta surge del Estatuto de los empleados municipales, en uso de las facultades disciplinarias que le son propias como empleadora a la Administración.

Dichas facultades conllevan el cumplimiento del procedimiento sancionatorio que establece el Estatuto para los empleados municipales.

Aparece como excesivo el fundamento dado por la Comuna, quien alega que el descuento se efectúa en uso de dichas facultades, pero como consecuencia de la falta de prestación de servicios, sin cumplir el procedimiento allí fijado.

Debe tenerse presente que el art. 88 resguarda a los agentes municipales al indicar que:

"el agente de la Administración municipal no podrá ser privado de su empleo, ni objeto de sanciones disciplinarias sino por las causas y procedimientos que en este Estatuto se determine…"

Entonces, frente al cuadro sostenido por la demandada –inasistencia del actor- aparecen distintas posibilidades en el régimen estatutario, así el art. 91 dice:

"…Son causas para aplicar medidas disciplinarias de: llamado de atención, apercibimiento y suspensión hasta 30 días hábiles… 3) Inasistencias injustificadas al servicio, de acuerdo a la siguiente escala: 1° inasistencia: 1 llamado de atención; 2° inasistencia: 1 apercibimiento; 3° y 4° inasistencia: 1 día de suspensión por cada falta; 5° y 6° inasistencia: 2 días de suspensión por cada falta; 7° y 8° inasistencia: 3 días de suspensión por cada falta; 9° inasistencia: 4 días de suspensión por cada falta; 10° inasistencia: 5 días de suspensión…"

Luego, el art. 92 explica: "para las sanciones que no requieren sumario previo y no correspondan a los artículos (incumplimiento del horario, incisos 1, 2 y 3) se comunicará la sanción al agente por escrito dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, con expresa especificación de la causa, la sanción y fecha. Contra la misma el agente podrá interponer en un plazo de cuarenta y ocho horas (48) recurso de revocatoria ante la Junta de Disciplina quien resolverá sobre la aplicación o no de la medida adoptada. Cuando estas sanciones impliquen descuentos de días, los mismos serán mantenidos en suspenso mientras se tramite el recurso respectivo, ante la Junta de Disciplina, procediendo su aplicación una vez definida esta última instancia" (el subrayado es propio).

Desde ya, se adelanta que el ocurrir de los acontecimientos analizados, frente a las inasistencias del Sr. Romero que la demandada afirma sucedieron, su parte no acredita haber comunicado ningún procedimiento para permitir que ejerciera su derecho de defensa ante la Junta de Disciplina.

Sin perjuicio de ello, y toda vez que fue intimado el Sr. Romero a presentarse para el cumplimiento de sus labores, bajo apercibimiento de considerarlo incurso en abandono de servicio; se repasa dicho artículo que, establece:

"…Se considera abandono de servicio cuando el agente haya inasistido en forma continua e injustificada durante 5 días laborales. El agente que incurra en tres (3) inasistencias consecutivas, sin previo aviso, será considerado incurso en abandono de servicio. Se lo intimará para que se reintegre a sus tareas dentro del término de 2 días hábiles y subsiguientes a la notificación. Si no se presentara, vencido el plazo, se decretará la separación del cargo, hasta la sustanciación definitiva de las actuaciones que a tal efecto se inicien, salvo cuando pudiera justificar valedera y suficientemente la causa que hubiera imposibilitado la respectiva comunicación…"

La demandada al responder el Oficio remitido, (fs. 200) informó que: "No se encuentran en nuestros archivos actuaciones sumariales respecto a las ausencias injustificadas del agente Romero Luis en el mes de enero de 2.008, debido a que conforme lo dispuesto por el artículo 101 del Estatuto del Empleado Municipal, Ordenanza 3237/98, las

actuaciones sumariales se iniciarán: "…1) cuando exista déficit de inventario o pérdida, daños o destrucción de bienes de la Administración municipal o de terceros; 2) En los casos de faltas disciplinarias que puedan dar lugar a la cesantía o exoneración…"

Señala que ante las faltas cometidas por el agente Romero respecto a las inasistencias injustificadas, el Estatuto dispone de sanciones preestablecidas, para las cuales no es necesario la apertura de investigación sumaria, una vez comprobada la falta, conforme estipula el art. 91 del Estatuto.

Aparecen entonces algunas conclusiones de envergadura:

- la Administración frente a la ausencia de un agente debe poner en marcha el régimen disciplinario;
- hasta la inasistencia 10° debe notificar al agente la aplicación de la sanción de suspensión (art. 91) con la posibilidad de recurrir a la Junta de Disciplina o
- para el supuesto de encuadrarlo como abandono de servicio (sin que pueda distinguirse de la regulación los factores que determina el encuadre) debe intimar al agente a presentarse.

Pero la conducta bajo análisis, esto es, la adoptada por la demandada, fue proceder a la retención de 28 días de los haberes del actor, sin que ello encuadre en ninguna previsión estatutaria y por ende, sin sustento legal.

Se agrega que no se dictó acto administrativo alguno que recoja la expresión de voluntad administrativa para fundar tal accionar.

Bajo dichas premisas, la actuación de la Administración al resolver el descuento por inasistencia injustificada, no aparece razonable. Desde allí, la retención de haberes por 28 días durante el mes de enero/08, sin la existencia de un acto que así lo determinara, no se ajusta a derecho.

Es decir, bajo los hechos acontecidos (para el supuesto de falta de prestación del servicio pese a la negativa del actor sobre este punto), la Administración no podía válidamente retraer su remuneración en forma total.

Como se expusiera al comienzo, es ésta última conducta -descuento de haberes- la que debe ser valorada a la luz del principio de legalidad.

XII.- En particular para analizar la legitimidad de la conducta de la Administración al disponer la interrupción de la liquidación de haberes del actor, es menester realizar ciertas observaciones en función de la posición que han asumido las partes en el desarrollo de la relación que los uniera (tal como se realizara en el Acuerdo 1390/07, Autos: Quaglia).

Las partes ligadas por una relación contractual, tienen obligaciones cuyo cumplimiento de buena fe, con espíritu de solidaridad y colaboración, constituye uno de los presupuestos para que ésta tenga sentido.

En el empleo público, existe una relación de sujeción especial de derecho público que vincula a la Administración con el agente. Resulta evidente que entre ellos existe una relación jurídica que tiene como origen una manifestación de voluntad libre y espontánea que obliga a quien la produce a respetar los estatutos correspondientes.

Es a partir de la aceptación de la designación, que se originan entre ellos derechos y obligaciones. Así, el derecho a desempeñar el cargo para el que ha sido designado y la obligación de prestar el servicio correspondiente, genera el derecho a percibir la remuneración a partir del momento en que efectivamente presta servicios.

En el caso, el régimen jurídico aplicable es el Estatuto para los Empleados de la Municipalidad de Centenario, pues dicho cuerpo normativo constituye un conjunto orgánico de preceptos, que establece derechos y obligaciones a las que se someten los agentes, brindando certeza y seguridad en las relaciones entre el estado y ese personal.

Siendo contractual la relación de empleo público, el salario implica la contraprestación que el agente recibe por la prestación de sus servicios, de parte de quien se beneficia con ellos, o sea el Estado.

La contracara de tal beneficio, lo constituye el ejercicio efectivo de la función habida cuenta que de no ser así, ese pago carecería de causa.

Situados en este punto entonces, la conducta que se espera de una agente público se encuentra prevista, en general, en las obligaciones y prohibiciones contempladas en leyes y reglamentos que regulan esta relación y que deben ser aceptadas por el empleado.

Y no es ocioso recordar que el artículo 10 del respectivo Estatuto, en su inc.

a) establece como obligación:

"la prestación de servicios en forma personal con eficiencia, capacidad, dedicación y diligencia, en el lugar, destino y condiciones de tiempo y forma, que determinen las disposiciones reglamentarias correspondientes…"

En su inc. o) "…cumplir íntegramente y en forma regular el horario de labor establecido…"

En virtud de lo expuesto, resulta una obligación del agente concurrir a prestar servicios; proceder a su fichado, comunicar sus ausencias, justificarlas y contar con la debida autorización para que sea viable la eximición del deber de prestar servicios efectivos, so riesgo de que su incumplimiento de lugar a las sanciones disciplinarias.

Ahora, tal como han quedado fijados los hechos, se advierte que el actor, en el marco de la irregularidad plasmada, no cumplió cabalmente con las obligaciones puestas a su cargo.

Pero, en ese cuadro, presentado el conflicto, la Administración en vez de reordenar las cosas en el marco de las potestades disciplinarias que regula el Estatuto, obró materialmente y retuvo los haberes.

Claro está que, en este punto, la carencia de la emisión del acto genera responsabilidad para la demandada.

Es decir, la comuna demandada debió resolver la situación conforme al principio de legalidad, con lo cual su propia negligencia –traducida en una actitud permisiva- apareja ahora la responsabilidad que le cabe asumir por no haber actuado: no tramitó un sumario y tampoco dictó el acto administrativo que diera sustento a la retención de haberes.

Resulta llamativo que un agente público pueda permanecer sin prestar servicios durante 28 días y que la propia Administración no articule ninguna medida correctiva para proceder directamente a la retención de los haberes.

XIII.- Ahora bien, cabe recordar que en un Estado de derecho el principio de legalidad preside todo el accionar de la Administración, ésta se encuentra sometida a la ley y debe limitar sus posibilidades de actuación a la ejecución de la misma.

Este principio de legalidad de la Administración "opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: solo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es ilegítima" (García de Enterría, Eduardo- Fernández Tomás Ramón: "Curso de Derecho Administrativo", Ed, Civitas, Madrid, 10° edición, 2001, tomo I, pág.440).

Cuando la autoridad administrativa quebranta este principio y promueve operaciones materiales restrictivas o cercenadoras de los derechos y garantías individuales carentes de esa base sustentadora, estamos en presencia de una vía de hecho, definida como la "violación del principio de legalidad por la acción material de un funcionario o empleado de la Administración Pública" (Marienhoff Miguel S, "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Tomo II, pág 213).

Desde tales premisas, la retención de los haberes del actor, sin acto alguno que dispusiera tal proceder, traduce lo que la Ley de Procedimientos Administrativos identifica en su capítulo III como "hecho administrativo".

Son los artículos 100 y 101 de ese cuerpo, los que prevén que: "cuando el ordenamiento jurídico exigiera una declaración previa a la actuación material administrativa, la falta de aquella hará responsable a la entidad pública y al agente ejecutante por los daños y perjuicios que se ocasionaren", y "los órganos en ejercicio de la función administrativa, se abstendrán de a) comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantías constitucionales".

Sabido es que la vía de hecho importa una actuación de suyo irregular, que desborda las atribuciones que legítimamente ejerce la autoridad administrativa y, en tal carácter, mal puede ser reconocida como la aplicación o derivación de un texto legal o reglamentario. A la par que desprovisto de título jurídico que lo justifique, es un obrar que afecta o vulnera derechos individuales. En ello radica su condición esencial: una actuación administrativa material y ofensiva, realizada sin los necesarios soportes jurídicos formales. De ordinario, dicho título o fundamento jurídico ha de identificarse con –y reside en- un acto administrativo previo. Esto se explica porque el ordenamiento suele diferir a la administración pública el desarrollo, reglamentario, aplicativo y ejecutivo, de las determinaciones generales de la ley (cfr. "El Derecho" Administrativo, Tomo 2003, Pág. 187, SC BSAs, julio 17-2003).

En el caso, la comuna demandada debió emitir un acto administrativo habilitante de la interrupción de la liquidación, con invocación de una norma legal o reglamentaria que posibilite la retracción de los haberes.

Frente a su ausencia, determina que en este punto, la conducta observada por la Administración no se ajuste al principio de legalidad.

Por las razones y fundamentos desarrollados propicio se haga lugar a la demanda promovida por el Sr. Luis Oscar Romero y, en consecuencia, la Administración demandada proceda al pago de los haberes al actor correspondientes al mes de enero/08 con más sus intereses desde el 07/02/08 (cfr. recibo de fs. 3) hasta su efectivo pago. La tasa que deberá utilizarse para efectuar la precedente liquidación será la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén (cfr. "Alocilla Luisa Del Carmen y otros c/ Municipalidad de Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa", Expte. Nº 1701/06 (Acuerdo 1590/09). La planilla de liquidación deberá ser efectuada en la etapa de ejecución de sentencia.

Las costas serán impuestas en el orden causado, en atención a las particularidades que presenta la cuestión y a la forma en que se condujeron ambas partes en la relación laboral, todo lo cual justifica la distribución de las costas por su orden. Las circunstancias expuestas en el voto, pudo inducir a las partes a sostener sus respectivas actitudes. TAL MI VOTO.

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

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Hacer lugar a la demanda promovida por el Sr. Luis Oscar Romero contra la Municipalidad de Centenario; 2º) Condenar a la demandada al pago de los haberes del actor correspondientes al mes de enero/08 con más sus intereses desde el 07/02/08 (cfr. fs. 3) hasta su efectivo pago. La tasa que deberá utilizarse para efectuar la precedente liquidación será la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén (cfr. "Alocilla Luisa Del Carmen y otros c/ Municipalidad de Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa", Expte. Nº 1701/06 (Acuerdo 1590/09). La planilla de liquidación deberá ser efectuada en la etapa de ejecución de sentencia; 3º) Imponer las costas por su orden (art. 68, 2da. parte del CPCC); 4º) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto se cuente con pautas para ello; 5º) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

DRA. LUISA A. BERMÚDEZ – Secretaria

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

**"MUÑOZ ANTONINA DEL CARMEN C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3069/2010) – Acuerdo: 55/15 – Fecha: 07/09/2015

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

SUBSECRETARÍA DE SALUD. ADICIONAL POR TITULO. REESCALAFONAMIENTO. CATEGORIA PROFESIONAL. DIFERENCIAS SALARIALES. RECHAZO DE LA DEMANDA.

Corresponde el rechazo de la demanda por intermedio de la cual la accionante solicita se le reconozca el carácter de Licenciada en enfermería –título y categoría- conforme los títulos obtenidos y su desempeño, con más las diferencias salariales adeudadas. Ello es así, pues, para que proceda el "adicional por título" (Ley 2.562, que

incorporó al artículo 1° de la ley 2265 el apartado "E") se requiere la acreditación de las necesidades del servicio y la obtención del título profesional respectivo. En los presentes no se encuentra probado la necesidad del servicio (la actora optó por el tramite sumario) además, se encuentra con adecuación de tareas. Respecto a la categoría, tampoco es automática su promoción, debiendo estarse a las disposiciones que el EPCAPP establece respecto a la carrera administrativa.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 55. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los siete días del mes de septiembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "MUÑOZ ANTONINA DEL CARMEN C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 3069/10, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- La accionante se presenta a fs. 13/15, por apoderado y promueve acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén con el fin de obtener la nulidad de los Decretos 415/10 y 617/10 por entender que adolecen de vicios graves y gravísimos.

Requiere que se condene a la demandada a reconocer el carácter de Licenciada en Enfermería –título y categoría- conforme la graduación obtenida y su desempeño, con más las diferencias salariales adeudadas, sus intereses y costas.

Manifiesta que se recibió, el 19 de noviembre de 2005, de Enfermera Profesional en el Instituto de Enseñanza Superior de la Cruz Roja Argentina, filial Plaza Huincul y mientras estudiaba se desempeñó como Auxiliar de Enfermería en el Hospital Castro Rendón de esta Ciudad capital.

Dice que su empleador propició la capacitación, tal como surge del Decreto 2186/08 mediante el cual le reconoció el adicional por el título correspondiente a su condición de Enfermera Profesional.

Agrega que ese reconocimiento se efectuó sin concurso previo, en atención a la necesidad del sistema público de salud de contar con personal capacitado, pues la vacante fue cubierta por conversión del cargo que ostentaba y en virtud del cual dejó de cumplir una función para comenzar a desempeñar otra de mayor relevancia y necesidad.

Expresa que el 28 de marzo de 2008 se recibió de Licenciada en Enfermería en la Universidad Maimónides, de la Facultad de Ciencias de la Salud.

Indica que, pese a ello, al momento de solicitar el reconocimiento de su mayor formación, se objetó, infundadamente, una adecuación de tareas dispuesta por la Junta Médica, mediante la cual se dictaminó que no podía levantar pesos mayores a 5 kgs.

Entiende que esa prescripción no obsta al desempeño profesional como Licenciada en Enfermería, ni se encuentra inhibida para efectuar tareas asistenciales.

Por ello, requiere el reconocimiento retroactivo del carácter de Licenciada en Enfermería –título y categoría- conforme lo ha acreditado en debida forma, que, dice, se corresponde además, con el desempeño efectivo de las tareas asignadas y realizadas en dicho nosocomio.

Efectúa el encuadre jurídico de la situación y cita jurisprudencia. Alude al principio de la primacía de la realidad.

Ofrece prueba.

II.- Declarada la admisión del proceso, mediante la R.I. 283/11, la accionante optó por el trámite sumario a fs. 29.

III.- A fs. 41/45 obra la contestación de la Provincia de Neuquén.

Niega los hechos sostenidos por la actora. Enumera los antecedentes del caso, conforme el expediente administrativo acompañado a autos.

Sostiene que la demanda es poco clara, e incluso dificulta la actuación del Tribunal, porque ataca genéricamente dos decretos que rechazan el reconocimiento de título y categoría de Licenciada en enfermería pero, luego pide que se le

reconozcan los títulos obtenidos, la categoría de revista y las diferencias salariales y, también el pago retroactivo de tales reconocimientos; ello, sin aclarar desde cuando pretende el retroactivo y cual es el fundamento.
Cuestiona los vicios que se atribuyen a los decretos atacados.
Señala que, en la demanda, no se brindan motivos fácticos y/o jurídicos con entidad suficiente para invalidar o descalificar el proceder administrativo.
Alude a las facultades discrecionales de la Administración y refiere que la actora no puede pretender tener un derecho absoluto y automático a que se le reconozcan y abonen, algunos y/o todos, los ítems señalados y por el tiempo que lo indique.
Afirma que, si hubiese existido en su momento la posibilidad, de acuerdo a la normativa legal, de hacer lugar a la pretensión, existiesen vacantes y la necesidad de cubrirlas a juicio de la autoridad competente, ello sería una facultad discrecional de la Administración Pública.
Cita antecedentes en los cuales el Tribunal reconoció las facultades discrecionales de la Administración Pública para otorgar o no la categoría pretendida por el interesado.
Expresa que la actora está percibiendo correctamente su salario por la tarea que efectivamente realiza. Plantea que la falta de prueba conducente generará el rechazo de la demanda.
Subsidiariamente, para el supuesto que hipotéticamente se haga lugar a la demanda, destaca que el reconocimiento de diferencias y/o intereses sería procedente por el período fáctico y legal correspondiente.
Además, agrega que se deberán remitir oportunamente al ISSN los importes respectivos en concepto de aportes personales y contribuciones patronales.
IV.- A fs. 47/50, se expide el Sr. Fiscal ante el Cuerpo y propicia el rechazo de la demanda.
V.- A fs. 52 se dicta la providencia de autos para sentencia; llamado que fue suspendido (fs. 60) y reanudado a fs. 63, colocando a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.
VI.- Expuestas las posiciones de las partes, cabe resumir las pretensiones de la actora: el pago de la bonificación "por título" -Licenciada en Enfermería- y el reencasillamiento en el escalafón, desde que obtuvo dicho título profesional.
VII.- En punto al "adicional por título", corresponde tener presente lo dispuesto por la Ley 2562, que incorporó al artículo 1° de la Ley 2265 el apartado "E" y establece: "E- PERSONAL DE LA SUBSECRETARÍA DE SALUD Y SUS DEPENDENCIAS: ...Punto 2 (Bonificación por título):
"…Se establecen para el escalafón Salud los siguientes adicionales: antigüedad, título, dedicación exclusiva, compensación por turnos rotativos, nocturno y semana no calendaria, actividad técnico asistencial/sanitaria, disponibilidad permanente para agentes sanitarios rurales, riesgo por insalubridad y responsabilidad del cargo. No percibirán estos adicionales los cargos que no están incluidos en la carrera sanitaria…" y se regula la liquidación de dichos adicionales conforme a los títulos (ap. E - 2.b) TÍTULO).
Desde allí, la disposición exige para que proceda la bonificación, que la capacitación sea requerida para el puesto de trabajo.
Entonces, el caso requiere dilucidar dos cuestiones:
a) el impacto de las necesidades del servicio en el sistema remuneratorio y
b) la efectiva acreditación de los presupuestos de hecho para ser acreedor del adicional.
Así, para la procedencia de la bonificación, además de la obtención del título, tal capacitación profesional debe ser requerida para el puesto de trabajo.
Ello porque la organización del servicio se ajusta a sus necesidades y, en tal línea, es la Administración, en ejercicio de sus facultades propias, quien determina el régimen laboral al que deben adecuarse los agentes en su prestación laboral.
Debe señalarse que, las "necesidades del servicio" conforman valoraciones discrecionales atinentes a la política conductiva que, en un momento determinado, realiza el poder administrador y no son susceptibles de control judicial, en la medida que sean ejercitadas razonablemente.

En otros términos: el margen de discrecionalidad que cabe reconocer a la Administración, se corresponde con la estimación de las necesidades que llevan a incluir a los profesionales del sector, bajo distintas modalidades de trabajo.
Pero, pese a reconocer que la organización del servicio constituye una facultad discrecional de la Administración, lo cierto es que la cuestión se presenta más compleja en su formulación, tiñéndose de aspectos reglados, si se constata que, efectivamente acontecieron en el caso, los requisitos establecidos en el artículo.
VIII.- En los presentes, se encuentra acreditado conforme las constancias administrativas acompañadas, la culminación de los estudios de la actora pero, el segundo de los puntos, no aparece demostrado con la actividad probatoria realizada que se limitó a las constancias de los expedientes administrativos vinculados al reclamo en aquella sede.
Sobre el particular, según la información brindada por la Directora de Personal de la Subsecretaría de Salud (fs. 69, Expte. 4100-012523/2009) a partir del 1° de septiembre de 2008, la actora comenzó a cumplir funciones como enfermera profesional y ello fue plasmado en el Decreto 2186/08 que reconoció el cambio de agrupamiento, percibiendo el 13% de bonificación por título.
En dichas actuaciones se informa que la Sra. Muñoz Antonina del Carmen cumple con funciones de auxiliar técnico en el servicio de esterilización, con adecuación de tareas a partir del año 2000; sin atención de pacientes, razón por la cual pasó a cumplir funciones como preparadora de material al servicio de esterilización (fs. 5, expte. administrativo; del 24/11/08).
En esas actuaciones, luce la nota dirigida a la Subsecretaría de Salud desde el Departamento de Recursos Humanos del Hospital que indica:
"…de corresponder reagrupamiento, el mismo debe realizarse una vez que la misma comience con actividad asistencial…"
Como ya quedara señalado, ningún otro elemento probatorio se ha adjuntado en pos de acreditar la efectiva prestación del servicio en la forma alegada o, al menos, contar con su legajo, cuya agregación no fue instada por la accionante.
Estas circunstancias determinan que la pretensión no pueda prosperar.
Como hemos visto, el otorgamiento del adicional no es automático, sino que depende del ejercicio efectivo de la función en los términos previstos en la normativa.
Por lo tanto, la actora debió haber producido las pruebas necesarias para demostrar que se encontraban cumplidos los recaudos exigidos por la norma para su reconocimiento.
La falta de prueba respecto de la situación de hecho alegada impide aplicar la norma que la contempla dado que no resulta posible comprobar si los elementos fácticos del caso conjugan con el enunciado normativo. Y las consecuencias de ese déficit deben ser soportadas por quien tenía la carga de probar.
IX.- En cuanto al reencasillamiento de categoría profesional, se adelanta que tampoco resulta procedente por la sola circunstancia de haber alcanzado el título profesional; ello sin más, no le otorga derecho a percibir una categoría mayor.
Cabe recordar una premisa básica: los cargos no han sido creados por la ley para el empleado o funcionario sino en razón del servicio. En ese contexto, entonces, el derecho a la carrera del agente público (cuestión que aquí se encuentra involucrada) no corre en forma separada de las necesidades del servicio en el que se inserta.
Concretamente, en punto al derecho a la carrera, se ocupa el Capítulo V del E.P.C.A.P.P. (arts. 11 a 20) y una atenta lectura de su articulado permite advertir que éste es un derecho que no se adquiere en forma automática sino que está supeditado a la reunión de ciertos recaudos (vgr., título habilitante, capacitación específica, idoneidad suficiente, existencia de vacante en la categoría y clases superiores, que sea necesario cubrirlas, etc.).
En ese ámbito, dispone el artículo 16 que el título habilitante o la especialidad que adquiera el personal no será por sí sola, condición suficiente para pertenecer a determinada clase, categoría o grupo, debiendo revistar en aquella función o tarea para la cual fue nombrado.

De esta reglamentación surge entonces que, se consagra el derecho a la carrera y al ascenso, pero éste no es automático, sino que se encuentra supeditado a la existencia de vacante, a la necesidad de su cobertura y, al cumplimiento de las condiciones y calificaciones establecidas en el Estatuto.

En este caso, retomando la premisa con la cual se inició el análisis de este punto, conforme las constancias administrativas acompañadas surge que la función que cumplía la accionante no requería título.

Desde allí, no se advierte que la Administración haya actuado en forma ilegítima atendiendo a las necesidades del servicio. En virtud de lo expuesto, corresponde rechazar la pretensión examinada.

X.- Por último, la actora alega que han percibido el reconocimiento que reclama compañeros de trabajo que se recibieron en el mismo año, en la misma Institución y bajo las mismas políticas públicas.

Como ya se señalara, al limitarse en los presentes la prueba aportada sólo a los reclamos administrativos efectuados, no puede tenerse por acreditado que haya existido una situación arbitraria que lesione el principio de "igual remuneración por igual tarea" y con ello, que haya existido discriminación en el otorgamiento de lo que a otros le fue dado en igualdad de condiciones (Fallos: 329:2986, con cita de Fallos: 153:67).

En supuestos como el planteado -tratos discriminatorios- adquiere vital importancia la prueba arrimada a la causa debiendo la actora aportar los elementos que lo acrediten, ya que no basta una mera alegación, sino que ha de acreditarse la existencia de conductas que induzcan a creer sobre la posibilidad de su existencia.

Por las razones expuestas propicio al Acuerdo rechazar la demanda, imponiéndose las costas a la actora vencida. ASÍ VOTO.

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

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Señor Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Rechazar la demanda incoada por la señora Antonina del Carmen Muñoz contra la Provincia del Neuquén; 2°) Las costas serán soportadas por la actora (art. 68 del C.P.C. y C); 3°) Regular los honorarios profesionales a la Dra. ..., en el doble carácter por la actora, en la suma de $6.000,00 y al Dr. ..., apoderado de la Provincia demandada, en la suma de $2.462,00 y del Dr. ..., patrocinante de la misma parte, en la suma de $6.155,00 (arts. 6, 9, 10, 38 de la Ley 1594); 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

**"BELIZ CLAUDIO EMANUEL S/ HOMICIDIO DOLOSO SIMPLE (ART. 79) (IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA)"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 55/2015) – Acuerdo: 26/15 – Fecha: 29/07/2015

DERECHO PROCESAL: Recurso extraordinario.

SENTENCIA ARBITRARIA. CUESTION FEDERAL. DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD. ART. 248/CPPN.

1.- Corresponde declarar desde el plano estrictamente formal la impugnación extraordinaria deducida. El recurso extraordinario federal referenciado en el art. 248 del CPPN 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.

2.- [ … ] A este respecto, es bueno recordar que el objeto del remedio 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 supremacía nacional. Esos lineamientos fijados de manera inveterada por la Corte, la arbitrariedad de sentencia es una hipótesis que resulta en extremo restrictiva y que debe demostrarse para no convertirlo en llave de una tercera instancia ordinaria (C.S.J.N., Fallos, 289:113, 295:420 y 618; 302:1564; 304:375 y 267; 306:94, 262 y 391; 307:1037 y 1368; 308:641 y 2263, entre muchos otros). Conforme a lo expuesto, está claro que para que la apelación articulada proceda, la alegada arbitrariedad debe ser probada de manera fehaciente por el interesado.

3.- En autos el recurrente cuestiona, al amparo de la doctrina de la arbitrariedad, el decisorio del TI por fundamentación aparente. Extremo éste que conduce sin más al rechazo de esta vía extraordinaria por cuanto, la materia en discusión no constituye cuestión federal. Todo el eje discursivo de la impugnación ordinaria ha girado en derredor de cuestiones ajenas a la impugnación extraordinaria; lo realmente censurado se vincula con cuestiones de estricto carácter fáctico probatorio.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 26/2015: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los Veintinueve días del mes de julio del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores LELIA G. MARTÍNEZ y EVALDO MOYA, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA , para dictar sentencia en los autos caratulados "BELIZ CLAUDIO EMANUEL S/ HOMICIDIO DOLOSO SIMPLE (ART. 79) (IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA)", Expte. n° 55, año 2015, del registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: I.- Que por sentencia n° 26, T° II, fs. 323/332, Año 2015, dictada por la Sala del Tribunal de Impugnación integrada por los Dres. Fernando Javier Zvilling, Florencia Martini y Liliana Deiub, se resolvió, en lo que aquí interesa: "(…) II.- NO HACER LUGAR a la impugnación ordinaria deducida por el impugnante, confirmando el veredicto de culpabilidad, en cuanto declara responsable a CLAUDIO EMANUEL BELIZ del delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego con la participación de un menor (arts. 79, 41 bis y quater del Código Penal)".

En contra de dicho decisorio, el Dr. Juan Manuel Coto, en su carácter de Defensor de Confianza de Claudio Emanuel Beliz, deduce impugnación extraordinaria.

Denuncia arbitrariedad por fundamentación aparente. En tal sentido, formula las siguientes censuras:

Afirmación incorrecta de que la parte no refutó los argumentos del Ministerio Público Fiscal relativos a la autopsia llevada a cabo por el Dr. Alejandro Cozzarín: Uno de los motivos dados en la sentencia para rechazar el recurso fue la presunta existencia de coincidencia entre los testimonios de Cabrera y Barrera y el peritaje del Dr. Cozzarin, alegándose que la Defensa no había refutado tal razonamiento. Ello es contrario a lo realmente sucedido, toda vez que la parte, en

uso de la última palabra, señaló que el perito sostuvo que no podía descartar que sea un solo tirador, incluso dijo que una de las víctimas recibió un disparo estando en movimiento.

Arbitrariedad al afirmarse que la existencia de dos tiradores era una conclusión razonable del jurado Popular a la luz de lo informado por el Dr. Cozzarín: Se produce aquí una falacia argumentativa por cuanto el Ministerio Público Fiscal señaló que las únicas dos posibilidades eran: que el tirador se desplazaba (descartado porque las vainas estaban en un mismo lugar) o que eran dos tiradores, cuando existía una tercera: que las víctimas se desplazaron.

Esta posibilidad planteada por la Defensa no fue apreciada por el Tribunal de Impugnación. "Si se considera que esta tercera posibilidad es una consecuencia lógica de la prueba recibida en el debate, puede afirmarse que la respuesta afirmativa a la existencia de dos tiradores es una conclusión ilógica" (El remarcado y subrayado corresponde al escrito recursivo).

Inversión de la carga de la prueba en relación a la prueba de parafina realizada en las manos de Claudio Emanuel Beliz luego del hecho: El Tribunal de Impugnación no encontró contradicción alguna entre lo declarado por el testigo Cabrera y el resultado negativo de la prueba de parafina, ello por la diferencia de tiempo entre el hecho y la obtención de la muestra y por el método utilizado, señalando asimismo un posible lavado de manos. Al respecto, la parte observa que, arbitrariamente, en el fallo se sostuvo la 'probabilidad' de que el imputado se haya lavado las manos no pudiendo exigírsele a la Fiscalía prueba de ello. "Pretender que la defensa pruebe un 'no hecho' como es que BELIZ durante su detención no se quitó restos de deflagración de la pólvora de las manos invierte la carga de la prueba en contra del imputado". Sostiene que si no hay prueba de algo, por más probable que fuera o que el sentido común lo sugiera así, lo cierto es que se exige prueba positiva.

Desconocimiento de la acusación y la controversia entre las partes en torno a la identidad de la segunda arma utilizada en el hecho: El Tribunal de Impugnación entendió que el Jurado Popular no fue instruido sobre el disparo de un revólver calibre .38 menos aún que fuera el secuestrado en autos, la Defensa en su caso debió objetar la instrucción solicitando la inclusión expresa de dicha circunstancia. La parte alega que en la acusación admitida a juicio se hizo saber que Beliz utilizó un revólver calibre .38, también en los alegatos de apertura y clausura. En todo momento el Ministerio Público Fiscal refirió que el imputado utilizó un revólver calibre .38 y que el mismo era el secuestrado en el domicilio vecino donde fue demorado. Se convino que la pistola 9mm. secuestrada pertenecía al coimputado Sotelo, razón por la cual, solo quedaba, por descarte, el revólver calibre .38. Para el Fiscal, según su teoría del caso, Beliz usó el revólver calibre .38 razón por la cual no quedaron evidencias en el lugar. El Tribunal revisor reconoció que el arma que la Fiscalía remarcó al jurado popular como utilizada por Beliz para cometer el hecho, no fue disparada en tiempo cercano conforme pericias técnicas balísticas.

Negación de la falta de credibilidad de los testigos interesados tal como había sido instruido al Jurado Popular: Expresa que los testigos tenían interés en la resolución de la causa teniendo en cuenta que el hecho se produjo en contra de Parra y Martínez porque se encontraban junto a Cabrera con quien el grupo que Beliz integra tenía enemistad manifiesta. El fallo no se expidió sobre la forma en que tendría que haberse valorado el testigo interesado, limitándose a expresar que no estaba tachado y que su declaración coincidió con el resto de la evidencia, especialmente, con la autopsia efectuada por el Dr. Cozarrín.

Inversión de la carga de la prueba en lo atinente a un hecho sobre el cual los testigos no depusieron: La sentencia sostuvo que los testigos en ningún momento refirieron a que se vieron entre sí o cruzaron, argumento que sería fuerte en la medida en que las pruebas lo acreditaran. Agregó que la Defensa fue detrás de vacíos parciales de los relatos intentando inferir lo que no surgió del contra-examen, por lo cual, si pretendía que debieron necesariamente cruzarse, debió demostrar que difícilmente no pudieron dejar de verse.

Omisión de considerar información que afirmaba que los testigos Cabrera y Barrera debían haberse visto: Íntimamente vinculado con el agravio anterior, alega que el fallo no solo no podía exigir que se produzca prueba, sino que tampoco podía considerar que no se había producido prueba y debía analizar el argumento defensista y no sostener, como lo hizo, que no existía prueba que avalara el 'no hecho'. "CABRERA y BARRERA no podían no haberse visto si, de acuerdo a ambas declaraciones, debieron necesariamente cruzarse".

Omisión de ponderar argumentos eficientes para resolver tomar una decisión en relación a la validez de un veredicto contrario a prueba: En lo que hace al interés de los testigos denuncia que se pasó por alto la enemistad manifiesta de Cabrera con los integrantes de la banda en la cual participaba Beliz. En cuanto a que debió haberse visto con Barrera, una testigo que salió inmediatamente luego de oír los disparos, pese a conocer a Cabrera, fue contundente al decir que no lo vio en el lugar de los hechos. En idéntico sentido se expidió el testigo José Méndez.

Finalmente, hace reserva del caso federal.

II.- En fecha 02/07/15 se concretó la audiencia de ampliación de fundamentos (Arts. 245 y 249 del C.P.P.N.) a la cual asistieron todas las partes intervinientes, formulándose las respectivas alegaciones y refutaciones.

Al tomar la palabra la Defensa Particular, refirió que el recurso es admisible por cuanto se ha dado cumplimiento a todas las formas exigidas. Ha sido interpuesto en tiempo y forma ante la Subdirección de Impugnación, existe gravamen, cuestión justiciable, es una sentencia definitiva, y oportunamente se hizo reserva de impugnación extraordinaria. Que el mismo se funda en el inc. 2° del Art. 248 del C.P.P.N. por arbitrariedad y clara vulneración del derecho de defensa. Hizo una breve reseña de los antecedentes del caso. Explicó que con el Ministerio Público Fiscal se convino anteriormente que Sotelo había sido declarado culpable en el fuero de menores, utilizando en el hecho una pistola calibre 9 mm. Que entre las instrucciones particulares que se dio al Jurado, se les dijo que debían responder si el 10 de febrero murieron las personas Joaquín Parra Gómez y Matías Martínez; si las muertes fueron provocadas por disparos de armas de fuego; si se utilizaron dos armas de fuego y si alguno de los disparos lo efectuó Béliz. Dijo que la discusión se centró principalmente en la existencia de uno o dos autores. La posición de la Fiscalía fue siempre que participaron dos autores y que la Defensa, por su parte, sostuvo que Béliz no estuvo en el lugar del hecho, que existió una sola persona y que era Sotelo.

Que, concretamente la prueba de cargo se integró con dos testimonios: Cabrera –testigo presencial- y Barrera –observó momentos previos y posteriores-. Que se ofrecieron como secuestros dos armas de fuego, seis proyectiles deformados y doce vainas y que con esta prueba el jurado declaró culpable a Béliz, por nueve votos a tres. Afirmó que se impugnó el veredicto por apartamiento de las pruebas alegando tres motivos: el primero relacionado con la instrucción dada al Jurado para que tuviera en cuenta, al evaluar la credibilidad de los testigos, si tenían interés en el pleito; el segundo referido a que Cabrera y Barrera no pudieron haber visto lo que declararon; y el tercero en torno a las contradicciones de los dichos de los testigos con el resto de las evidencias.

Relató que el Tribunal de Impugnación confirmó el veredicto de culpabilidad y la sentencia que lo contiene. Al respecto, denunció motivación aparente.

Entendió que la primera afirmación incorrecta del Tribunal revisor tiene que ver con la réplica que hizo el Fiscal a las contradicciones entre la declaración de los testigos y la evidencia colectada en el juicio. Mal entendió el Vocal preopinante, al que adhirieron los restantes, que la Defensa no refutó esos argumentos, cuando en uso de la última palabra se refirió a las manifestaciones del Dr. Cozzarín. El segundo argumento, tiene que ver con esa refutación y las conclusiones de los Jueces. El Dr. Cozzarín no pudo asegurar en el juicio que fueran dos tiradores, por lo cual tampoco podía afirmarse, como hizo la Fiscalía, en base a los dichos de Cozzarín, que existieron dos tiradores en concordancia con los testigos. Uno de los disparos recibidos por una de las víctimas tenía una trayectoria particular, según el médico forense, que permitía afirmar que iba desplazándose. Dijo que para el Tribunal existieron dos posibilidades solamente, y que pasando por alto la tercera alternativa, propuesta por la Defensa, sostuvo que existieron dos tiradores o un tirador desplazándose. Que por otra parte, respecto del examen de parafina que se le practicó al señor Béliz -con resultado negativo-, el Ministerio Público Fiscal consideró que posiblemente el imputado se hubiese lavado las manos; y que el Tribunal receptó esta postura con un argumento con falacia circular, ya que rechazó el resultado de la prueba a través de los testimonios cuestionados, y asimismo, se invirtió la carga de la prueba en contra del imputado. En cuanto a la censura referida al revólver calibre .38, utilizado según la Fiscalía, por Béliz para cometer el hecho, el Tribunal sostuvo que no podía darle tratamiento porque en modo alguno se correspondía con lo que se le requirió al Jurado, y en su caso, la Defensa debió haber objetado la instrucción, solicitando que se incluyera dicha circunstancia. Expuso que la arbitrariedad es manifiesta en este punto ya que la Fiscalía, tanto en el alegato de apertura como en el de clausura,

mantuvo que el revólver calibre .38 ofrecido como prueba, exhibido al Jurado, fue el utilizado por Béliz en el hecho. En tal sentido, el fallo atacado no hizo más que desconocer la acusación. Incluso, yendo un poco más allá, el Dr. Zvilling reconoció que de acuerdo a las pericias técnicas balísticas, el arma no habría sido utilizada en tiempo cercano al hecho. También se negó la falta de credibilidad de los testigos nuevamente, de manera arbitraria, al decir que a los testigos no se los tacha en supuestos de parcialidad. Solicitó se declare la nulidad de la sentencia y se reenvíe para que con nueva integración se dicte fallo.

Por su parte, la Dra. María Dolores Finochietti, representante del Ministerio Público Fiscal remitió a lo expresado por el Tribunal de Impugnación en el momento de resolver el recurso interpuesto por el Dr. Coto. Entendió que no se puede tildar de arbitraria la sentencia del Tribunal, ya que tocó todos los puntos planteados por la Defensa. Dijo que el Tribunal de Impugnación concluyó en ese pronunciamiento, que de ningún modo puede señalarse que el veredicto del Jurado Popular haya sido contrario a prueba, que equivaldría a la teoría de la arbitrariedad que menciona el Dr. Coto. Entendió que la Defensa pretende nuevamente en esta audiencia, que el Tribunal haga una revalorización parcializada de la prueba presentada a lo largo del debate, focalizando en ciertos aspectos que considera contradictorios. En ese sentido, refutó lo dicho por el Defensor respecto del interés de los testigos; respecto de la supuesta contradicción de los dichos de los testigos con el resto de la prueba colectada; por último respecto de las supuestas evidencias contradictorias, en torno a las armas y la cantidad de personas que dispararon. Agregó que el Tribunal de Impugnación, luego de un análisis completo e integral de la prueba que se produjo a lo largo del debate, concluyó que no existió contradicción evidente entre el veredicto y la prueba producida, y que contestó cada uno de los argumentos vertidos por la Defensa en la impugnación, por lo que debe ser confirmado el pronunciamiento, y rechazarse el planteo efectuado por el señor defensor en esta oportunidad.

Finalmente, se otorga la última palabra a la Defensa (Art. 85, 2° párrafo, del C.P.P.N.), negando que el Tribunal de Impugnación haya tocado todos los argumentos que expuso en la impugnación; sostuvo que fueron analizados algunos y de manera errónea. Dijo que no es cierto que intente que el Tribunal Superior revalorice la prueba, y explicó que su interés es que este Tribunal valore la argumentación de la sentencia recurrida. Que sin embargo, la Fiscalía si se ha expedido en relación a la prueba, por lo que realizó una breve síntesis referida a los temas expuestos por la Fiscal Jefe y las instrucciones dadas al Jurado, insistiendo en el planteo de arbitrariedad de la sentencia del Tribunal de Impugnación.

Habiendo quedado las actuaciones en condiciones de ser resueltas y llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Evaldo D. Moya y Dra. Lelia G. Martínez.

Cumplido el procedimiento previsto en el Art. 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1°) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2°) ¿Es procedente la misma?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión el Dr. EVALDO D. MOYA, dijo: Surge de autos que el escrito fue presentado en término, el Defensor se encuentra legitimado en el caso; asimismo, se impugna una sentencia definitiva. Sin embargo, al ingresar al análisis de los presuntos agravios alegados por el recurrente, no se constata que en la especie se configure la cuestión federal exigible.

En efecto, tal como hemos señalado en precedentes anteriores, este segundo andarivel recursivo 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. Con ello, no solo se asegura el planteo tempestivo de los agravios de pretensa naturaleza federal, sino también la indelegable intervención del Tribunal Superior de la causa, exigencias que no solo derivan de la propia ley, sino también de copiosa jurisprudencia del Máximo Tribunal Nacional (Cfr. IMAZ, Esteban – REY, Ricardo. "EL RECURSO EXTRAORDINARIO", Nerva, 3ra. Edición, Bs. As., 2000, págs. 223 y ss). Y se sabe que el recurso extraordinario federal referenciado en el Art. 248 del C.P.P.N. 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. A este respecto, es bueno recordar que el objeto del remedio 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 supremacía nacional. Esos lineamientos fijados de manera inveterada por la Corte, la arbitrariedad de sentencia es una hipótesis que resulta en extremo restrictiva y que debe demostrarse para no convertirlo en llave de una tercera instancia ordinaria (C.S.J.N., Fallos, 289:113, 295:420 y 618; 302:1564; 304:375 y 267; 306:94, 262 y 391; 307:1037 y 1368; 308:641 y 2263, entre muchos otros). Conforme a lo expuesto, está claro que para que la apelación articulada proceda, la alegada arbitrariedad debe ser probada de manera fehaciente por el interesado.

Desde otro lado, cabe indicar aquí que la apreciación efectuada no cercena el llamado "doble conforme", en tanto el Legislador ha establecido un órgano especialmente encargado de dar cumplimiento con la garantía fijada en el Art. 8.2.h. de la C.A.D.H. y en el Art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; tarea ésta que ha sido puesta en cabeza del Tribunal de Impugnación de la Provincia del Neuquén; preservándose al último tribunal local (Tribunal Superior de Justicia) para sustanciar y resolver concretos aspectos de índole constitucional y para lograr la uniformidad de la jurisprudencia local, fortaleciendo de este modo el principio fijado por el Art. 16 de la Constitución Nacional.

Por su fin y naturaleza, se sabe que el recurso extraordinario implícitamente referenciado en el Art. 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 en cualesquiera de los tres supuestos establecidos en la Ley 48.

Y por otra parte, es bueno recordar que el objeto del recurso extraordinario federal es el mantenimiento de la supremacía constitucional y no la sumisión de 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 supremacía constitucional.

Ahora bien, en su clásica definición de la doctrina de la sentencia arbitraria, la Alta Corte incluyó a aquellas "(…) desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes, a juicio de los litigantes, porque si así no fuera, la Suprema Corte podría encontrarse en la necesidad de rever los fallos de todos los tribunales de toda la República en toda clase de causas, asumiendo una jurisdicción más amplia que la que le confieren los Arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional, y 3° y 6° de la ley 4055 (…)" (Fallos: 112:384), explicando, en otros fallos posteriores, que: "(…) por medio de la doctrina de la arbitrariedad se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del Derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (…)" (Fallos: 316:2464, 2718). Ahora bien, tal como surge de la definición primigenia, la vía establecida en el Art. 14 de la Ley 48 tiene un carácter excepcional; es decir, la misma no tiene por objeto constituir una tercera instancia ordinaria en la que se examine el acierto o error de la decisión examinada, ni tampoco contemplar las meras disidencias subjetivas del apelante con el resultado final de la causa. Dicho criterio emana de los precedentes de la Alta Corte: "(…) los pronunciamientos judiciales no son factibles de ser revisados por la vía excepcional del Art. 14 de la ley 48, cuando las objeciones del recurrente suscitan el examen de cuestiones de hecho, derecho común y procesal, las que constituyen materia propia de los jueces de la causa (Fallos: 308:1078, 2630; 311:341; 312:184; entre otros); máxime, cuando la sentencia se funda en argumentos no federales que, más allá de su acierto o su error, resultan suficientes para sustentarla e impiden su descalificación como acto judicial (Fallos: 302:175; 308:986; etc.) (…)"; y, muy por el contrario, dicha vía procesal ha sido instituida para obtener "(…) la revisión de los pronunciamientos en los que se advierta la inexistencia de las calidades mínimas para que el acto impugnado constituya una sentencia judicial (…)" (Fallos: 247:713, sumario, www.csjn.gov.ar). Incluso, el cimero Tribunal se encargó de formular una apreciación adicional: "(…) es claro que, satisfecho el requisito de la revisión por un tribunal de instancia superior mediante el recurso de casación entendido en sentido amplio, esta Corte se reserva solo la función de corregir los casos en que resulte una arbitrariedad intolerable al principio republicano de gobierno. En general, podría sintetizarse la diferencia afirmando que, en materia de prueba, la casación debe entender en todos los casos valorando tanto si se ha aplicado la sana crítica, como si sus principios se aplicaron correctamente, en tanto que incumbe a esta Corte entender, solo en los casos excepcionales en que directamente no se haya aplicado la sana

crítica (…)" (Fallos: 328:3399, considerando n° 28 del voto de los Dres. Enrique S. Petracchi, Juan C. Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo L. Lorenzetti).

El parámetro para juzgar sobre la existencia de ese vicio es particularmente restrictivo, pues tal como lo ha reiteradamente señalado ese Cimero Tribunal, la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se reputen tales sino que atiende solamente a supuestos de excepción en los que la deficiencia lógica del razonamiento o una total ausencia de fundamento impide considerar el pronunciamiento de los jueces del proceso como la "sentencia fundada en ley" a que hacen referencia los Arts. 17 y 18 de la C.N. (Fallos: 325:3265, entre otros).

Si se examina la impugnación presentada, fácil será advertir que, al amparo de la doctrina de la arbitrariedad, el recurrente cuestiona el decisorio del Tribunal de Impugnación por fundamentación aparente. Tal extremo, conduce sin más al rechazo de esta vía extraordinaria por cuanto, la materia en discusión no constituye cuestión federal; exigencia elemental para la habilitación de esta instancia. En efecto, todo el eje discursivo de la impugnación ordinaria –el que, indirectamente, se intenta reeditar aquí– ha girado en derredor de cuestiones ajenas a la impugnación extraordinaria. Ello así, apenas se aprecia que lo realmente censurado se vincula con cuestiones de estricto carácter fáctico probatorio, en tanto sostiene que los testimonios de cargo de Cabrera y Barrera no debieron ser valorados por el Jurado atento las instrucciones dadas al respecto. Específicamente, considera que el Jurado Popular, al apreciar aquellas declaraciones, desoyó las instrucciones referidas a "si el testigo tiene algún interés en el resultado del caso", "oportunidad que los testigos tuvieron para ver o escuchar los hechos sobre los cuales testificaron" y "si existe alguna evidencia que contradiga los dichos de los testigos".

Al llevar la impugnación por estos terrenos, resulta obvio que el recurso federal no podrá concederse desde que, como lo sostienen, en su clásico estudio sobre esta impugnación, Esteban Ymaz y Ricardo E. Rey (Cfr. "El recurso extraordinario", 3ª edición actualizada, Ed. Abeledo–Perrot, Bs. As., 2000, págs. 81/85) "(…) las cuestiones federales son, esencialmente, cuestiones de derecho. Y como el art. 14 de la ley 48 limita al conocimiento de las mismas la jurisdicción extraordinaria de la Corte Suprema, es claro que ésta no comprende el examen ni la decisión de las cuestiones de hecho (Fallos: 62:274; 97:319 y 403; 99:371; 114:148; 117:344; 184:331 y 707; 185:358; 189:182; 190:220; 193: 11). Si así no fuera, la Corte Suprema actuaría como un tribunal ordinario de última instancia. Pues como dijo en Fallos: 125:247; 'no se trata de la tercera instancia ordinaria que acuerda el art. 3° de la ley nro. 4055 en los casos expresados en el mismo y en la que el tribunal puede conocer de todo lo contenido en el expediente, sino del recurso extraordinario... y con arreglo explícito del art. 14 de la ley nro. 48, esta Corte carece de jurisdicción para revisar las decisiones de los tribunales de provincia o de los federales en el caso, sobre cuestiones de hecho...'(…). La Corte Suprema ha dicho, igualmente, que las cuestiones de hecho no se encuentran entre las previstas en el art. 14 de la ley 48, y que su resolución requeriría la aplicación de disposiciones de derecho común y procesal (Fallos: 99:414), de incumbencia del tribunal de la causa".

Sin perjuicio de ello, la alegación genérica de causales de arbitrariedad, tampoco constituyen argumento bastante para habilitar la vía extraordinaria. Es que, como lo tiene dicho el Máximo Tribunal Nacional: "La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir en tercera instancia sentencias equivocadas o que se estimen tales, sino que solo encuadran en ella casos excepcionales en que medie absoluta carencia de fundamentación o un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso, ya que lo contrario importaría extender la jurisdicción de la Corte para revisar todos los pronunciamientos que se dicten en el país, con menoscabo de los límites establecidos por la Constitución y las leyes" (Cfr. C.S.J.N "De Renzis v. Aerolíneas Argentinas", 7/4/92; citado por Paulina G. Albrecht y José Luis Amadeo, "Manual del recurso extraordinario según la Jurisprudencia de la Corte Suprema", Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1997, pág. 54). Al ser esto de tal manera, es obvio que, estará a cargo del recurrente la demostración de que, no obstante la inexistencia de fundamentos no federales, su agravio se vincula con el desconocimiento de garantías constitucionales. Esta carga no se ha satisfecho, sí –como ocurre en este caso– el impugnante se ha limitado a realizar alegaciones genéricas y a remarcar supuestas omisiones del Tribunal de Impugnación que no guardan relación con las constancias de la causa.

En tal sentido, para habilitar la vía federal, no basta con sostener –como lo hace el recurrente– que "(…) cabe hacer excepción a esta regla cuando la sentencia apelada no cumple con el requisito de debida fundamentación exigible a las decisiones judiciales, y solo satisface en forma aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente con particular aplicación a las constancias de la causa (Fallos: 325:798, entre otros)" (El remarcado y subrayado corresponde al escrito recursivo). Y no basta por cuanto, la lectura de la sentencia atacada muestra, acabadamente, como los agravios desplegados por la Defensa en la impugnación ordinaria fueron, primero analizados y, luego, rechazados, por cuanto no se correspondían con la prueba producida en audiencia de juicio y valorada por el Jurado Popular.

Entiendo que en el caso no se presenta una cuestión federal, sino que, por el contrario, las argumentaciones de parte llevaron al Tribunal de Impugnación a expedirse sobre cuestiones de hecho y prueba, completamente ajenas a la vía de excepción que constituye el recurso extraordinario. A mayor abundamiento, tampoco se constata que exista, en los términos del Art. 15 de la Ley 48, una relación directa entre los motivos invocados y la solución final de la causa, sino que, por el contrario, la misma fue resuelta con fundamentos jurídicos ajenos a la materia federal.

Sentado ello, estoy persuadido que el Tribunal de Impugnación tampoco omitió el análisis de prueba dirimente, sino que ajustó su proceder a las reglas de la sana crítica evaluando los medios de prueba en forma conjunta.

Ante todo, en la sentencia hay apreciaciones formuladas por el A quo que no fueron rebatidas por el señor Defensor. En concreto, estoy mencionando los siguientes párrafos referidos específicamente a la alegada contradicción entre los dichos de Cabrera y el resultado negativo del examen pericial de parafina efectuado sobre las manos del imputado; y al invocado interés de la testigo Barrera: "(…) en la Audiencia de Impugnación finalmente quedó clara la existencia de una diferencia horaria muy importante entre el hecho y la toma de muestras. Los homicidios se produjeron a las 2,30 hs. aproximadamente, en tanto que la muestra se adquirió a las 10,10 hs. (…). A la presunta relación (pasada) de la testigo con un integrante de una banda, se la descontextualiza del relato total. Al ser interrogada por la fiscalía sobre el incendio de la vivienda de Beliz, luego del hecho, manifestó no solo conocer ese acontecimiento, sino que confesó ser la autora y que fue una reacción por la impotencia frente a lo vivido (la muerte de dos personas). Y también reconoció un episodio previo con Béliz. (…)".

En efecto, la Defensa nada dijo en torno a la tardanza en la recolección de muestras de las manos del imputado, circunstancia que, sumada a que el Bioquímico Criminalístico Henríquez declaró en debate que el hallazgo de restos de pólvora en las manos de una persona depende de factores externos como por ejemplo si hay viento, aclarando incluso que los revólveres dejan menor concentración que las pistolas y que la ausencia de metales no significa que no se haya disparado; lleva a suponer que posiblemente se pudo haber lavado las manos o que se hayan perdido los residuos por el transcurso del tiempo según afirmó el perito, máxime si se tiene en cuenta que las manos objeto de peritaje no fueron preservadas –extremo que surge de la constatación de las videograbaciones del juicio-.

Por su parte, los dos testigos controvertidos por la Defensa, más allá de si debieron haberse visto o cruzarse entre sí, fueron contestes –cada uno desde su posición- en cuanto a circunstancias de tiempo, modo, lugar y autores del suceso juzgado. En efecto, los testimonios tienen concordancia y consistencia propia, susceptibles de ser percibidos y valorados en la dirección que le diera el Jurado Popular.

En torno a la posibilidad de que existiera un solo tirador y fueran las víctimas quienes de desplazaban, mal puede la Defensa agraviarse en esta instancia de la omisión de tratamiento por parte del Tribunal de Impugnación toda vez que no fue una cuestión dirimente planteada por la parte –no se lo hizo ni en el escrito impugnativo ni en la audiencia de impugnación ordinaria-, sino que surgió al hacer uso de la última palabra, consecuencia de la refutación de fundamentos efectuada por el Ministerio Público Fiscal. En efecto, no fue motivo de agravio dicha cuestión.

En síntesis, la estrategia de la Defensa se basó fundamentalmente en cuestionar la credibilidad de los dos testigos de cargo, omitiendo tener en cuenta que su especial fuerza probatoria fue extraída por el Jurado Popular no solo del contenido sino también del modo en que respondieron al interrogatorio y demás circunstancias, especialmente apreciables por los integrantes del jurado, sin demostrar la parte que hayan caído en absurdo o en infracción a las reglas de la experiencia o sentido común.

Al ser ello de esta forma, las valoraciones y ponderaciones realizadas por el Tribunal de Impugnación, además de obedecer a cuestiones de hecho y prueba ajenas a la instancia federal (y por ende ajenas al andarivel recursivo que invocan, previsto en el Art. 248, inc. 2°, del C.P.P.N.), no colocan el decisorio en un supuesto de arbitrariedad de sentencia capaz de concitar la competencia de nuestro Máximo Tribunal Nacional, ya que éste ampara exclusivamente aquellos casos en los que el fallo impugnado padece de una gravedad extrema que la descalifican como pronunciamiento judicial válido (C.S.J.N., Fallos 294:376 y 425; 295:931; 296:82; 308:641; 310:1707; 314:1404 y 324:1721, entre muchos otros), lo que a la luz de lo expuesto evidentemente no ha acontecido.

Tampoco resulta admisible la censura referida a la identidad de la segunda arma utilizada en el hecho con sustento en la instrucción particular n° 2, punto 4, por la cual el Jurado decidió que para llevar adelante las muertes –en referencia a Parra Gómez y Martínez- se usaron dos armas de fuego.

Al respecto, creo necesario recordar que para que exista posibilidad de recurrir la sentencia que declaró al acusado culpable conforme veredicto emitido en ese sentido por jurados populares, luego del juicio y una vez producida la prueba, realizados los alegatos, la propuesta y discusión de las instrucciones, deben las partes hacer expresa y oportuna reserva sobre la instrucción que no se comparta, situación no verificada en autos.

Por lo expuesto, estimo que corresponde declarar desde un estricto punto de vista formal la inadmisibilidad de la Impugnación Extraordinaria presentada por el Dr. Juan Manuel Coto, en representación del imputado Claudio Emanuel Béliz.

La Dra. LELIA GRACIELA MARTÍNEZ 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 y tercera cuestión el Dr. EVALDO MOYA, dijo: El tratamiento de ambas cuestiones deviene abstracto atento lo dicho al tratar la primer cuestión.

La Dra. LELIA G. MARTINEZ, dijo:

La Dra. LELIA GRACIELA MARTINEZ, 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 cuarta cuestión, el Dr. EVALDO MOYA, dijo: Con costas (Art. 268 del C.P.P.N.). Mi voto.

La Dra. LELIA G. MARTÍNEZ, dijo: adhiero a la solución dada a esta cuarta cuestión. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE:

I.- DECLARAR INADMISIBLE desde el plano estrictamente formal la impugnación extraordinaria deducida por el Dr. Juan Manuel Coto, Defensor Particular del imputado Claudio Emanuel Béliz; en los términos del Art. 248, inc. 2°, del C.P.P.N., en contra la sentencia del Tribunal de Impugnación, n° 26/15, de fecha 12 de mayo de este año.

II.- CON COSTAS (Art. 268 del C.P.P.N.);

III.- REGISTRESE, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ente el Actuario, que certifica.

Dr. Evaldo D. Moya - Dra. Lelia Graciela M. de Corvalán

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

**"BARRIA FRANCISCO RODOLFO S/ DCIA. PTO. DELITO CONTRA LAS PERSONAS 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA´"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 49/2015) – Acuerdo: 27/15 – Fecha: 06/08/2015

DERECHO PROCESAL: COMPETENCIA.

JURADO POPULAR. REQUISITOS. SENTENCIA. MOTIVACION. FUNDAMENTACION DE SENTENCIAS. SENTENCIA ARBITRARIA.

1.- Corresponde la intervención del jurado popular en este caso, por cuanto no se advierte que se haya producido una afectación a los derechos de los imputados. En el juicio pudieron conocer el hecho que se les atribuyó, proponer su teoría del caso, ejercer el derecho de defensa, producir y controlar los elementos probatorios en el debate y alegar a favor de su hipótesis, a los fines del dictado del veredicto por sus pares. También ejercieron sus derechos en el juicio de cesura. El juzgamiento fue respetuoso del debido proceso.

2.- Es competente al jurado popular "cuando se deben juzgar delitos contra las personas, la integridad sexual o cualquier otro delito cuyo resultado haya sido muerte o lesiones gravísimas, siempre que el Ministerio Público Fiscal solicite una pena privativa de libertad superior a los quince (15) años, el juicio será realizado en forma obligatoria frente a un tribunal constituido por jurados populares." (art. 35 del CPPN). Si bien en autos la teoría del caso mudo de "homicidio calificado con alevosía" a "homicidio simple", cabe aclarar que tal mutación favoreció a los imputados y por otro lado, se continuó atribuyendo un presunto delito contra la vida cuya escala penal es de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión (art. 79 CP), lo que permite una posible pretensión punitiva de quince años de pena privativa de la libertad. Y por lo tanto dentro de las exigencias del artículo del CPPN antes mencionado.

3.- La resolución puesta en crisis no vulnera el deber de motivación adecuada y suficiente, por cuanto de ella surge que: se dio respuesta al planeo vinculado con el veredicto de culpabilidad, se descartó que fuera irrazonable conforme a la valoración en conjunto de la prueba producida en el juicio, la que permitió superar el estándar de la duda razonable; como así también, se analizaron y rechazaron los restantes agravios formulados ante esa instancia. Además, no se trata de una postura solitaria sino que siguió los lineamientos de reconocida doctrina en la temática, lo que descarta el supuesto de arbitrariedad de la sentencia.

**Texto completo:**

ACUERDO Nro. 27/2015: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los seis (6) días del mes de agosto del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores LELIA GRACIELA MARTÍNEZ y EVALDO DARÍO MOYA, con la intervención del señor Subsecretario de la Secretaría Penal, Dr. JORGE E. ALMEIDA, para resolver en los autos caratulados: "BARRIA FRANCISCO RODOLFO S/ DCIA. PTO. DELITO CONTRA LAS PERSONAS 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA´" (Expte. N° 49 Año 2015) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: Que por resolución N° 19/2015 del Tribunal de Impugnación, en la oportunidad integrado por los magistrados Mabel FOLONE, Federico SOMMER y Héctor DEDOMINICHI, de fecha 01/04/15, se resolvió rechazar la

impugnación ordinaria de la Defensa a favor de Andrés CAHUIMPAN y Nahuel Ángel HERNÁNDEZ, y consecuentemente, se confirmó el veredicto de culpabilidad y la sentencia condenatoria dictada en cuanto impuso a los imputados, la pena de once años de prisión de efectivo cumplimiento más accesorias legales y costas, como coautores penalmente responsables del delito de homicidio simple –cometido en perjuicio de Rodolfo Oscar BARRIA-.

Contra la decisión del Tribunal de Impugnación, el Dr. Ricardo J. MENDAÑA, Defensor particular, interpuso impugnación extraordinaria a favor de los nombrados.

Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes presentes produjeron sus respectivas argumentaciones; en este contexto, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Evaldo Darío MOYA y Dra. Lelia Graciela MARTÍNEZ.

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. Evaldo Darío MOYA dijo:

El escrito fue presentado en término, por quien se encuentra legitimado para ello, por ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, revistiendo el mismo el carácter de decisión impugnable (artículos 233, 239, 242, primer párrafo y 249 del C.P.P.N.).

Además, la impugnación resulta autosuficiente porque de su lectura se hace posible conocer cómo se configuran -a juicio del recurrente- los motivos de impugnación extraordinaria aducidos y la solución final que propone.

Por consiguiente, considero que corresponde declarar la admisibilidad formal de la presente impugnación. Tal es mi voto.

La Dra. Lelia Graciela MARTÍNEZ 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. Evaldo Darío MOYA dijo:

I.- En contra de la resolución N° 19/2015 del Tribunal de Impugnación, dedujo impugnación extraordinaria el Dr. Ricardo MENDAÑA, Defensor particular, a favor de Nahuel Ángel HERNÁNDEZ y Andrés CAHUIMPAN.

Adujo como motivos de la presente impugnación, que:

a) el a quo no haría ninguna consideración respecto a un presunto sometimiento indebido del caso al juicio por jurados, cuando correspondería –a su parecer- la intervención de jueces profesionales.

Expresó que por la teoría del caso de la Fiscalía -homicidio calificado-, que sería forzada y abandonada presuntamente al comenzar el juicio, habría intervenido el jurado popular y que nunca ese Ministerio habría justificado dicha competencia por la existencia de una pretensión punitiva superior a quince años y que en realidad, en el juicio de cesura habría requerido una pena inferior a ese límite. Que ello acreditaría una presunta arbitrariedad en la determinación del órgano llamado a decidir el caso, que afectaría el derecho de los imputados a un juicio justo y equitativo.

b) La decisión impugnada provocaría una lesión constitucional al debido proceso legal, al principio de inocencia y al estado de duda beneficiante, al desestimar el planteo de inconstitucionalidad de la mayoría prevista en el artículo 207 último párrafo del C.P.P.N., y que se habría afectado la igualdad ante la ley (arts. 18 de la C.N., 8.2 de la C.A.D.H. y 14.1 del P.I.D.C.yP.).

Argumentó que no alcanzaría con sostener que la declaración de inconstitucionalidad sería de última ratio o en afirmar que el legislador provincial no tendría un límite al respecto; dado que no se podría –en su opinión- desconocer que el quórum exigible para un veredicto de culpabilidad pondría en tensión la presunción de inocencia que se podría ver menoscaba por un número bajo de votos positivos, como así también, la igualdad ante la ley, al supuestamente exigirse en otras provincias un número mayor.

Expuso que en el juicio por jurados tendría que asegurarse que la decisión fuera compartida, deliberación mediante, por todos los integrantes; alegó que la experiencia histórica –de la cual se nutriría la dogmática constitucional- aconsejaría que las mayorías (simple, absoluta o cualquier otra) no serían sino una expresión de una "probabilidad" de culpabilidad, en la medida en que no sería compartida en forma plena por los restantes.

Afirmó que nadie podría negar seriamente que el menor o mayor número de votos positivos sería un condicionante de la deliberación del jurado, que frente a una exigencia mayor tendría que continuar deliberando y analizando el plexo probatorio. Que un estándar, al que calificó de "bajo", como el adoptado por el C.P.P.N. supuestamente limitaría la deliberación, afectaría la calidad de la decisión y lesionaría la presunción de inocencia.

c) También, que la resolución en crisis provocaría una lesión constitucional al presuntamente vulnerarse el deber de motivación adecuada y suficiente; que desatendería los agravios planteados presuntamente sin justificación razonable (artículos 18 de la Constitución Nacional y 238 de la Constitución de la Provincia de Neuquén).

Expresó que la motivación sería presuntamente aparente respecto a los cuestionamientos valorativos planteados en la impugnación.

Que se habrían incumplido las exigencias referidas a la garantía del juicio previo como presupuesto del derecho a ser juzgado con un mínimo de verdad.

Que el razonamiento del a quo no satisfacería la "mínima exigencia de causalidad" en relación a la verdad procesal fáctica, que no se acreditaría un estándar de prueba objetivo que supere con claridad la "probabilidad" de la hipótesis acusatoria, en función de la presunta fragilidad y debilidad argumental y epistemológica con que se analizarían los elementos de acreditación del caso y el cuestionamiento valorativo que el impugnante habría efectuado.

Que ello surgiría al pretender explicar una supuesta contradicción que existiría entre las declaraciones de los médicos en el debate con la de los testigos de cargo, que no se podría justificar de modo racional a través de las circunstancias que destacarían los jueces y que no se satisfacería el estándar probatorio que imperaría en el proceso penal, que los magistrados reconocerían en el plano teórico pero luego desconocerían en la práctica.

Que en virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba correspondería a la parte acusadora, que estaría prohibida la inversión de la misma en perjuicio de los nombrados, y que la falta de prueba de la culpabilidad daría lugar a una sentencia absolutoria.

Opinó que el pronunciamiento del a quo desoiría la vigencia del estándar de duda razonable en el caso concreto, que se afectaría el principio de inocencia y la exigencia de acreditación de la relación de causalidad suficiente en relación a la conducta reprochada.

Reseñó los antecedentes del caso.

Ofreció prueba -lo que fue tratado y resuelto en audiencia de fecha 23/04/15-.

Citó doctrina y jurisprudencia.

Hizo reserva del caso federal.

Solicitó que se haga lugar a la impugnación y se ordene la revocación del fallo cuestionado, ordenando la realización de un nuevo juicio.

II.- Que en la audiencia, fijada en los términos de los artículos 245 y 249 del C.P.P.N., la Defensa y el Ministerio Fiscal fundaron sus respectivas posiciones sobre la materia debatida, en tanto, que la parte querellante -debidamente notificada- no asistió al acto (cfr. registro de audio y acta de audiencia del 16/06/15).

En primer lugar, el Dr. MENDAÑA manifestó que, además de abogar por ciertos principios jurídicos, en este caso, lo haría por la justicia. Hizo referencia al hecho atribuido, a las condiciones personales de los imputados y de la víctima, como así también, aludió a un incidente previo entre los mismos. Sobre el planteo de inconstitucionalidad del art. 207 del C.P.P.N, respecto a la mayoría requerida para un veredicto de condena, aclaró que se condenó a CAHUIMPAN por 8 y a HERNÁNDEZ, por 9. Que el a quo sostuvo que la Defensa no habría acreditado que dicha mayoría contraríe la Constitución Nacional, que sería similar a la exigida para los tribunales colegiados, que la inconstitucionalidad sería un acto de suma gravedad, de última ratio y requeriría fundamentos sólidos. Que parte de ello, coincidiría con lo sostenido

por este Tribunal Superior en el caso "GONZÁLEZ" –del 30/04/15-, por lo que propuso un replanteo de la cuestión. Que el agravio surgiría a partir del veredicto de culpabilidad por mayoría y no hubiera existido de haberlo sido por unanimidad, por lo que no correspondería cuestionar antes una institución que calificó como benéfica, salvo, el régimen de mayorías previsto. Argumentó que, primero, el tema de la unanimidad o una mayoría privilegiada, superior a los 2/3, se efectuaría sobre la base de un argumento histórico, cómo funcionaba el jurado cuando los constituyentes lo plasmaron en tres normas de la constitución histórica argentina; el modelo era el norteamericano, en el que predominaba y predomina la unanimidad por lo menos en los delitos más graves. Segundo, que conforme a una interpretación del art. 24 de la C.N. se impondría una "sincronización" entre las competencias del Congreso y las legislaturas provinciales en torno a la organización del jurado. Que las últimas no tendrían absoluta libertad ya que habrían aspectos que tendrían que ser uniformes en todo el país; por ejemplo, el de mayorías –con alusión al previsto en otras provincias-, en Neuquén el estándar sería más bajo, que con ello, aparecería el principio de igualdad ante la ley. Opinó que la C.S.J.N. –en algún momento- tendría que expedirse al respecto. Tercero, podría afectarse con este régimen de mayorías los principios del debido proceso, en particular, la intensidad y profundidad de la deliberación. Dijo que toda la doctrina señalaría que se afectaría la deliberación –reseñó la opinión de cuatro autores-. Cuarto, relacionado con la presunción de inocencia, entre sus funciones estaría la del estándar exigible para una sentencia condenatoria, y con la duda razonable que sería un problema procesal, filosófico, al no existir prueba tasada. Que habría "una luz de alerta" por el número de jurados que habrían dudado o se habrían inclinado por la inocencia -respecto a CAHUIMPAN, 4 y de HERNÁNDEZ, 3-, sería un 25% y un poco más de 30% en términos de probabilidades. En cuanto a la competencia del jurado en este caso, expresó que no se habría justificado; habría sido forzada para una actividad académica con la que coincidiría, aclaró que aún no ejercía la defensa técnica de los nombrados. Que en el control de acusación, la Fiscalía no habría justificado -ni la Defensa habría podido discutir- la pretensión punitiva porque el homicidio calificado tiene prevista pena perpetua. Que en los alegatos, la Fiscalía mudaría la teoría legal y de alguna forma modificaría el presupuesto fáctico, por homicidio simple y en el juicio de cesura, requeriría una pena inferior a quince años. Aclaró que parecería normal pero que, en enero de este año, al discutirse la modalidad de una medida de coerción, el Fiscal diría que ya habría cambiado la teoría legal en el momento de la apertura del juicio. Argumentó que no sería lo mismo que hacerlo en el alegato a resultas de la prueba producida en el juicio. También adujo una presunta arbitrariedad de la resolución del Tribunal de Impugnación, que no satisfacería la debida motivación al rechazar la pretendida nulidad y/o arbitrariedad del veredicto. Hizo referencia a la prueba producida en el juicio. Expuso que se podría hacer un examen ex ante o ex post, para verificar si se cumpliría el estándar de la prueba razonable; que, con uno u otro camino, la respuesta sería negativa porque los dichos de los testigos presenciales no se compadecerían con la prueba científica, no tendrían corroboración en los hallazgos médicos, que serían importantes para establecer lo que habría acontecido. Que los jurados no habrían ponderado la supuesta colisión y la Fiscalía con prueba de "baja" calidad habría condicionado indebidamente al jurado. Respecto al pronunciamiento del a quo, criticó que no se habría determinado la cantidad de golpes, que se hablaría de "una golpiza", "patadas, puñetazos" y no se diría "qué golpes", no se sabría cuál habría provocado el hematoma, que no podría descartarse que fuera consecuencia de la caída. Que tampoco se aclararía quién habría dado el golpe fatal, que la responsabilidad penal es personal y se respondería por lo que hizo otro si hubiera unidad de designio; lo que descartó alegando que los imputados estarían ebrios –refirió a circunstancias del caso-. Reseñó las declaraciones de los testigos presenciales –ESPINDOLA, JARA, CHABOL- a las que comparó con los hallazgos médicos y las de los galenos –Andrés SANDOVAL, del Hospital de Villa La Angostura; Martín SOSA, terapista de Bariloche y el Dr. PIÑERO, forense-. Que el a quo -entre otras consideraciones- sostendría que SANDOVAL diría que la ropa podría amortiguar golpes y hematomas, que el frío podría retardar la aparición de hematomas; que SOSA FRÍAS declararía que los hematomas subdurales en un 90% serían por causas traumáticas, a veces el trauma podría ser importante y otras, no y que el forense habría visto unas máculas azules a las que no podría atribuir origen cierto pero serían de origen traumático y evolucionando. La Defensa adujo que sería una mera posibilidad, que entonces no se estaría hablando de certezas; que no se podría descartar que se estuviera en el 10% de golpes no importantes y que según el orden natural de las

cosas no podría haber ocasionado ese hematoma o esa muerte y se estaría denotando que en realidad habría existido una golpiza, con lo que le daría razón a los testigos; a lo que calificó como forzado, irracional e inconciliable con los principios de la ciencia médica.

Que por ello, el a quo incumpliría el deber de motivar debidamente su decisión, tendría en cuenta una mera posibilidad o esa otra circunstancia para descartar la afectación del principio de duda razonable. Solicitó que se haga lugar a la impugnación deducida y según la causal que se recepte, que se declare la inconstitucionalidad del art. 207 del C.P.P.N.; la nulidad del veredicto, el juicio y los actos posteriores vinculados y finalmente, la nulidad del pronunciamiento del Tribunal de Impugnación.

En segundo término, la Dra. María Dolores FINOCHIETTI, Fiscal Jefe, refutó los argumentos de la contraria. Manifestó que la pretendida inconstitucionalidad del art. 207 del C.P.P.N. sería un tema ya resuelto por este Tribunal Superior.

En cuanto al argumento histórico dijo que, en realidad, en nuestro país, primero hubo jurado escabinado en Córdoba y luego habrían aparecido otros, que Neuquén habría adoptado su propia forma y las demás provincias estarían adoptando otras, por lo que no parecería que ese argumento tuviera un peso tal como para declarar dicha inconstitucionalidad. En relación al art. 24 de la C.N., más allá de que el Congreso aún no dictó la ley prevista, ya hubo juicios por jurados, hace años que existen en Córdoba, ya habría muchísimos pronunciamientos al respecto y no se habría declarado la inconstitucionalidad.

Que sería cierto que no habría uniformidad, que las distintas provincias lo establecieron conforme a su idiosincrasia, a su historia jurídica; que quizás existiría tensión entre la manda constitucional y lo establecido en las distintas leyes locales, al presuntamente existir diferencias entre las mayorías exigidas o la conformación de los distintos jurados y que sería deseable una ley del Congreso que estableciera mayor uniformidad o un estándar general al que luego cada provincia adecuara su propia legislación pero más allá de las expresiones de deseo, ello no podría redundar en una declaración de inconstitucionalidad de una norma local, ya que sería una sanción grave para sustentarse en una diferencia de opinión. En relación a las mayorías del art. 207 del rito, ya se habría argumentado profusamente en cuanto a que no sería irrazonable, que sería similar a la de los jurados profesionales -dos tercios-, una mayoría calificada; más allá de que otras legislaciones prevean alguna diferente o que se opinara que sería mejor la unanimidad u otra mayoría más calificada, reiteró que serían cuestiones de opiniones insuficientes para la declaración peticionada. Sostuvo que los argumentos defensistas no alcanzarían a conmover las razones dadas por los tribunales y los que surgirían del precedente "GONZALEZ" de este T.S.J., por lo que propició su rechazo. Sobre la competencia de jurados en este caso, manifestó que no se extendería demasiado porque ese sometimiento se habría planteado en su momento ante el Juez de Garantías, no habría sido objetado en su oportunidad, no habría sido impugnado y que intervendría el jurado de acuerdo con la calificación legal por la que el caso se habría llevado a juicio. Que no estaría vedado que producida la prueba y en el alegato final, la Fiscalía modificara la calificación y acudiera a otra, en este caso, más benigna para los imputados, que no se vería ninguna irregularidad. Respecto a la falta de fundamentación pretendida, dijo que sería un tema que habría sido ampliamente fundamentado por el a quo, que no existiría tal falta, que incluso se haría referencia a que si bien la Defensa aludiría a ciertos pasajes puntuales, la prueba analizada en su conjunto tendría otros detalles que serían sumamente relevantes y que harían a la formación integral de la convicción del jurado. Que si bien la Defensa haría hincapié en ciertas expresiones puntuales de los médicos, lo real sería que también ellos habrían dado explicaciones de lo que podría parecer como discrepante; por qué los médicos que habrían intervenido en un primer momento no habrían visto los hematomas y los que intervendrían después, sí y porque el frío retardaría la coagulación, en un primer momento, parecería que era un único golpe en la mejilla y después se advertiría que habría un golpe en el parietal, de hecho también la Defensa mencionó lo de la escoriación en la zona parietal. El que se habría aproximado por primera vez al paciente lo vería en una determinada situación; a medida que se habría avanzado en los estudios y pasado el tiempo se habría advertido efectivamente lo que habría sucedido, que por eso BARRIA habría sido derivado a un hospital de mayor complejidad porque su cuadro sería bastante grave. Que los testigos habrían visto cuando los dos imputados le habrían dado una brutal golpiza a la víctima, de la que derivarían las lesiones que terminarían con su vida. Aclaró que más allá de que algunas expresiones podrían considerarse prima

facie contradictorias, del análisis global de la prueba se deduciría claramente que la resolución dada por el jurado no sería irrazonable ni arbitraria, que la decisión se fundaría en los hechos y en las pruebas vertidas en el juicio; por lo tanto, la pretensión de que este pronunciamiento sea descalificado por su arbitrariedad o irrazonabilidad sería insostenible; que tal como lo resolvió el a quo tendría que confirmarse en todas sus partes. Solicitó que se rechace el recurso de la Defensa y se confirme la sentencia condenatoria.

Finalmente, se le concedió la palabra a la Defensa (artículo 85, 2º párrafo, in fine, del C.P.P.N.), el Dr. MENDAÑA, primero, aclaró que en la impugnación ordinaria no atacó la falta de fundamentación porque el jurado no motiva sus decisiones, que ahora planteó la presunta falta de motivación de la decisión del Tribunal de Impugnación. Segundo, que nunca se negó la participación en el hecho de los dos imputados, que el cuestionamiento estuvo vinculado con el título de la responsabilidad penal, no sería lo mismo responder porque realizó un aporte material a la muerte sabiendo que lo realizaba y con la voluntad de hacerlo, que pegar un golpe o más de uno supuestamente sin ese propósito y sin esa idoneidad por lo menos de acuerdo al curso natural de las cosas. Alegó que la Fiscalía repitió lo referente a "una brutal paliza", que "causaron todas las lesiones", lo que no se compadecería con las evidencias, que minutos antes habría hablado de una escoriación y de la lesión en las mejillas. Que de aplicarse el sentido común, si alguien denunciara: "me agarraron entre dos, me pegaron una fenomenal paliza, me patearon, me pegaron trompadas, codazos, etc."; se le preguntaría por las lesiones sufridas y si dijera: "no, tengo aquí una pequeña contusión en la mejilla y tengo esta escoriación", se dudaría porque los hechos no se compadecerían con el relato; que esto sería lo que estaría presente permanentemente en este juicio. Sostuvo que si la Fiscalía hubiera actuado con la objetividad deseable, este caso hubiera tenido una respuesta correcta -no impunidad-, eso sería lo que se buscaría a través de esta vía.

III.- Que luego de analizada la impugnación, el pronunciamiento cuestionado así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos defensistas, soy de opinión –y así lo propongo al Acuerdo– que la impugnación extraordinaria tiene que ser declarada improcedente.

1) Atento a la naturaleza de los agravios planteados, corresponde el análisis del cuestionamiento a la competencia del jurado popular en este caso.

El artículo 35 del C.P.P.N. respecto a la competencia, prevé: "Tribunales de jurados populares. Cuando se debe juzgar delitos contra las personas, la integridad sexual o cualquier otro delito cuyo resultado haya sido la muerte o lesiones gravísimas, siempre que el Ministerio Público Fiscal solicite una pena privativa de libertad superior a los quince (15) años, el juicio será realizado en forma obligatoria frente a un tribunal constituido por jurados populares. El tribunal se integrará con doce (12) jurados titulares y cuatro (4) suplentes. La dirección del juicio estará a cargo de un juez profesional".

En el presente legajo, tras la investigación de la muerte de Rodolfo Oscar BARRIA, la Fiscalía atribuyó al presunto accionar de los imputados el ilícito sometido a juzgamiento; de tal modo que el supuesto hecho a juzgar configuraba un delito contra las personas, en el que también se verificaba el resultado –muerte- previsto en ese precepto. En consecuencia, la competencia del jurado popular sólo se encontraba supeditada a una facultad del Ministerio Fiscal, esto es, la pretensión punitiva.

Al respecto, la Dra. FINOCHIETTI, Fiscal Jefe, expresó que el sometimiento del caso a un juicio por jurados se planteó en su oportunidad ante el Juez de Garantías y que no fue objetado ni impugnado, que intervino el jurado conforme a la calificación legal por la que el caso fue llevado a juicio (cfr. registro de audio y acta de audiencia del 16/06/15).

Entonces, el Ministerio Fiscal tenía la facultad de solicitar que interviniera un jurado popular en este caso y lo hizo, conforme a la calificación legal que correspondía a su teoría inicial del caso, homicidio calificado por alevosía, que tiene prevista como pena reclusión o prisión perpetua (artículo 80 inciso 2 del C.P.). Esto es, conforme a la normativa aplicable respecto a la competencia del jurado.

Ello surge del cotejo de las audiencias del juicio. El día 07/10/14, en el alegato de apertura el Ministerio Fiscal, con adhesión de la querella, presentó su teoría del caso, para lo cual explicó el hecho con las circunstancias de lugar, tiempo y modo, haciendo hincapié en que los imputados presuntamente aprovecharon una imposibilidad o menor posibilidad de defenderse de la víctima, al igual, que refirió a las pruebas a producir en el debate (audio videos del

07/10/14 Parte 1°, 29:07/30:00 y Parte 2°, 00:00/05:52 y 05:58/6:60). En tanto que, uno de los Defensores Oficiales, el Dr. Gonzalo CRESPO cuando efectuó su alegato de apertura aludió expresamente a la teoría fiscal, dijo "…la Fiscalía nos está acusando por un homicidio agravado por alevosía…" y propuso otra teoría –a la que refirió como homicidio atenuado- (audio video del 07/10/14, Parte 2°, 13:22/13:26 y 16:00/19:15, en lo pertinente).

Atento a las constancias concretas expuestas, las manifestaciones del Dr. Fernando RUBIO, Fiscal Jefe, efectuadas con posterioridad al inicio del debate, ante otro magistrado y en el marco de otra audiencia -en la que la cuestión versaba sobre medidas de coerción-, no tuvieron incidencia en el proceso principal. El funcionario refirió a que "desde la iniciación" del debate la teoría del caso de ese Ministerio fue de homicidio simple (cfr. audio video de la audiencia -sobre medidas de coerción- de fecha 08/01/15, 1° parte, 01:01:27/01:01:59), sin embargo, ello no obsta a que, con anterioridad, en la audiencia ante el Juez de Garantías, la Fiscalía haya expuesto la acusación en los términos de un homicidio calificado por alevosía, teniendo la posibilidad de oponerse la Defensa, es decir, que al momento de la resolución sobre la competencias del tribunal estaban reunidos los recaudos previstos en el art. 35 del C.P.P.N.

Ello sólo demuestra que hubo una modificación de la primigenia calificación del hecho investigado, lo que resulta factible dado que la calificación legal y la pretensión punitiva del fiscal al momento de requerir la apertura a juicio tienen carácter provisorio (art. 164 del C.P.P.N.). Cabe aclarar que, por un lado, tal mutación favoreció a los imputados y por otro, se continuó atribuyendo un presunto delito contra la vida y la escala penal prevista por el artículo 79 del C.P. es de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión, por lo que fácticamente resulta posible una pretensión punitiva de quince años de pena privativa de la libertad.

Consecuentemente, no advierto que se haya producido una afectación a los derechos de los imputados con el juzgamiento por un jurado popular, en el que pudieron conocer el hecho que se les atribuyó, proponer su teoría del caso, ejercer el derecho de defensa, producir y controlar los elementos probatorios en el debate y alegar a favor de su hipótesis, a los fines del dictado de un veredicto por sus pares, y posteriormente, ejercieron también sus derechos en el juicio de cesura; por lo que colijo que, en este caso, la competencia del jurado se ajustó a la normativa local y que el juzgamiento fue respetuoso del debido proceso.

2) En cuanto a la pretendida inconstitucionalidad de la mayoría prevista en el artículo 207 último párrafo del C.P.P.N., tampoco comparto lo expuesto por la Defensa.

En primer término, tal como lo señalaron las partes en la audiencia ante esta Sala, el planteo traído a examen reviste sustancial analogía con el resuelto en el Acuerdo N° 16/2015 "GONZÁLEZ, J. S." del 30/04/15; adelanto que los argumentos propuestos en este caso por la Defensa, no resultan eficaces para modificar el criterio allí sostenido. Entonces, reitero mi voto en el sentido de que:

"…[2].1) A partir de la doctrina consolidada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que comparto, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye un acto de suma gravedad, siendo una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, y que debe ser considerada como última ratio del orden jurídico (MONGES Analía M. C/ U.B.A. resol 2314/1.995, 19.96-12-26, Fallos 319-0, ED17-07-1.997, N°48.038, LL14-05-1.997, N°95.362), y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos 311:394; 312:122; 322:842) o bien cuando se trate de una objeción constitucional palmaria (Fallos 14:425; 105:22; 112:63; 182:317; 200:180, entre otros), de tal manera que no debe recurrirse a ello sino cuando una estricta necesidad lo requiera (Fallo 260:153). Ello así, en la medida que es deber de [la] Corte agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad. Sabido es que la misma es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley, con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable (C.S.J.N. L.486 XXXVI "LLERENA, Horacio Luis s/ Abuso de armas y lesiones Art. 104 y 89 del Código Penal- causa 3221" rta. el 17/5/2.005). […]

[2.2)] A nivel local, en relación al proceso penal, el artículo 64 de la Constitución Provincial prevé que '…la legislatura establecerá el procedimiento por el que se realizará el juicio oral…´. Ello en consonancia con las competencias propias

reservadas por las provincias en la organización estatal federal (artículos 5, 121, 122, 123 y 124 de la Constitución Nacional).

Así, el legislador provincial en el Código Procesal Penal del Neuquén, Ley N° 2784, incorporó el juicio por jurados para aquellos casos en los que el Ministerio Fiscal requiriera una pena privativa de libertad superior a los quince años (artículo 35 y concs. del C.P.P.N.).

[2.3)] En referencia al juicio por jurados, contemplado en la Constitución Nacional (artículos 24, 75 inciso 12, 118 de la C.N.), prestigiosa doctrina sostiene que '…la ley fundamental ha adherido a un modelo concreto de enjuiciamiento penal, que permite a los jurados, representantes populares, conocer, controlar y valorar la prueba que decide el caso […] Tal decisión política es incuestionable para nuestra Constitución, pues, en su aval, ella manda –desde siempre- que el Congreso de la Nación reforme la legislación hasta entonces vigente…´. Que '…cuando se habla del juicio por jurados se menta, principalmente, aquella institución típica del Derecho anglo-sajón […} que arribó hasta nosotros a través del Derecho de las colonias inglesas de América del Norte, al independizarse del lazo colonial. Ese jurado se integra con doce ciudadanos que votan el veredicto por unanimidad y preceden a los jueces profesionales o permanentes en su fallo, acogiendo o rechazando la acusación y utilizando para ello el sistema de íntima convicción en la valoración de la prueba. [En la Nota correspondiente se aclara:] La descripción corresponde al sistema federal, pues existen estados confederados con una integración menor al número de doce personas, y otros en los cuales la unanimidad no es necesaria…´.

Asimismo, que '…[en su paso por el continente europeo, después de la instauración de las repúblicas democráticas y representativas, el tribunal de jurados sufrió varios cambios: no se aceptó la exigencia de la unanimidad para la decisión, fueron establecidas diversas mayorías para el fallo y hasta se crearon tribunales mixtos o combinados […} denominados tribunales de escabinos o jurados escabinados […] La Constitución Nacional torna exigible alguna forma de participación ciudadana en la tarea de administrar justicia penal, al menos la más moderada que suponen los tribunales integrados por escabinos…´ (MAIER, Julio B. J.: "DERECHO PROCESAL PENAL. I. FUNDAMENTOS". Editores del Puerto S.R.L. Bs. As. 2° Edición 4° Reimpresión. 2012, págs. 775/776 y 789/791. Lo subrayado me pertenece).

[2.4)] En ese marco, el artículo 207 del rito, último párrafo –aquí cuestionado- establece que '…en los tribunales compuestos por doce (12) jurados, el veredicto de culpabilidad requerirá como mínimo de ocho (8) votos.

En los casos en que no se alcance lo exigido, el veredicto será de no culpabilidad´.

[2.5)] Ahora bien, estimo que la mayoría prevista –en el mencionado precepto- para el dictado del veredicto de culpabilidad no produce vulneración alguna a las garantías constitucionales del imputado.

El debido proceso se encuentra resguardado a través de una acusación -clara, precisa, completa y concreta-, del ejercicio del derecho de defensa, de la producción de elementos de convicción en el debate oral, a partir de lo cual, resulta el veredicto de la íntima convicción de los pares y el juez profesional determina –también en audiencia- la calificación legal y la pena correspondiente, contenido en la sentencia (previsto en el Título II del Libro IV del C.P.P.N.).

[2.6)] En relación al principio de inocencia y al 'in dubio pro reo´, se dijo que '…las convenciones internacionales de derechos humanos incorporadas hoy a nuestra CN (75 inc. 22) incluyen ese aforismo por remisión a la presunción de inocencia, con cita expresa de la necesidad de la certeza para condenar y de la imposibilidad de invertir la carga de la prueba (por ej. CADH, 8, n° 2; PIDCyP, 14, n° 2). Sin embargo, esta afirmación no conduce a la pretensión de que la Corte Suprema descienda a la valoración de los hechos cuando el recurso del imputado sostiene que los elementos de prueba no alcanzan para verificar la certeza sobre la impugnación (Fallos CSN, t. 252, p. 361; t. 298, p. 286); al contrario, la Corte Suprema es un tribunal de casación constitucional, razón por la cual sólo revisará la sentencia cuando el tribunal de mérito desconozca la regla al valorar la prueba: admite que no obtiene la certeza y, sin embargo, condena (Fallos CSN, t. 295, p. 778; t. 275, p.9, y t, 292, p. 561). [...] Será improcedente un recurso de casación cuya motivación pretenda que el juez, conforme a la prueba incorporada, debió expresar en su sentencia la duda y no la certeza en ella afirmada, porque aquí se trata de la valoración de la prueba, actividad propia del tribunal de juicio y no criticable por vía de la casación…´ (op. cit. MAIER, págs. 498/499. Lo resaltado con negrita me pertenece).

[2.7)] En ese orden de ideas, la alegada afectación sólo se daría cuando el juzgador (unipersonal, tribunal colegiado, jurado popular) admitiera que no logró la certeza necesaria (en la mayoría o en todos) e igual condenara.

[2.8)] Además, descarto que la mayoría requerida para el veredicto influya negativamente en la máxima deliberación; ya que para adoptar la decisión -sobre la existencia del ilícito y la responsabilidad o no del imputado- se requiere el previo conocimiento e intercambio de opiniones, la discusión entre los integrantes del jurado deviene como consecuencia necesaria, verificándose las condiciones de legitimidad. En realidad, el mayor o menor grado de la deliberación no se encuentra sujeto a la mayoría o a la unanimidad, sino que depende de la prueba producida en el debate y su mayor o menor pertinencia y utilidad para generar la convicción necesaria…" (Acuerdo N° 16/2015 "GONZÁLEZ, J. S." del 30/04/15); lo que estimo no se encuentra desvirtuado por la opinión de algunos autores sobre la materia, máxime si se tiene en cuenta que las deliberaciones de los integrantes del jurado son secretas lo que dificulta las investigaciones que se realizan al respecto.

2.9) En este caso, el Tribunal de Impugnación, por unanimidad, rechazó la inconstitucionalidad en examen (reg. N° 19/2015 del a quo). El Dr. SOMMER, vocal preopinante, sostuvo que no se llega a la declaración pretendida por la sola referencia a una interpretación histórica del constituyente argentino.

"…En torno a las mayorías referidas por el quejoso, si bien existen ordenamientos que receptan mayor cantidad de votos o incluso la unanimidad del jurado popular para el dictado de un veredicto de culpabilidad válido, lo cierto es que no se ha acreditado que la mayoría necesaria que fuera receptada en el orden local por el legislador resulte contraria a la Constitución Nacional. En tal sentido, dicho margen de dos tercios es similar a lo que se requiere para formar la mayoría en un Tribunal Colegiado de jueces profesionales, por lo que tal precepto legal configura un ejercicio razonable y constitucional de la facultad legislativa en el orden local, que sustenta el rechazo al planteo de inconstitucionalidad deducido…" (reg. N° 19/2015, pág.

9). Agregó que, resultan aplicables a este caso, las consideraciones y solución expuestas en la sentencia N° 128/14 "GONZÁLEZ, JOSÉ SEBASTIÁN S/ HOMICIDIO" de ese Tribunal de Impugnación, respecto a que la pretensión de unanimidad no conlleva la máxima deliberación del jurado y que no puede afirmarse con certeza de que un veredicto mayoritario no haya sido consecuencia de una deliberación seria y profunda; además, lo referente a los recaudos a verificar para la declaración de inconstitucionalidad de una norma siguiendo doctrina que recepciona jurisprudencia; todo ello propiciando el rechazo del agravio de la defensa (cfr. reg. N° 19/2015, págs. 9/11).

2.10) Además, en referencia al argumento histórico expuesto por la Defensa, por un lado, cuando se incorporó el juicio por jurados en nuestra Constitución Nacional ya existían distintos modelos –unanimidad para algunos delitos, distintas mayorías- y el constituyente no optó por uno en particular; por otro lado, no hay que olvidar que el ordenamiento jurídico constitucional –como el resto del sistema- es dinámico, que la voluntad del constituyente originario acorde a una realidad histórica, social, política y jurídica diferente a la actual tiene que ser interpretada conforme a las características actuales del contexto. Además, las provincias se reservaron la facultad de legislar en lo atinente a la normativa procesal por lo que una interpretación sistemática lleva a concluir que la adopción de una determinada mayoría para el dictado de un veredicto de culpabilidad resulta legítima en la medida en que el legislador local, en uso de facultades propias, la eligió entre los distintos modelos existentes como la que más acorde a la idiosincrasia actual de la provincia y ajustada a la normativa constitucional.

2.11) Cabe agregar que, de acuerdo a pacífica doctrina de nuestro Cimero Tribunal Nacional "...no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento, pues las normas procesales y jurisdiccionales son de orden público, especialmente cuando estatuyen acerca de la manera de descubrir y perseguir delitos..." (C.S.J.N., Fallos: 306:2101; 320:1878; 321:1865 y 327:5496, entre otros).

Ello es compatible con el principio de igualdad ante la ley, al respecto, la doctrina expresó que "...sostener que todos los habitantes son iguales ante la ley sólo constituye un principio valioso pero incompleto [...] El derecho, por definición, distingue, crea categorías y dispone clasificaciones [...] La negación de esas diferenciaciones equivaldría tanto como impedir la sanción de normas [...] La doctrina reiterada de la Corte Suprema ha sostenido que la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias...". Con relación a las limitaciones impuestas por razones de política

criminal e incluso encontrándose involucrada la libertad personal, el Máximo Tribunal Nacional admitió que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, siempre que concurran objetivas razones de diferenciación que no sean irrazonables (cfr. GELLI, María Angélica: "CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA. COMENTADA Y CONCORDADA". Tomo I. Ed. La Ley, 4º Ed. Bs. As. 2008, pág. 232 y 255).

2.12) Sumado a todo ello, "…la cuestión de inconstitucionalidad debe plantearse de manera expresa, clara y precisa, en la primera oportunidad que tenga el interesado en el proceso para hacerlo, con arreglo a las circunstancias; esto es, en la primera oportunidad en que ella se suscite o que se pueda prever que se suscitará […] El recurso no es admisible si el interesado ha aceptado, expresa o implícitamente, la aplicación de la ley, decreto, reglamento o resolución que cuestiona…" (NUÑEZ, Ricardo E.: "CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA". Ed. LERNER. 3º Edición. Córdoba. 2007, pág. 607/608).

Atendiendo a las constancias del legajo, el planteo de inconstitucionalidad de la Defensa resulta tardío, dado que tuvo oportunidad de efectuarlo con anterioridad; si bien el agravio concreto surge con el efectivo dictado del veredicto de culpabilidad de los imputados por mayoría, lo cierto es que pudo prever ese resultado ya que su teoría del caso precisamente partía de reconocer una participación de los nombrados en el hecho sometido a juzgamiento del jurado; por ende, encontrándose establecida esa mayoría en el artículo 207 del C.P.P.N. tendría que haber planteado la pretendida inconstitucionalidad en el primer momento, esto es, al determinarse la competencia del jurado popular, por ende, reitero el cuestionamiento devino tardío.

2.13) En cuanto a lo alegado por la Defensa respecto a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tendrá que expedirse respecto a las facultades del Congreso y de las provincias sobre la materia en estudio, ello excede la competencia de este Tribunal Superior, llamado a resolver la cuestión a la luz de la normativa, doctrina y jurisprudencia actuales, y atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

En tales condiciones, analizada la cuestión, estimo que la mentada norma supera el test de constitucionalidad.

3) En relación al agravio asociado a la motivación, en el sentido de que no sería –en opinión del impugnante- adecuada o suficiente sino aparente; no comparto lo expuesto por la Defensa.

3.1) Ello por cuanto, en esta materia, consolidada doctrina sostiene que "…se debe distinguir […] la falta de motivación, de la "simple insuficiencia de motivación", que no deja a la resolución privada de fundamentos eficaces. La ley manda que la sentencia sea motivada, pero el pronunciamiento es fulminado con nulidad, únicamente cuando falta la motivación, no cuando ella es sólo imperfecta, o defectuosa. Tampoco la anula un error no esencial. En este sentido, no se debe confundir la ausencia o insuficiencia de motivación con el error en los motivos, que no entraña su nulidad cuando carece de entidad decisiva, como cuando se trata de un error intrascendente y secundario [...] o cuando se sostiene que la motivación es errónea o equivocada o "defectuosa y poco convincente". Como no la afecta tampoco el hecho de que sea breve y aun brevísima o escueta, siempre que sea eficaz..." (DE LA RÚA, Fernando: "LA CASACIÓN PENAL". Ed. Depalma. 1994. En Abeledo Perrot On Line Nº 5301/00085199).3.2) De la lectura del resolutorio en examen (registro N° 19/2015), advierto que se dio respuesta a los agravios de la Defensa, pudiendo colegir que, en realidad, se trató de una mera disconformidad de esa parte con los fundamentos dados por el a quo; por lo que desde ya descarto un supuesto déficit en la motivación.

3.3) En este punto, conviene destacar que las Defensas de CAHUIMPAN y HERNÁNDEZ –oficiales y particular, cada una en su oportunidad-, nunca desconocieron la participación de los nombrados en la "agresión" a la víctima, desde la presentación del alegato de apertura ante el jurado popular (cfr. reg. de audio video del 07/10/14, Parte 2 10:48/11:05, 11:53/12:25, 12:32/14:10 –Dr. CRESPO- y 18:30/18:43, 20:47/21:00 –Dr. ARECO-) hasta la audiencia celebrada en esta instancia (cfr. reg. de audio y acta de audiencia del 16/06/15, Dr. MENDAÑA); lo cuestionado giraba en torno al grado de dicha participación y la calificación legal que correspondía.

Es decir, que el jurado partió de esa información dada por los Defensores Oficiales en sus respectivos alegatos de apertura -la intervención de los dos imputados en el hecho-. El Dr. CRESPO explicó a los integrantes del jurado con detalle y en un lenguaje claro su hipótesis fáctica y su teoría legal –lesiones calificadas por el resultado muerte-, les dijo

que al momento de presenciar la producción de la prueba pusieran atención en quien fue el autor del único golpe fatal y si se demostrara esto, qué sanción sería la más justa (cfr. reg. de audio video del 07/10/14, Parte 2, 09:55/22:20).
En ese contexto, se puede inferir que los integrantes del jurado al escuchar las declaraciones de los testigos presenciales, efectivamente centraron su atención en cuál fue la conducta de cada imputado, la cantidad y calidad de golpes propinados, como así también, que tuvieron en cuenta los testimonios de los médicos y del perito forense tal como se lo sugirió la Defensa Oficial.
Además, en las instrucciones finales y previas a la deliberación, se reiteró que tenían que analizar la totalidad de la prueba, la conducta de cada imputado por separado, en su caso, el aporte realizado por cada uno, que el veredicto podía ser distinto para cada imputado, que si consideraban que era/n responsable/s, se les dijo que, verificaran si correspondía la responsabilidad por homicidio simple y en caso de descartarla, que consideraran si correspondía por lesiones calificadas por el resultado muerte –con la explicación clara de cada extremo-; por lo que cuando el jurado deliberó, en este caso, tenía un adecuado conocimiento sobre los puntos a tener en cuenta y del alcance de su decisión, con todo ello, se pronunció por un veredicto de culpabilidad respecto a ambos imputados, en calidad de coautores del delito de homicidio simple (cfr. reg. de audio del 09/10/14, Parte 5, 03:48/28:18).
3.4) En cuanto al resolutorio aquí impugnado, del voto del Dr. SOMMER –magistrado preopinante- surge que se dio respuesta al planteo vinculado con el veredicto de culpabilidad, se descartó que fuera irrazonable conforme a la valoración en conjunto de la prueba producida en el juicio, la que permitió superar el estándar de la duda razonable; como así también, se analizaron y rechazaron los restantes agravios formulados ante esa instancia (reg. N° 19/2015, págs. 11/30).
Así, a partir de la descripción del hecho atribuido a HERNÁNDEZ y CAHUIMPAN (págs. 11/12) y teniendo en cuenta las instrucciones dadas al jurado, entre las cuales se explicó el alcance de la "duda razonable" a superar para la declaración de culpabilidad (págs. 12/13), se sostuvo que correspondía efectuar una revisión amplia para analizar si existían o no presuntas insuficiencias y/o contradicciones entre los elementos probatorios (págs. 13/16).
Tras lo cual, el magistrado mencionado advirtió que, "…luego de revisar las circunstancias que fueran expresamente señaladas por el recurrente y observar la videofilmación de la totalidad de las declaraciones prestadas por los profesionales médicos intervinientes, el impugnante ha omitido exhibir en la audiencia de impugnación pasajes relevantes de los mismos…" (pág. 16). A partir de ello, reseñó lo pertinente de cada declaración con mención del video, minuto y fecha correspondiente a cada una (pág. 16/17). Para concluir que la presunta "…arbitrariedad del veredicto de culpabilidad y la contradicción entre la prueba testimonial de cargo y la prueba pericial rendida, no es tal…"; como así que se superó el estándar de duda razonable, el que "…ha sido debidamente explicado y objetivado al jurado en las instrucciones generales referidas a la valoración de la prueba…" (pág. 17), aclarando que "…la debida revisión integral y amplia del universo (de hechos, derecho y prueba) emergente del debate desarrollado en un juicio por jurados, se debe realizar con prudencia y bajo la premisa que el juez de los hechos es el jurado popular designado…" (pág. 17).
Asimismo, dio respuesta a los planteos asociados al grado de participación de los nombrados en el hecho atribuido y a la calificación legal –homicidio simple o lesiones agravadas por el resultado muerte-; para ello, refirió a las instrucciones que se dieron en torno a tales extremos y que sólo pueden ser descalificadas cuando padecen de un error o imprecisión relevante, sustancial, es decir, de tal entidad que condicionen el veredicto, citando doctrina en apoyo de su criterio. Sostuvo que "…no se han cuestionado con antelación las instrucciones en la audiencia privada celebrada […] pero tampoco se ha acreditado la existencia de un error en las instrucciones que haya condicionado el veredicto hacia la culpabilidad de los recurrentes…"; no obstante, procedió a analizar la cuestión, transcribió las instrucciones particulares y la ley aplicable al caso que fuera explicada por el juez profesional (cfr. págs. 18/19), citó antecedentes de similares características, para concluir que tras "…ponderar las instrucciones particulares impartidas en el presente legajo, no advirtió la existencia de un error del juez de juicio sino que …se explicaron al Jurado Popular los conceptos legales aplicables, los requisitos del dolo del delito de homicidio simple, y en subsidio, los requisitos del delito menor de lesiones agravadas por el resultado muerte...", por lo que aun cuando no fueron cuestionadas oportunamente cómo

fueron dadas las instrucciones, al entrar igualmente en el análisis de la cuestión, "…no se acredita el invocado error en las instrucciones impartidas…" (págs. 19/24). Agregó que "…durante el juicio no ha habido por parte del juez un rechazo a pedidos de las defensas, ni tampoco el juez ha hecho algún juicio de credibilidad sobre la teoría del caso de la defensa para no impartir alguna instrucción propuesta. Por el contrario, no solo no ha habido por el magistrado alguna suerte de usurpación de funciones del jurado, sino que tampoco se advierte que las instrucciones se presentan equívocas o erróneas…" (pág. 24), citó doctrina sobre las instrucciones respecto a delitos menores incluidos en el delito principal imputado por la acusación (págs. 24/25).

Agregó que "…el juez técnico ha instruido al jurado popular sobre la propuesta alternativa para una correcta determinación de los hechos según las pruebas. En tal labor, el Jurado Popular ha decidido por la hipótesis que presentaran las partes acusadoras luego de tener conocimiento de la propuesta alternativa, por lo que en base a correctas instrucciones han conocido el derecho aplicable y a la posibilidad de optar por un delito menor contenido en la acusación como son las lesiones agravadas por el resultado muerte. En relación a la explicación de tal delito, se ha ilustrado al jurado popular en orden a que dicho delito 'es el supuesto de quien provoca una muerte cuando sólo quiso causar lesiones, Aquí la intención es causar lesiones utilizando un medio que razonablemente no debía causar la muerte´, lo que cumple con los recaudos exigidos por el tipo penal…" (pág. 25).

3.5) En torno a las supuestas contradicciones entre las declaraciones de los testigos presenciales y las de los profesionales médicos, las consideraciones efectuadas por el a quo encuentran respaldo en las audiencias del debate (cfr. reg. audio video del 07/10/14 Parte 4, 05:37/11:17, 13:54/15:15, 15:31/16:13, 27:19/28:23 –médico Andrés SANDOVAL del Hospital de Villa La Angostura-; Parte 5, 14:48/19:28, 19:55/21:30 -Martín SOSA FRÍAS, médico terapista, Jefe de la terapia intensiva del Hospital Privado de Bariloche-; Parte 6, 03:05/04:07, 04:26/06:17 -Juan Manuel PIÑERO, médico legista del Poder Judicial de la provincia de Río Negro-; audio video del 08/10/14, Parte 2, 03:20/34:24 -Héctor ESPINDOLA-, 37:21/01:15:00 -Adolfo AMARILLA-, Parte 3, 02:44/11:32 -Mariano JARA-,19:00/36:18 -Ernesto CHABOL-, 44:42/49:01 -Calixto HECUYAO-).

La Defensa alegó que no se estableció con precisión la cantidad de golpes y quién fue el autor del golpe fatal; a partir de los audio videos del debate surge que todos los testimonios de los testigos presenciales son coherentes, contundentes y coincidentes entre sí, lo relevante es que dan cuenta de que ambos imputados propinaron golpes a la víctima, en este punto, más que la cantidad de golpes –que encuentra explicación en la cantidad de ropa, en la temperatura, en la evolución del paciente, etc.- la cuestión radica en su capacidad para producir el desenlace fatal y en este caso, ello se verifica.

Precisamente, los expertos –prueba científica en que la Defensa pone el acento- dieron cuenta del origen traumático (cfr. reg. audio video del 07/10/15, Parte 5, 19:55/21:30) del hematoma subdural que presentaba la víctima y que le causara la muerte. Así el médico SOSA FRÍAS dijo que los hematomas subdurales en el 90% de los casos son traumáticos, no hay otras explicaciones que no sea un traumatismo para esos hematomas (cfr. reg. audio video del 07/10/14, Parte 5, 14:48/19:28, 19:55/21:30). En el caso, el perito forense determinó que la causa de la muerte de la víctima fue respecto a un traumatismo de cráneo, técnicamente, dijo que fue un enclavamiento cerebral secundario a un traumatismo de cráneo, que se denomina así al cese de las funciones cerebrales por la invasión de sangre cuando hay un traumatismo muy fuerte (cfr. reg. audio video del 07/10/14, Parte 6, 3:30/04:07).

Atendiendo a toda la prueba producida, según los dichos coincidentes de todos los testigos, BARRIA fue visto caminando de modo rápido en el momento inmediato previo al hecho y a partir del mismo, aproximadamente una hora después, tuvo que ser derivado a un Hospital de mayor complejidad donde murió; en tal escenario, estimo que resulta lógico que lo sucedido en este caso encuadre en el 90% de probabilidades mencionadas por el galeno, esto es, el origen traumático del hematoma subdural –golpes en la cabeza-, es decir, que el accionar de los imputados generó un riesgo no permitido que, muy poco tiempo después, se concretó en la muerte de la víctima. Además, los nombrados actuaron conociendo su mayor poder ofensivo –eran dos contra uno- y pudiendo prever las consecuencias de impactar en la cabeza de la víctima a lo que fueron indiferentes, dejando a BARRIA tirado en el piso, ya que fue asistido por los médicos ante el pedido de auxilio de uno de los testigos presenciales (cfr. audio videos del 08/07/14).

3.6) En ese orden de ideas, las consideraciones efectuadas por el a quo, permiten advertir que existe una respuesta razonada y lógica a cada uno de los planteos de la parte impugnante a partir del cotejo de lo actuado en el debate, y que además, no se trata de una postura solitaria sino que siguió los lineamientos de reconocida doctrina en la temática; lo que permite descartar un supuesto de arbitrariedad de sentencia.

Por todo lo expuesto, estimo que correspondía la intervención del jurado popular en este caso, que el juzgamiento fue respetuoso del debido proceso y que el resolutorio del a quo fue debidamente motivado, a partir de una revisión amplia de las constancias y actuaciones concretas del legajo, dando una respuesta razonada y lógica a todos los agravios planteados, lo que permite concluir que se trata de un acto jurisdiccional válido.

Creo así haber fundado las razones por las cuales la impugnación extraordinaria debe ser declarada improcedente. Mi voto.

La Dra. Lelia Graciela MARTÍNEZ dijo: por compartir sus fundamentos, adhiero al voto del vocal preopinante a esta segunda cuestión. Mi voto.

A la tercera cuestión, el Dr. Evaldo Darío MOYA dijo: Atento al modo en que resolviera la cuestión precedente, el tratamiento de la presente, deviene abstracto. Tal es mi voto.

La Dra. Lelia Graciela MARTÍNEZ dijo: adhiero a la solución que propone el Dr. Evaldo D. Moya a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, el Dr. Evaldo Darío MOYA dijo: Atento a la solución arribada en el presente y no existiendo particularidades propias del caso que permitan apartarse de la regla, corresponde la imposición de costas a la parte recurrente (artículo 268, segundo párrafo, del C.P.P.N.). Mi voto.

La Dra. Lelia Graciela MARTÍNEZ 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 estrictamente formal la impugnación extraordinaria deducida por el Dr. Ricardo J. MENDAÑA, Defensor particular, a favor de Nahuel Ángel HERNÁNDEZ y Andrés CAHUIMPAN, contra la resolución N° 19/2015 del Tribunal de Impugnación, de fecha 01/04/15 (Legajo MPFJU N° 11348/2014). II.- RECHAZAR la impugnación antedicha por no verificarse los agravios que allí se exponen. III.- CON COSTAS a la parte recurrente (artículo 268, segundo párrafo, del C.P.P.N.). IV.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. EVALDO DARÍO MOYA - Dra. LELIA GRACIELA MARTÍNEZ

Dr. Jorge Eduardo Almeida - Subsecretario

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

**"J. O. S/ ABUSO SEXUAL (IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA)"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 65/2015) – Acuerdo: 28/15 – Fecha: 14/08/2015

DERECHO PROCESAL: PRUEBA

VALORACION DE LA PRUEBA. PERITO PSICOLOGO. DICTAMEN. RECHAZO DEL DICTAMEN. FUNDAMENTACION. SENTENCIA ARBITRARIA.

1.- Es arbitraria la sentencia examinada, por fundamentación omisiva, desde que el A-quo prescindió de prueba dirimente que se colectó en el juicio; en especial, la

declaración del psicólogo forense, Lic. Pablo Colazo, quien se expidió por la veracidad de los dichos de las menores denunciantes y por la existencia de una sintomatología acorde con el padecimiento de este tipo de delitos.

2.- El Tribunal de Impugnación, no solo se apartó de la prueba colectada en la causa y valorada en primera instancia, sino principalmente de la opinión del experto considerando que su parecer sobre la verosimilitud de los testimonios no se diferenciaba mucho de lo que podría decir "la tía Clarita"; omitiendo claramente exponer argumentos serios para arribar a dicha solución. Le restó valor al material probatorio sin efectuar una crítica razonada a su respecto, conforme manda el art. 22 (sic) [art. 21] CPPN que dispone que: "… Los jueces formarán su convicción de la valoración conjunta y armónica de toda la prueba producida, explicando con argumentos de carácter objetivo su decisión"

3.- […] El Cuerpo tuvo oportunidad de fijar criterio, afirmando que: "'(…) la opinión del perito no obliga al magistrado, quien es libre para aceptar o rechazar total o parcialmente el dictamen. Pero para hacerlo debe fundamentar su aceptación o su rechazo (…)" (Cfr. Cafferata Nores, José Ignacio, "La prueba en el proceso penal", Ed. Depalma, Bs. As., 1994, pág. 77)'" (Cfr. R.I. n° 07/98, "MUÑOZ, Fernando Ariel s/ Homicidio Simple, Lesiones Leves Calificadas y Lesiones Leves, todos en Concurso Real entre sí", rta. El 13/02/98, pudiendo consultarse, en ese mismo sentido, los Acuerdos n° 12/02 y n° 14/06, así como también la R.I. n° 132/07).

4.- Corresponde declarar la nulidad de la sentencia dictada por la Sala del Tribunal de Impugnación (Arts. 98, 247 en función del 249 del C.P.P.N.); y reenviar el legajo al Tribunal de Impugnación para que, con una nueva integración, y, previa audiencia designada al efecto, dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho (Arts. 193, último párrafo y 194, inc. 4, del C.P.P.N.).

**Texto completo:**

ACUERDO N° 28/2015: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los catorce (14) días del mes de agosto del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores LELIA GRACIELA MARTÍNEZ y EVALDO DARIO MOYA, con la intervención del señor Subsecretario de la Secretaría Penal, Dr. JORGE EDUARDO ALMEIDA, para dictar sentencia en los autos caratulados "J. O. S/ ABUSO SEXUAL (IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA)" Expte. Nro. 65 año 2015 del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: Que por sentencia n° 29/15, dictada el día 19 de mayo de 2015, por la Sala del Tribunal de Impugnación integrada por los señores Jueces Dres. Liliana Deiub, Andrés Repetto y Mario Rodríguez Gómez, se resolvió, en lo que aquí interesa: "(…) I.- DECLARAR ADMISIBLES los recursos de impugnación presentados por la Defensa y la Defensoría Integral de los Derechos del Niño y Adolescente (art. 236 y 242 del C.P.P. y C.). II.- REVOCAR la condena dictada por el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Beatriz Martínez; Leandro Nieves y Alejandro Cabral el día 13 de agosto de 2014 (art. 246 del C.P.P.). III.- DECLARAR la ABSOLUCIÓN de A. O. J. (art. 2 y 246 última parte del C.P.P.) (…)".

Cabe aclarar que el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Beatriz Martínez; Leandro Nieves y Alejandro Cabral, mediante sentencia de fecha 13/08/14 declaró a A. O. J. autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple continuado y reiterado (3 hechos), por haber sido cometido en perjuicio de tres menores distintas, N.A.K., D.V.S.M. y M.A.V., agravado por su condición de educador, en concurso real entre sí (Arts. 119, primer y quinto párrafo, en función del cuarto párrafo inc. B) y 55 del C.P.); absolviéndolo respecto de los hechos atribuidos en perjuicio de las menores A.M.; F.R.; J.P. y P.C. Por sentencia de fecha 17/12/14, el mismo Tribunal, a instancia de la determinación judicial de la pena, condenó a J. a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional.

Ante ello, recurrió la Defensa Particular del imputado y la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente de la III Circunscripción Judicial toda vez que había solicitado la pena de nueve (9) años de prisión.

Ahora bien, en contra de la decisión del Tribunal de Impugnación, deducen impugnación extraordinaria el señor Fiscal del caso de la Unidad Fiscal única de la III Circunscripción, Dr. Marcelo Alberto Jofré; la Dra. Paula Castro Liptak, Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente de la III Circunscripción, y el Dr. Julián Álvarez en representación de la víctima N.A.K.

El Dr. Jofré, a través de su escrito, expresa que la sentencia del Tribunal de Impugnación que recurre, resulta arbitraria en los términos establecidos por la C.S.J.N., como causal de procedencia del recurso extraordinario federal estipulado en el Art. 14 de la Ley 48, que configura el motivo previsto en el Art. 248, inc. 2, del C.P.P.

Alega absurda apreciación de las pruebas recibidas en el juicio, de conformidad con lo previsto en el Art. 237 del C.P.P.N.

Denuncia que el Tribunal de Impugnación se limitó a hacer un juicio sobre los hechos ya analizados por otro Tribunal colegiado, que escuchó y merituó la prueba producida sobre la que se pronunció.

En el caso de que se le permita al Tribunal revisor valorar la prueba generada en el juicio en el que no participó, la decisión atacada omitió efectuar una ponderación armónica, integral, pasando por alto los testimonios de las niñas, expresando solo la falta de definición del rol que cumplió el Lic. Pablo Colazo, profesional que asistió a las menores. Erróneamente se agregó que las conclusiones del psicólogo fueron esenciales para decidir la suerte de Jara, sin considerar las manifestaciones claras y concretas de las víctimas.

El profesional mencionado concluyó que el relato de las niñas era creíble y verosímil, sin advertir indicadores de mendacidad o fabulación.

Señala que el Dr. Mario Rodríguez Gómez, vocal preopinante a cuyo voto adhirió la Dra. Liliana Deiub, entendió que al relato de las menores le faltó algo, en alusión al nivel de trauma producido (agravantes) y así su recuperación, añadiendo como elemento del tipo penal del Art. 119 del C.P. la existencia de daño para acreditar la existencia de abuso sexual. Al respecto, en la sentencia se subrayó el caso de la menor N.A.K. quien supuestamente fue nombrada abanderada, -circunstancia alegada por la Defensa y dada por cierta por el Tribunal sin acreditación alguna- lo que llevó a la mayoría a suponer que los abusos no sucedieron.

Si bien la opinión del profesional no es vinculante, no resulta coherente con la naturaleza del discurso judicial actual apartarse de él sin motivo firme y claro. "La total exclusión del valor probatorio del testimonio de las niñas a partir del ataque al Lic. Colazo viola elementales reglas sobre la ponderación del testimonio".

Destaca que la charla sobre educación sexual dada por la maestra L. B., en lugar de tomarla como un mecanismo de defensa dado a las menores víctimas de abuso sexual, fue apreciada en su contra, en beneficio del imputado, al sostener que las acusaciones se produjeron solo en el grado donde se dictó la mencionada clase y no en las cuatro divisiones a cargo del imputado.

Tampoco resulta razonable exigir, para determinar que el relato es real, a quien vivió situaciones traumáticas el recuerdo de circunstancias y/o detalles que por mecanismos inconscientes de preservación caen en el olvido, por ser natural la negación de tales sucesos del pasado.

Denuncia que la motivación no cumple con las leyes que presiden el entendimiento humano al no existir correlación y concordancia entre la afirmación y la conclusión arribada como así también por incumplimiento del principio de razón suficiente.

Por último, en torno a la inspección ocular solicitada por la Defensa, realizada en el gabinete de música, expresa que no se consignó siquiera en forma estimada la dimensión de las dependencias internas, tampoco se analizó la planimetría que se acompañó en la investigación, ni la recreación efectuada en juicio a pedido de la Fiscalía y consentida por la Defensa con el perito Roldán, en donde claramente se demostró que dos personas de estatura más grande que el imputado y la niña cómodamente ingresan en el lugar.

Cita doctrina en aval de su postura. Hace reserva federal del caso.

La Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, sostiene en su escrito que su recurso se aloja en el Art. 248, incs. 2 y 3, del C.P.P., en razón de que la decisión adoptada causa gravamen irreparable a las víctimas, resulta arbitraria, vulnera el derecho a una tutela judicial efectiva y es contraria a doctrina sentada en fallo anterior por el mismo Tribunal.

Afirma que el Tribunal de Impugnación, por mayoría, omitió valorar los elementos brindados por las niñas víctimas en sus declaraciones, asimilando y confundiendo sus testimonios con la validación efectuada por el Lic. Colazo sobre su credibilidad; desconociendo, de esta manera, el derecho de las víctimas de abuso sexual a ser oídas.

Resalta que, más allá de las conclusiones del experto en psicología sobre la credibilidad de los relatos, los mismos, por sí solos, son válidos para enervar el derecho de la presunción de inocencia de J.. Al respecto, cita el fallo "Hermosilla, José Luis s/ Homicidio (Impugnación extraordinaria)" resuelto el 04/12/14 por el T.S.J.

Recuerda que oportunamente se cuestionó la sentencia del Tribunal de Juicio en cuanto absolvió al imputado por los hechos denunciados por las menores A.M., F.R., J.P., y P.C., ya que, a pesar de la precisión en cuanto a los hechos y circunstancias de modo y lugar, el a quo solo analizó los criterios de validación del Lic. Colazo, efectuados en Cámara Gesell.

"Sin perjuicio (…) que los argumentos del recurso oportunamente impetrado contra la Sentencia dictada por el Tribunal de Juicio diferencian completamente de las cuestiones planteadas por el Defensor particular del victimario; el Tribunal de Impugnación decidió no tratar el recurso articulado por esta querella, se limitó a declararlo abstracto en función de la arbitraria valoración efectuada respecto de la validación de los testimonios de las niñas.

Jamás advirtió que lo que se cuestionaba era el descarte de responsabilidad de los hechos sufridos por la niña (…) [J.P.] y (…) [A.M.] porque las mismas sufrieron otro abuso sexual".

Al deducir el Tribunal de Impugnación que no existió daño o bien que fue rápidamente superado por las víctimas, incorporó un nuevo elemento a la figura del tipo penal del Art. 119.

Remarca que los factores que agravan o atenúan la pena debieron ser valorados en forma amplia, de acuerdo a las representaciones morales de las víctimas, analizándose la magnitud y cualidad del daño causado.

"No se analizó, conforme había sido peticionado por esta parte en el libelo recursivo, que las víctimas viven en un lugar pequeño y como consecuencia del hecho acontecido y luego de la denuncia sintieron 'vergüenza' y que 'algo habrán hecho' además por la presencia del victimario las niñas sienten que 'no pueden salir de sus casas', que 'tienen miedo'". Las circunstancias descriptas fueron acreditadas en la causa. El Tribunal revisor no consideró lo expresado por la Lic. Marina Luque del Hospital de Las Lajas quien en el juicio de cesura y al ser interrogada sobre el daño sufrido sostuvo que la niña M.A.V. se resistía a hablar del tema, no quería ir a la escuela, no confía en los adultos, siente asco. En sentido similar se expidió la Lic. Guras.

Señala que ante el trauma producido por el abuso sexual infantil, cada individuo reacciona con la estructura de personalidad y mecanismos de defensa o adaptativos disponibles atento su modalidad conductual.

Alega que erróneamente se generalizaron los hechos denunciados, mudándolos a un lugar en el que no acontecieron, dado que en el gabinete de música solo se produjo un hecho de los diez imputados a J., el denunciado por M.A.V.

Por otra parte, contrariamente a lo invocado por el Tribunal de Impugnación, justamente las dimensiones reducidas de dicho espacio son las que facilitaron el contacto abusivo. Los demás hechos ocurrieron en las aulas de la Escuela Primaria Nro. 170 de Las Lajas.

Finalmente, el pronunciamiento del Tribunal de Impugnación es contradictorio con doctrina sentada por el mismo Tribunal en causa "T., M. A. s/ Abuso sexual gravemente ultrajante" (Leg. MPF 11564/14) y con doctrina del Tribunal Superior de Justicia ("Hermosilla, José Luis s/ Homicidio (Impugnación extraordinaria)" resuelta el 04/12/14).
Hace reserva de recurso extraordinario federal.
Los Dres. Julián A. Álvarez y Pedro Arce, por la participación conferida como querellantes por la víctima N.A.K. censuran el fallo del Tribunal de Impugnación por arbitrariedad, contradicción, falta de logicidad, fundado en prueba inexistente y dictado excediendo la competencia propia del recurso que debía resolverse ya que sin conocimiento directo ni indirecto de la prueba producida, ni de los antecedentes del juicio realizado, se formularon críticas y afirmaciones que no guardan relación con los hechos y prueba mencionados.
Consideran que el Tribunal de Impugnación no podía asumir la posición de la Defensa, en torno a que el relato de las víctimas en Cámara Gesell es casi calcado toda vez que dicha prueba no fue incorporada a la impugnación.
Por su parte, la afirmación de la Defensa Particular de J. respecto a que la alumna A.N.K. fue abanderada es falsa. No obstante, el Tribunal revisor, sin prueba alguna que avale dicho extremo, lo consideró para rechazar la existencia de daño en la menor.
Atinente al gabinete de música, las partes acusadoras aportaron prueba científica y concreta tales como fotografías, informe técnico de personal policial idóneo y afirmaciones de testigos, sin perjuicio de los dichos de la propia víctima, por lo que las apreciaciones del Tribunal de Impugnación no traducen más que una mera discrepancia con la valoración del a quo.
Señalan que el pronunciamiento atacado utilizó todos los argumentos en forma genérica para descalificar, incluso la condena dispuesta en torno a las restantes menores víctimas. En tal sentido "(…) considerar improbado uno de los hechos sufridos por una de las víctimas (…) de ningún modo puede llevar a descalificar la prueba en general respecto d todos los demás hechos de esa víctima y por añadidura de todas las demás".
Asimismo, si el Tribunal hubiese escuchado e interrogado a la maestra Bertoni –como lo hizo el a quo-, podría haber llegado a conocer de qué modo los niños de una pequeña comunidad del interior de la provincia reaccionaron contra lo que les ofendía al advertir sus características, origen e impulsos de una persona mayor y jerárquicamente superior que les desagradaba, a cuyas clases se resistían a asistir, sin haber podido expresar hasta entonces su desagrado y repulsión. Fue efectivamente una charla sobre cómo cuidar y proteger el propio cuerpo el disparador de las denuncias.
En efecto, el Tribunal, por mayoría, asumió los argumentos de la Defensa como propios sobre prueba que no le fue presentada ni le incumbía. En tal sentido, asiste razón al voto disidente del Dr. Repetto cuando desnuda que la crítica a la sentencia revocada invadió esferas que le son ajenas, tanto a su conocimiento como al ámbito de su competencia.
El fallo cuestionado también desconoció la prueba que demostraba la sanción social y escolar sufrida por las denunciantes –dado por probado en la sentencia original-, pretendiendo que ello no podía atribuirse a J..
Agregan que la falta de ciertos daños determinados no necesariamente conlleva a la inexistencia de los abusos, como tampoco podrían dar certeza absoluta de su origen o causa. La extensión del daño fue discutida en lo atinente a la pena aplicable, no en relación con la existencia del hecho.
Además, el decisorio puesto en crisis incurrió en contradicción manifiesta al admitir como posibilidad que el daño haya sido 'rápidamente superado'; pues si fue superado, existió.
Advierten ejercicio abusivo de las facultades de revisión dado que en ningún momento se impugnó el juicio, solamente la sentencia. "Por lo tanto, revisar la sentencia por contradictoria, no habilita hacerlo fundándose en la prueba y análisis de las argumentaciones del juicio, pues inevitablemente incurrirá en (…) abuso (…)".
El Lic. Colazo fue cuestionado única y exclusivamente por la Defensa. El planteo consistió en la cantidad de indicadores utilizados y considerados suficientes para otorgar credibilidad individual a cada testimonio de las víctimas.
Los jueces debieron darle crédito a todas las declaraciones por su coincidencia y claridad y no atenerse solamente a las que individualmente respaldó el experto en psicología. La sentencia recurrida no hizo más que descartar la pericial, lisa y llanamente, suplantándola con las afirmaciones de dos de los Magistrados en lo relativo a una ciencia en la que no son competentes.

Citan doctrina y jurisprudencia que hacen a su petición. Efectúan reserva del caso federal.

II.- Por aplicación de lo dispuesto en los Arts. 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus respectivas argumentaciones sobre la materia debatida (Cfr. acta de audiencia).

El Dr. Marcelo Alberto Jofré, representante del Ministerio Público Fiscal hizo referencia a la admisibilidad objetiva y subjetiva del recurso. Luego de una breve reseña de los antecedentes de la causa, alegó que la sentencia cuestionada resulta arbitraria, por la función que debe cumplir el Tribunal de Impugnación al analizar prueba de forma absurda para revocar, por mayoría, a instancia de un recurso interpuesto por la Defensa, la condena dictada por el Tribunal de Juicio y, en consecuencia, absolver a J.. Para ello, los miembros del Tribunal analizaron toda la prueba. La argumentación para determinar el beneficio de la duda se centró en examinar la labor del perito psicólogo –Lic. Colazo- afirmando que es la única prueba que el Ministerio Fiscal tuvo al momento de presentar el caso. Para fundar su postura los Jueces citaron jurisprudencia extranjera pasando por alto la local –Fallo "TORRES" del T.S.J.-. También se basó en la inexistencia de daño o en la rápida superación del mismo, invocando la errónea circunstancia de que una de las víctimas resultó abanderada a fin de año. En cuanto al Gabinete de Música, al llevarse a cabo la inspección ocular del mismo, se sostuvo que los hechos no pudieron haber ocurrido allí atento el reducido tamaño y el ruido que genera al ser de chapa, sin tener en cuenta que se denunció un solo episodio sucedido allí y no varios como se afirmara en el decisorio. Durante el juicio la Fiscalía presentó planimetría del lugar, demostrando, mediante representación, que dos personas entraban en el habitáculo. Solicitó se revoque el fallo atacado.

Por su parte, la Dra. Paula Castro Liptak, Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, en primer lugar, se refirió a la admisibilidad de la impugnación presentada. Denunció que la sentencia es arbitraria, causa gravamen irreparable, contraria a la doctrina dictada por el mismo Tribunal que la dictó y por sobre todo, ha excedido los límites de la razonabilidad en tanto los miembros del Tribunal, a diferencia del Dr. Repetto que votó en disidencia, excedieron las facultades previstas para dicho órgano impugnatorio. Reseñó los hechos. Señaló que el fallo pretendió reeditar un nuevo juicio desconociendo el testimonio de las niñas víctimas dados en Cámara Gesell. Se vulneró el derecho de las víctimas de ser oídas sosteniéndose que el testimonio por sí solo no basta para desvirtuar que los hechos hayan sucedido dentro del Gabinete de Música. Durante el juicio se reprodujo la planimetría, acreditándose que dos personas de contextura robusta –uno de ellas el señor Fiscal- entraban ajustados en el lugar. Justamente lo reducido del espacio fue lo que permitió el hecho, el tocamiento. Otro agravio es la generalización que efectuó el Tribunal de Impugnación porque de todos los hechos denunciados, solo uno se cometió allí, el de la niña A.V. Por otra parte, lo resuelto es contrario, y afecta la seguridad jurídica en tanto en los precedentes TRINCIANTE Y HERMOSILLA se ha dicho que con el solo testimonio de las víctimas se puede desvirtuar el principio de duda. Además de lo dicho, al condenar el Tribunal de Juicio solo por tres de la totalidad de los hechos denunciados, la querella oportunamente interpuso recurso de impugnación por los restantes, por los que no habían sido condenados y por el monto de la pena, no obstante, el Tribunal de Impugnación omitió tratar el recurso presentado bajo el arbitrario entendimiento de que se había tornado abstracto atento lo resuelto. Peticionó se revoque el decisorio.

El Dr. Julián A. Álvarez, en representación de la víctima A.N.K., adhirió a la descripción de la admisibilidad formal efectuada por las partes que lo han precedido. Citó Fallos de la C.S.J.N. en apoyo de su postura. La arbitrariedad deviene al descalificar el Tribunal de Impugnación la sentencia de grado analizando prueba que no tuvo en su poder, las Cámaras Gesell de las menores no fueron ofrecidas como prueba. De la misma manera, se descartó la pericial del Lic. Colazo sin fundamentos técnicos. En síntesis, el Tribunal resolvió analizando prueba que no vio, no escuchó, que no le fue propuesta, solo así pudo descalificar la sentencia dictada en primera instancia. Aludió a la existencia de daño acreditado en la sentencia de juicio y desechada por el Tribunal de Impugnación como así también al hecho de que la niña A.N.K., a quien representa, no fue abanderada como alegó el Defensor al fundar su recurso de impugnación y que el Tribunal revisor tomó como cierto sin prueba alguna que lo avale. Solicitó se revoque el fallo del Tribunal de Impugnación.

Otorgada la última palabra a la Defensa del imputado J., los Dres. Bortolatto, sostuvieron que no fue antojadizo que el Tribunal de Impugnación dejara sin efecto la condena, máxime en un hecho tan grave como el debatido. Se

expidieron en torno a la admisibilidad de los recursos deducidos. Consideraron que el análisis que debe hacerse en esta instancia es jurídico, no una revalorización de la prueba. Los únicos elementos probatorios que tuvo el Tribunal de Juicio para condenar fueron los dichos de las víctimas. Presuntamente eran 12, terminaron condenando a J. solo por tres. De esos tres, el puntaje asignado por el Lic. Colazo atento los criterios de validación fue de 6, 7 y 8 sobre 19. En primera instancia no hubo ningún elemento objetivo más que la presión mediática para la condena. Solicitaron se rechacen de plano las impugnaciones.

En este contexto, la causa queda en condiciones de ser resuelta.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Evaldo D. Moya y Dra. Lelia Graciela Martínez.

Cumplido el procedimiento previsto en el Art. 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes CUESTIONES: 1°) ¿Son formalmente admisibles las impugnaciones extraordinarias interpuestas?; 2°) ¿Es procedente cada una de las mismas?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión el Dr. EVALDO D. MOYA, dijo:

a) Los escritos fueron presentados en término, por parte legitimada para ello, ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, revistiendo el mismo el carácter de sentencia definitiva (Arts. 239, 242, primer párrafo, y 248 del C.P.P.N.).

b) Además, las impugnaciones resultan autosuficientes porque de sus lecturas se hace posible conocer cómo se configuran -a juicio de los recurrentes- los motivos de impugnación extraordinaria aducidos y la solución final que proponen.

c) Por último, los agravios enunciados –del modo en que han sido presentados y con total abstracción sobre la respuesta que merece el fondo del asunto- resultan captables dentro del supuesto previsto en el Art. 248, inciso 2°, del C.P.P.N. Ello así pues, si bien las cuestiones de hecho y prueba o de derecho común son ajenas a la vía extraordinaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (y por consiguiente no cuadran en la norma local referida en el párrafo anterior), no es menos exacto que el reclamo de los apelantes se sustenta en supuestos de arbitrariedad fáctica por exceso de la competencia del Tribunal de Impugnación que llevaría –siempre desde su punto de mira- a descalificar el fallo como acto jurisdiccional válido, aserto éste que fue acompañado del correspondiente desarrollo argumental en el recurso. Y dichas censuras, claro está, no pueden ser descartadas a priori en esta fase de análisis.

Al ser ello de esta forma, los recursos de control extraordinario han superado los ápices formales inherentes a este tipo de impugnación y son admisibles desde tal plano. Tal es mi voto.

La Dra. LELIA GRACILA MARTINEZ dijo: 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. EVALDO D. MOYA, dijo:

1) Como cuestión previa, en lo que respecta al recurso de la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente de la III Circunscripción Judicial, hay que considerar que la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio fue cuestionada tanto por la Defensa Particular de V. como por aquella. En particular a esta última, el Tribunal de Impugnación declaró abstracto el recurso incoado al acoger favorablemente el planteo defensista revocando la condena dictada en primera instancia y, en consecuencia, absolviendo al imputado; donde se agraviaba por la absolución de los hechos por los que fuera acusado el imputado en perjuicio de las menores P.C.; J.P.; F.R. y A.M. y, en segundo término, por la pena aplicada.

En este punto, hay que decir que al no haber dado respuesta el Tribunal de Impugnación a los agravios de la Defensoría de los Derechos del Niño, cuando la parte tenía recurso en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Beatriz Martínez, Leandro Nieves y Alejandro Cabral el día 13/08/14, ello bastaría para declarar la nulidad del fallo atacado, sin embargo, se procederá a realizar el análisis del mismo, teniendo presente además que los agravios de la Fiscalía y de la Querella Particular son coincidentes, en cuanto a la materialidad del hecho y autoría del imputado.

2) Entrando ya al análisis de las censuras ensayadas por los impugnantes, se destaca que las partes plantean arbitrariedad, apreciación absurda de las pruebas recibidas en juicio, fundamentación omisiva, contradicción con doctrina sentada por el propio Tribunal como así también por el Tribunal Superior de Justicia, excediendo el Tribunal revisor el ámbito de la impugnación impetrada.

Como primer punto de análisis, cabe desentrañar qué exigencias debe reunir una sentencia para estar fundada.

"En palabras de la Alta Corte: "...para que exista 'juicio' en el sentido constitucional del término es necesario que en el curso del proceso se hayan observado ciertas formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia (Fallos: 116:23; 119:284; 189:34, entre otros). Que en cuanto a esta última, debe reputarse que su motivación es una calidad o requisito de naturaleza esencial. Así lo estableció este tribunal cuando dijo en Fallos: 236:27 'que es evidente que a la condición de órganos de aplicación del derecho vigente, va entrañablemente unida la obligación que incumbe a los jueces de fundar sus sentencias'; y cuando agregó: 'en definitiva, la exigencia de que los fallos judiciales tengan fundamentos serios, señalada por la jurisprudencia y la doctrina unánimes sobre la materia, reconoce raíz constitucional y tiene, como contenido concreto, el imperativo de que la decisión sea conforme a la ley y a los principios propios de la doctrina y de jurisprudencia vinculados con la especie a decidir (confr. También Fallos: 235:113; 240:160; 272:172 y muchos otros)..."; "...en Fallos: 262:144 se estableció 'Que los fundamentos de esta jurisprudencia en materia criminal, exigen que la sentencia revocatoria de segunda instancia, (...), contenga un mínimo de razonamiento autónomo, de manera que explicite tanto la doctrina legal del caso como los hechos principales de la causa. Las solas afirmaciones genéricas y la invocación del art. 13 del Código de Procedimientos en lo Criminal no bastan, en las circunstancias señaladas, para sustentar el pronunciamiento..." (Fallos: 279:355). Igualmente, es preciso recordar que: "...una 'sentencia que no traduce una apreciación crítica y fundada de los elementos relevantes de la litis, satisface solo en forma aparente la necesidad de ser derivación razonada del derecho vigente con adecuada referencia a los hechos de la causa y debe ser descalificada en su carácter de acto judicial' (CSJN B.622.XX; V.201.XXI; S-462XX19)..." (Cafferata Nores, José I. (compilador). "Eficacia del sistema penal y garantías procesales. ¿contradicción o equilibrio?", Editorial Mediterránea, pág. 70)" (Cfr. Acuerdo n° 25/14 "COLILLUAN", del registro de esta Sala Penal del T.S.J.).

Desde ya adelanto que, en mi opinión, la sentencia examinada no satisface los requisitos de fundamentación exigidos por imperativo constitucional y legal (Arts. 18 de la C.N.; 246, en función del Art. 193, tercer párrafo, del C.P.P.N.). La enunciación precedente conlleva la obligación de repasar los argumentos del fallo de condena y del de absolución.

3.1) Así, en cuanto a los hechos por los cuales fue condenado J. cometidos en perjuicio de las menores M.A.V., D.V.S.M. y N.A.K., el Tribunal de Juicio, integrado en la oportunidad por los Dres. Beatriz Martínez, Leandro Nieves y Alejandro Cabral, brindó argumentos sólidos para fundar la culpabilidad. Así, sostuvo que el relato en Cámara Gesell de la niña N.A.K. fue claro, explicó en qué había consistido la conducta realizada por J., afirmando que en los recreos, cuando la saludaba, se le iba la mano muy para abajo, como que le quería tocar la cola; siempre igual; la abrazaba y tocaba hacia abajo; sucedía desde principio de año; le daba asco. Por su parte, la menor D.V.S.M. mencionó que en las horas de clase y también en los recreos, si no le corría la cara intentaba darle besos en la boca; le tocaba los genitales; las acosaba tanto personal como telefónicamente; las abrazaba; les tocaba las partes íntimas, la cola, los pechos; la abrazó y bajó la mano lentamente y le tocó la cola. Aludió a un episodio de otra nena en el gabinete de música. Finalmente, el Tribunal consideró que la declaración de M.A.V. fue muy rica, con muchos detalles. La joven manifestó que el imputado al principio le mandaba mensajes, le decía 'que linda que estás'; saludaba uno por uno; le ponía la mano en el pecho o bajaba hacia la cola; se lo hacía a ella y a sus compañeras. Un día le dijo que fuera al gabinete, cerró la puerta, la empezó a tocar y le dijo que se sacara la ropa, luego entró al aula como si nada. La seguía con el auto, le decía que se suba, que si hablaba pensara porque tenía hermanos más chicos. Le preguntaba cuándo iba a dejar que la llevara a su casa. Le dijo que ese día no sabía si se iba a poder controlar, que ella ya estaba lista, que le gustaba porque era la más grande.

En cuanto a la credibilidad de los testimonios en Cámara Gesell brindados por las tres jóvenes, el Lic. en Psicología, Pablo Colazo, encontró 6, 7 y 9 indicadores por sobre un total de 19.

Los dichos de las menores fueron respaldados por sus padres que contaron en juicio efectivamente lo mismo. En tal sentido, declaró la señora S. R. D. S. (madre de N.A.K.) y M. C. T. (madre de D.V.S.M.).

A la prueba mencionada, se sumó el relato de la maestra L. B.. Respecto de esta testigo, no solo se apreciaron sus dichos en debate sino también el acta n° 73/13 del colegio donde ella, sin dar nombres, señaló que un profesor saludaba con besos buscándole la boca a las alumnas, les tocaba los pechos y la cola y una alumna vio cuando le levantaba la remera a una compañera. Se desempeñó como maestra de 4° a 7° grado y en el año 2012 era de 7°. Cuando entró al aula, estaban muy revolucionados los chicos, solo una nena estaba en una situación distinta, hablaban todos juntos que el profe las tocaba; una nena dijo que les daba besos, cuando ella le expresó que todos los maestros daban besos, la alumna le contestó que si no corría la boca le daba ahí; les tocaba los pechos, les buscaba las partes íntimas, las acariciaba, les corría el cabello, les olía el perfume, las abrazaba de atrás y apoyaba. Las que primero hablaron fueron M.A.V. y D.V.S.M. Esta última mencionó específicamente que quería sentirle el perfume y le dio un beso en el cuello –circunstancia recordada en Cámara Gesell-. Atento lo acontecido, dio una clase de educación sexual antes de música, siendo para la testigo el disparador. Les enseñó que 'el cuerpo es un templo y nadie puede tocarlo', estaban todos indignados.

3.2) Contrariamente, el Tribunal de Impugnación, con votos de los Dres. Mario Rodríguez Gómez y Liliana Deiub, se pronunció por la absolución por el principio de la duda.

Se impone examinar los argumentos por los cuales la mayoría llegó a esa conclusión:

En primer lugar, señalan que de la inspección ocular ejecutada en instancia de impugnación surge que el gabinete de música, donde se habrían producido los hechos más graves (desconociendo que solo se denunció un suceso como ocurrido en su interior), es un armario grande o una baulera chica donde apenas caben los instrumentos y es imposible que entren dos personas.

Asimismo, valoran la charla de la maestra B. como desencadenante de las denuncias, de otra manera no se explican por qué estando J. a cargo de cuatro divisiones, solo en ese curso se produjeron las acusaciones.

Con sustento en que la menor N.A.K. fue nombrada abanderada al finalizar el ciclo lectivo –sin prueba alguna que lo avale, solo lo alegado por la Defensa de J.-, desecharon el alcance o existencia de daño ya que "(…) un bajón en el rendimiento académico, es una de las más repetidas y habituales señales, aún en casos de menor gravedad".

Entienden que la única fuente de información con la que contaron los acusadores para sostener los cargos fue con la voz de las víctimas y que las escuetas referencias del Lic. Colazo sobre la credibilidad de los relatos ni siquiera cumplió con los estándares que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha fijado para reconocer a algo como 'dictamen pericial científico'. En referencia a ello, sostuvieron que: "Lo que hace el perito psicólogo en casos de esa naturaleza no se diferencia de los que podría decir la 'tía Clarita' (y acaso ésta con mayores posibilidades de acierto), acerca de si su sobrina está mintiendo".

3.3) En efecto, el Tribunal de Impugnación dictó la absolución por el estado de duda.

Al respecto, se ha establecido, en posición que comparto, que: "(…) el estado de duda no puede reposar en una pura subjetividad, sino que debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso (ver C.S.J.N., 'Rivarola, Juan Antonio s/ Abuso deshonesto', causa N° 28.105, rta. El 24/03/92, T. 315, pág. 495). (…). El proceso penal se configura como una contienda entre hipótesis en competencia que el juez tiene la tarea de dirimir.

Este debe decidir ensayando todas las hipótesis, aceptando la acusatoria solo si se encuentra probada y desechándola por imperio del favor rei no solo si resulta desmentida, sino también si no son desmentidas todas las hipótesis en competencia con ella (conf. Luigi Ferrajoli. Derecho y razón, Madrid, 2000, pág. 129 y sgts.) (…)" (Cfr. C.N.C.P., Sala I, "Alarcón, Marcial", rta. El 23/02/07, Suplemento La Ley Penal y Procesal Penal, Dir. Miguel A. Almeyra, del 30/08/07, págs. 42/46).

Así las cosas, en el caso de autos, hay dos hipótesis en pugna: a) la de las menores, que denunciaron al imputado como autor de tocamientos de contenido sexual, y b) la de la Defensa que niega tanto la materialidad como la autoría.

En mi opinión, la sentencia examinada es arbitraria, por fundamentación omisiva, desde que el A-quo prescindió de prueba dirimente que se colectó en el juicio; me refiero, en especial, a la declaración del psicólogo forense, Lic. Pablo Colazo, quien se expidió por la veracidad de los dichos de las menores denunciantes y por la existencia de una sintomatología acorde con el padecimiento de este tipo de delitos. Dicha prueba fue cotejada asimismo con las declaraciones de las progenitoras de las niñas y de la maestra B..

Resulta también arbitrario afirmar que "No se realizó un informe psicológico (…) del imputado (…)" cuando en debate declaró el Psiquiatra del Gabinete Médico Forense del Poder Judicial, Dr. Fernando Ariel Méndez, respecto de la evaluación psiquiátrica realizada a J. el 17/10/13 (ver CD "Juicio día 1 (5.5)- Juicio día 2", Juicio día 2, Parte 1-9 a partir del minuto 30.25).

En cuanto a las restantes víctimas, por las cuales fue absuelto J., el Lic. Colazo también se expidió sobre la credibilidad de sus dichos pero el Tribunal de Juicio, brindando razones, sostuvo que permitían desvirtuar la presunción de inocencia no obstante valorarlas para fundar los hechos cometidos en perjuicio de las niñas N.A.K., D.V.S.M. y M.A.V.

El Cuerpo tuvo oportunidad de fijar criterio, afirmando que: "'(…) la opinión del perito no obliga al magistrado, quien es libre para aceptar o rechazar total o parcialmente el dictamen. Pero para hacerlo debe fundamentar su aceptación o su rechazo (…)" (Cfr. Cafferata Nores, José Ignacio, "La prueba en el proceso penal", Ed. Depalma, Bs. As., 1994, pág. 77)'" (Cfr. R.I. n° 07/98, "MUÑOZ, Fernando Ariel s/ Homicidio Simple, Lesiones Leves Calificadas y Lesiones Leves, todos en Concurso Real entre sí", rta. El 13/02/98, pudiendo consultarse, en ese mismo sentido, los Acuerdos n° 12/02 y n° 14/06, así como también la R.I. n° 132/07).

Y, en cuanto a esta última temática, se señaló que: "(…) Es cierto que el dictamen pericial no obliga al juez (…), quien debe someter dicho elemento de juicio a su consideración, a la luz de las reglas de la sana crítica racional.

Es así que, en la medida en que funde debidamente los motivos por los que disiente con el perito, el tribunal se encuentra facultado a decidir en sentido adverso, v.gr. si el dictamen aparece infundado o vacío de contenido, contradictorio con el resto de las pruebas, inverosímil, viciado de defectos formales o irregularidades que lo nulifiquen, o si el perito carece de la calidad de experto, etc. (Jauchen, Eduardo M., "Tratado de la prueba en materia penal", Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2002, págs.. 415/416). (…). Es así como carece de todo sentido convocar al experto para que emita su parecer técnico y luego prescindir de éste sin exponer las razones de tal solución, tampoco es aceptable –en tanto no sea un ámbito alcanzado por la experiencia común- contraponer al dictamen del profesional la opinión individual del magistrado en un área ajena a su incumbencia específica (…)" (Cfr. T.S.J. Córdoba, Sala Penal, 22/09/10, "J., O.W.", R.D.P. 2011-5, págs. 921/922).

En definitiva, el Tribunal de Impugnación, no solo se apartó de la prueba colectada en la causa y valorada en primera instancia, sino principalmente de la opinión del experto considerando que su parecer sobre la verosimilitud de los testimonios no se diferenciaba mucho de lo que podría decir "la tía Clarita"; omitiendo claramente exponer argumentos serios para arribar a dicha solución.

Ello determinó que al material probatorio que sí tuvo en cuenta el Tribunal de Juicio, se le restó valor sin efectuar un crítica razonada a su respecto, es decir no se apreció cada testimonio de modo individual y completo, ni éstos en su conjunto y conforme la manda del Art. 22 del rito local que dispone que:

"Los jueces formarán su convicción de la valoración conjunta y armónica de toda la prueba producida, explicando con argumentos de carácter objetivo su decisión".

Así las cosas, concluyo que la hipótesis alternativa asumida por el Tribunal de Impugnación para dictar la absolución se basó en un examen parcial de la prueba reunida en la presente, por lo que la sentencia puesta en crisis debe ser nulificada (Arts. 98 y 247, en función del Art. 249, del C.P.P.N.).

Creo así haber fundado las razones por las cuales, como ya anticipara, las impugnaciones extraordinarias deducidas deben ser declaradas procedentes. Mi voto.

La Dra. LELIA GRACIELA MARTÍNEZ, dijo: por compartir sus fundamentos, adhiero al voto del vocal preopinante a esta segunda cuestión. Mi voto.

A la tercera cuestión, el Dr. EVALDO D. MOYA, dijo: Atento la respuesta dada a la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que las impugnaciones extraordinarias interpuestas por el Ministerio Público Fiscal, por la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente y por la querella particular, sean receptadas de manera favorable, declarando la nulidad de la sentencia n° 29/15 (Art. 98 del C.P.P.N), dictada por la Sala del Tribunal de Impugnación, disponiendo el reenvío del legajo a ese mismo Tribunal para que, con una nueva integración, y, previa audiencia designada al efecto, dicte un nuevo fallo ajustado a derecho (Arts. 193, último párrafo y 194, inc. 4, del C.P.P.N.). Mi voto.

La Dra. LELIA GRACIELA MARTÍNEZ, dijo: adhiero a la solución que propone el Dr. Evaldo D. Moya a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, el Dr. EVALDO D. MOYA, dijo: Corresponde eximir del pago de las costas procesales a las partes recurrentes (Art. 268, a contrario sensu, del C.P.P.N.). Mi voto.

La Dra. LELIA GRACIELA MARTÍNEZ, dijo: adhiero a la solución dada a esta cuarta cuestión. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE:

I.- DECLARAR ADMISIBLES desde el plano estrictamente formal las impugnaciones extraordinarias deducidas por el Dr. Marcelo Alberto Jofré en su carácter de Fiscal del caso de la III Circunscripción Judicial; por la Dra. Paula Castro Liptak, Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente de la III Circunscripción Judicial, y por los Dres. Julián A. Álvarez y Pedro José Arce por la participación conferida como querellantes por la víctima A.N.K.;II.- DECLARAR LA NULIDAD de la Sentencia n° 29/15, dictada por la Sala del Tribunal de Impugnación (Arts. 98, 247 en función del 249 del C.P.P.N.); III.- REENVIAR el legajo al Tribunal de Impugnación para que, con una nueva integración, y, previa audiencia designada al efecto, dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho (Arts. 193, último párrafo y 194, inc. 4, del C.P.P.N.); IV.- SIN COSTAS PROCESALES a las partes recurrentes (Art. 268, a contrario sensu, del C.P.P.N.); V.- 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. EVALDO DARIO MOYA - Dra. LELIA GRACIELA MARTINEZ

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

**"MOLINA PABLO - VAZQUEZ Y BERRONDO S/ ROBO CALIFICADO 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA´"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 63/2015) – Acuerdo: 29/15 – Fecha: 14/08/2015

DERECHO PROCESAL: RECURSOS.

IMPUGNACION EXTRAORDINARIA. REQUISITOS FORMALES. INCUMPLIMIENTO. RECHAZO. DOCTRINA DE LA ARBITRARIEDAD.

1.- Corresponde rechazar formalmente la impugnación fiscal por el incumplimiento de las condiciones mínimas que hacen a la interposición del recurso que, bajo esa vía excepcional, pretende someter al conocimiento de esta instancia (artículo 227, a contrario sensu, del C.P.P.N.).

2.- Aun cuando podría considerarse que con mención al inc. 2 del art. 248 del CPPN, se habría denunciado arbitrariedad, ello en modo alguno se verifica, pues el mismo recurrente manifiesta que el Voto del Dr. Repetto -quien emitió el voto en forma oral-

expone los fundamentos necesarios para resolver como se hizo, basados en las normas del Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén. [ … ] En su clásica definición de la doctrina de la sentencia arbitraria, la Alta Corte incluyó a aquellas "(…) desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes, a juicio de los litigantes, porque si así no fuera, la Suprema Corte podría encontrarse en la necesidad de rever los fallos de todos los tribunales de toda la República en toda clase de causas, asumiendo una jurisdicción más amplia que la que le confieren los Arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional, y 3° y 6° de la ley 4055 (…)" (Fallos: 112:384)

**Texto completo:**

ACUERDO N° 29 /2015: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los 14 días del mes de agosto del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores LELIA GRACIELA MARTÍNEZ y EVALDO DARIO MOYA, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. ANDRÉS CLAUDIO TRIEMSTRA, para resolver en los autos caratulados: "MOLINA PABLO - VAZQUEZ Y BERRONDO S/ ROBO CALIFICADO 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA´" (Expte. N° 63 - Año: 2015) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: I.- Que por resolución interlocutoria del Tribunal de Impugnación, integrado en la oportunidad por los Dres. Andrés REPETTO, Mario RODRIGUEZ GÓMEZ y Richard TRINCHERI, del 22/04/15, se resolvió, en forma oral en la audiencia del día 22 de abril de 2015: "1.- Declarar Admisible el recurso de impugnación de ducido por la Defensa en contra de la Resolución adoptada en el marco de la Audiencia por el art. 158 celebrada en Cutral Có. 2.- Revocar la declaración de Inconstitucionalidad respecto del art. 158, conforme a los argumentos expuestos. 3.- Revocar la Resolución que rechaza el Sobreseimiento por vencimiento del plazo de cuatro meses dispuesto por el art. 158, y en consecuencia dictar el Sobreseimiento de Pablo Martín Molina, en relación a este legajo. 4.- Sin costas.

II.- Contra la decisión del Tribunal de Impugnación, el Dr. Gastón Augusto Liotard, Fiscal del Caso de la II Circunscripción Judicial, interpuso impugnación extraordinaria.

Adujo que sería admisible de conformidad a los arts. 233, 234 incs. 1 y 2, 248, por la legitimación otorgada por el Art. 241 inc. 1° CPP.

En sus fundamentos, luego de narrar lo sucedido en este legajo, hasta arribar a la resolución cuestionada, dijo que la misma no observa y aplica erróneamente un precepto legal (art. 234 CPP inc. 2) pues desconoce el art. 61 inc. 7) del CPP e interpreta erróneamente los arts. 79 inc. 1° y 3°, 158 y 160 inc. 7° del CPP.

Que en la resolución cuestionada se afirmó que el plazo de cuatro meses señalado en el art. 158 del CPP se instituye en días corridos, de acuerdo a la interpretación evidente del inc. 3° del art. 79 del CPPP al mencionar que en los plazos determinados por días se computarán sólo los días hábiles. El plazo señalado en el artículo citado (158 CPP) está establecido en años (art. 87 CPP), tres años de duración máxima del procedimiento.

Agrega que lo más criticable del decisorio que se impugna es la interpretación de los cuatro meses que hacen los Sres. Jueces de Impugnación, deja en el tintero la interpretación que utiliza para aplicar la perentoriedad al utilizar el términos "meses", nada dice de cómo computan dicho término: por número de días, por mes completo, por mes del calendario común o en su caso el calendario judicial que contempla suspensiones y días inhábiles, solo se limitan fácilmente a establecer que "los plazos son corridos" (fs. 13 vta.).

Que la interlocutoria sostiene que se debió solicitar la prórroga extraordinaria el dos de febrero del corriente año por ser el primer día hábil luego de la feria de enero. Pero se debe indicar que el art. 79 del CPP distingue de cómo deben contarse los plazos, en contra de lo establecido por el Tribunal a quo; y luego de transcribir el art. 79 del código de rito, afirmó que el plazo de cuatro meses se debía interpretar en función del inc. 3 de la mencionada norma, es decir, se

debió computar los días hábiles judiciales y no comprenden la feria del mes de enero. Ese fue el sentido y la interpretación dada por su parte y así lo expresó en la audiencia, y si el legislador hubiera querido decir lo contrario lo hubiera manifestado expresamente.

Agregó que el Dr. Repetto, en su resolución oral sostuvo que el Ministerio Fiscal debió peticionar la audiencia de prórroga el día 26 de enero, pero como dicho día era feriado, lo debió hacer el dos de febrero. Con lo cual se pregunta: si para la interpretación del Tribunal de Impugnación la Fiscalía sólo podía pedir la audiencia de prórroga recién en el mes de febrero, cómo podría materializar actos válidos en el resto del mes de enero (del 1 al 26) cuando el mismo Tribunal entiende que son inhábiles?.

Precisa que en la resolución cuestionada, no se armonizan los elementos incorporados en la causa, ni las normas legales aplicables al caso (art. 13, 61 y 158 CPP), por lo que carece de motivación suficiente, por arbitrariedad y errónea aplicación de los preceptos legales enunciados y debe ser revocada.

III.- Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus respectivas argumentaciones, quedando el caso en condiciones de ser resuelto.

En ese acto, la Dra. María Dolores FINOCHIETTI, Fiscal Jefe, expuso que en oportunidad de realizarse la audiencia de impugnación ordinaria, el Tribunal, tras considerar un par de cuestiones no vinculadas con el tema, concluye resolviendo cómo debe interpretarse el art. 158 del Código Procesal Penal, vinculado con el tiempo que se debe computar la etapa preparatoria, que se deben contabilizar en días corridos y que al momento de realizar la prórroga la Fiscalía, el plazo ya se encontraba ya vencido. Agregó que existe diversa interpretación, para determinar si en el plazo se contabiliza o no la feria judicial, que como la feria de enero es de un mes no se pueden computar porque son días y horas inhábiles. Así se computa para otros tipos de procedimientos, no solo para el proceso penal; durante todo ese período se suspenden los plazos procesales y no se pueden realizar actos que no habilite la autoridad competente. Además la cuestión estaba fuera del planteo de las partes. El propio Tribunal, cuando resuelve, dice que no se podía presentar un pedido el 26 de enero porque era un día inhábil, pero igual termina resolviendo que el plazo estaba vencido. Que en el caso no ha existido un plazo irrazonable de duración del proceso, que está dentro de los dos años que establece el código y, además, se fijó un plazo especial que todavía no venció y el proceso sigue respecto de los otros coimputados. Por lo tanto solicita que se nulifique la resolución del Tribunal de Impugnación y se continúe el proceso.

El Dr. Inaudi, dijo que atentamente escuchó la exposición de la Fiscal y con mucha atención leyó el escrito de impugnación extraordinaria, pero no advirtió un solo párrafo, un solo renglón, dedicado a explicitar cuál de las tres diferentes vías del art. 248 utilizó para habilitar esta impugnación extraordinaria y hacer valer su pretensión, lo que invalida la presentación efectuada y e implica que el recurso intentado sea formalmente inadmisible.

Narra lo sucedido en el caso y luego se refiere al pedido de prórroga del Fiscal. Afirma que la prórroga extraordinaria concedida fue por una Juez que carecía de competencia, le correspondía al Colegio de Jueces. La Juez comenzó su resolución decretando la inconstitucionalidad del art. 158 del C.P.P.N., porque consideró irrazonable el plazo de cuatro meses, porque esta cuestión hace a la prescripción penal y dice que son potestades no delegadas de la Nación a las Provincias, pero la ley 27147, hace referencia a la prescripción de la acción penal y ratifica la posición respecto a que el tema es del resorte de las provincias. Que luego de declarar la inconstitucionalidad mencionada, hace lugar a la prórroga pedida por el Fiscal en función del mismo art. 158 que previamente había declarado inconstitucional. Por ello impugnó. Se preguntó cuándo vence un término de cuatro meses y si no se cuentan los días hábiles, los feriados, los paros, etc., podría llegar hasta los siete u ocho meses; lo que va en contra de un mínimo de previsibilidad. Señala las normas que hablan sobre los plazos en horas, días, meses y año del Código Procesal Penal y destaca que el art. 224, prevé el plazo de dieciocho meses para casos complejos y sobre la prisión preventiva. Da lectura del art. 79 del ritual y afirma que el inc. 3, es para los plazos en días no para los plazos en meses y años. Que la norma es clara y la pretensión fiscal es evidentemente improcedente.

Reafirma la improcedencia formal del recurso con cita un fallo de este Tribunal Acuerdo N° 2/15, del 5 de marzo de 2015, donde el voto de la Dra. Martínez, dispone inadmisibilidad formal del recurso de impugnación extraordinaria interpuesta. Solicitó que se aplique al presente caso y se declare formalmente inadmisible su recurso.

Por su parte, el Dr. Pandolfi afirma que la Fiscalía sostuvo uno solo de los argumentos expuestos en el escrito de impugnación, en cuanto a que lo resuelto por el Tribunal de Impugnación no fue planteado por la defensa. Pero hay que tener en cuenta que no hay tal igualdad de armas en el tema de recursos en este Código, ya que tiene un recurso mucho más amplio para el imputado, porque reconoce la necesidad de cumplir con el doble conforme en relación a la condena, no a la absolución. Agregó que declarar de oficio las nulidades, no contraría el principio adversarial y constituye una limitación que tiene el andamiaje constitucional argentino, arts. 31 y 75 inc. 22 de la Constitución que obligan a declararlas, entre ellas, la prescripción y extinción de la acción penal. Cita jurisprudencia y doctrina, sobre la inconstitucionalidad del art. 71 del Código Penal. Agrega que la ley 27147, le da competencia a las provincias para legislar sobre el tema de la acción penal. Por ello sostiene que es indiferente que lo haya resuelto el Tribunal o lo haya planteado la Defensa, porque tenían la obligación de hacerlo de oficio, en función de lo dicho precedentemente. No todas las partes del proceso penal tienen los mismos derechos: in dubio pro reo, reformatio in pejus, efecto suspensivo del recurso del imputado (la sentencia absolutoria debe ejecutarse inmediatamente), el recurso de revisión (es para el imputado, no para el querellante), los recursos in páuperis (solo para el imputado), la negligencia del defensor no afecta al imputado (Jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional), etc., ello es ejemplo de que en el proceso penal no todos tienen los mismos derechos, lo cual justifica que el hecho que la defensa haya argumentado o no, no anula la resolución del Tribunal de Impugnación. Ratificó en todos sus términos los fundamentos expuestos por el Dr. Inaudi y solicitó que se declare formalmente inadmisible porque la Fiscalía no ha dicho en cuál de los incisos del art. 248 del C.P.P.N. funda su recurso.

IV.- Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dra. Evaldo E. MOYA y Lelia Graciela MARTÍNEZ.

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. Evaldo E. MOYA dijo:

1) El escrito de impugnación extraordinaria fue presentado en término, por quien se encuentra legitimado para ello, por ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, revistiendo el mismo el carácter de decisión impugnable (artículos 233 y 241 del C.P.P.N.).

2) En cuanto al motivo de impugnación extraordinaria, tanto de la lectura del escrito recursivo, como de los argumentos de la parte recurrente en audiencia realizada ante este Tribunal como consecuencia del recurso impetrado, se advierte que no surge de los mismos, por cuál de los carriles previstos en el artículo 248 del C.P.P.N. se pretende encauzar la pretensión del Ministerio Público Fiscal.

Y tal como lo afirmó la Defensa en audiencia del art. 249 en función del art. 245 del C.P.P.N., sobre el particular, esta Sala tuvo oportunidad de expedirse, con anterioridad, en el sentido de que: "3) El Código Procesal Penal vigente en la Provincia (Ley N° 2784) ha establecido un sistema de impugnación eficaz, que previó la intervención del Tribunal de Impugnación, competente para efectuar una íntegra revisión de las decisiones judiciales (artículo 242 y ss. del rito), como así también, la competencia de este Tribunal Superior como instancia apelada sólo para casos excepcionales y taxativamente establecidos.

En ese marco, el artículo 248 del C.P.P.N. contempla supuestos diferentes entre sí en cuanto a su objeto o pretensión; por lo que "...es obligación de quien recurre una mínima precisión de porqué insta y cuál es su real pretensión al momento de articular la impugnación..." (R.I. N° 64/14 de fecha 21/05/14)"…. Y concluyó en que: "Lo expuesto lleva sin más al rechazo formal de la impugnación fiscal por el incumplimiento de las condiciones mínimas que hacen a la interposición del recurso que, bajo esa vía excepcional, pretende someter al conocimiento de esta instancia (artículo

227, a contrario sensu, del C.P.P.N.). (Ac. 2/2015, del 5/3/2015 del registro de esta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia).

Pero adviértase que, sin perjuicio que en su escrito de presentación el señor Fiscal de Caso, menciona el art. 248 del C.P.P.N. (fs. 10) y art. 248 inc. 2 del mismo cuerpo legal (fs. 15), entre las normas que habilitarían su pretensión, en todo su escrito recursivo, no hace mención alguna a inconstitucionalidad, arbitrariedad, o contradicción con doctrina de fallo anterior de del Tribunal de Impugnación o de este Tribunal Superior. Pero tampoco lo hace la Sra. Fiscal que concurre a la audiencia respectiva para debatir y ampliar los fundamentos de aquél.

Y si bien, en la presentación a fs. 11vta., al brindar sus fundamentos, expone que la resolución jurisdiccional impugnada, no observa y aplica erróneamente un precepto legal (art. 234 CPP inc. 2), pues desconoce el art. 61 inc. 7 del CPP; e interpreta erróneamente los arts. 79 inc. 1° y 3° 158 y 160 inc. 7° del C.P.P.N., tales afirmaciones no muestran, más que una mera discrepancia en la interpretación de normas locales que se encuentran ajenas al estudio de la presente impugnación extraordinaria.

Por lo demás, si bien podría considerarse que con mención al inc. 2 del artículo 248 del C.P.P.N., se habría denunciado arbitrariedad, ello en modo alguno se verifica, pues el mismo recurrente manifiesta que el Voto del Dr.

Repetto -quien emitió el voto en forma oral- expone los fundamentos necesarios para resolver como se hizo, basados en las normas del Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén.

En efecto, en su clásica definición de la doctrina de la sentencia arbitraria, la Alta Corte incluyó a aquellas "(…) desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes, a juicio de los litigantes, porque si así no fuera, la Suprema Corte podría encontrarse en la necesidad de rever los fallos de todos los tribunales de toda la República en toda clase de causas, asumiendo una jurisdicción más amplia que la que le confieren los Arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional, y 3° y 6° de la ley 4055 (…)" (Fallos: 112:384), explicando, en otros fallos posteriores, que: "(…) por medio de la doctrina de la arbitrariedad se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del Derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (…)" (Fallos: 316:2464, 2718). Ahora bien, tal como surge de la definición primigenia, la vía establecida en el Art. 14 de la ley 48 tiene un carácter excepcional; es decir, la misma no tiene por objeto constituir una tercera instancia ordinaria en la que se examine el acierto o error de la decisión examinada, ni tampoco contemplar las meras disidencias subjetivas del apelante con el resultado final de la causa. Dicho criterio emana de los precedentes de la Alta Corte: "(…) los pronunciamientos judiciales no son factibles de ser revisados por la vía excepcional del Art. 14 de la ley 48, cuando las objeciones del recurrente suscitan el examen de cuestiones de hecho, derecho común y procesal, las que constituyen materia propia de los jueces de la causa (Fallos: 308:1078, 2630; 311:341; 312:184; entre otros); máxime, cuando la sentencia se funda en argumentos no federales que, más allá de su acierto o su error, resultan suficientes para sustentarla e impiden su descalificación como acto judicial (Fallos: 302:175; 308:986; etc.) (…)"; y, muy por el contrario, dicha vía procesal ha sido instituida para obtener "(…) la revisión de los pronunciamientos en los que se advierta la inexistencia de las calidades mínimas para que el acto impugnado constituya una sentencia judicial (…)" (Fallos: 247:713, sumario, www.csjn.gov.ar). Incluso, el cimero Tribunal se encargó de formular una apreciación adicional: "(…) es claro que, satisfecho el requisito de la revisión por un tribunal de instancia superior mediante el recurso de casación entendido en sentido amplio, esta Corte se reserva solo la función de corregir los casos en que resulte una arbitrariedad intolerable al principio republicano de gobierno. En general, podría sintetizarse la diferencia afirmando que, en materia de prueba, la casación debe entender en todos los casos valorando tanto si se ha aplicado la sana crítica, como si sus principios se aplicaron correctamente, en tanto que incumbe a esta Corte entender, solo en los casos excepcionales en que directamente no se haya aplicado la sana crítica (…)" (Fallos: 328:3399, considerando n° 28 del voto de los Dres. Enrique S. Petracchi, Juan C. Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo L. Lorenzetti).

Todo lo expresado, lleva sin más al rechazo formal de la impugnación fiscal por el incumplimiento de las condiciones mínimas que hacen a la interposición del recurso que, bajo esa vía excepcional, pretende someter al conocimiento de esta instancia (artículo 227, a contrario sensu, del C.P.P.N.).

La Dra. Lelia Graciela MARTÍNEZ 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 y tercera cuestión, el Dr. Evaldo D. MOYA dijo: Atento a la respuesta precedente, el tratamiento de las cuestiones segunda y tercera, deviene abstracto. Mi voto.

La Dra. Lelia Graciela MARTÍNEZ dijo: Sobre esta segunda y tercera cuestión me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante. Así voto.

A la cuarta cuestión, el Dr. Evaldo D. MOYA dijo: Corresponde eximir del pago de las costas a la parte recurrente, atento a la naturaleza de la cuestión planteada -interpretación normativa- y conforme a las consideraciones expuestas en R.I. n° 52/15, "Castillo…", de esta Sala y Tribunal (artículo 268, segundo párrafo, a contrario sensu, del C.P.P.N.). Mi voto.

La Dra. Lelia Graciela MARTINEZ dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE:

I.- DECLARAR INADMISIBLE desde el plano formal la impugnación extraordinaria deducida por el Dr. Gastón Augusto Liotard, Fiscal del Caso de la II Circunscripción Judicial, contra la resolución N° 121/14 del Tribunal de Impugnación, de fecha 22 de abril de 2015, en el Legajo N° OFINQ 10520/2014. II.- EXIMIR del pago de las costas a la parte recurrente (artículo 268, segundo párrafo, a contrario sensu, 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. EVALDO D. MOYA - Dra. LELIA GRACIELA MARTÍNEZ

Dr. Jorge E. Almeida - Subsecretario

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

**"A.D.I. NQN C/ GEOTHERMAL ONE INC S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 503391/2014) – Interlocutoria: 307/15 – Fecha: 11/08/2015

DERECHO PROCESAL: COMPETENCIA.

CUESTIONES DE COMPETENCIA. CONSTITUCION NACIONAL. DECLINATORIA DE OFICIO. JUSTICIA FEDERAL. COMPETENCIA EN RAZON DE LAS PERSONAS. PRORROGA DE LA COMPETENCIA.

No procede la declinatoria oficiosa de la competencia local a favor de la justicia federal decidida por el A quo, al entender que como la demandada es una persona jurídica extranjera y vecina de otra provincia, tales circunstancias tornan aplicables las disposiciones del art. 116 de la Constitución Nacional. Ello así, observamos que la competencia federal por razón de las personas funciona como prorrogable a favor de

la justicia local, pues, "…si ante los jueces locales se plantea un asunto que por razón de las personas corresponde a la justicia federal, no pueden en ningún momento declararse incompetentes de oficio y sólo podrán declararse incompetentes si la parte demandada planteara oportunamente incompetencia por vía de declinatoria o inhibitoria" (cfr. Toribio E. Sosa, Competencia cuando una provincia es parte, Publicado en: LA LEY 06/03/2014, 4 LA LEY 2014-B, 12).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 11 de agosto de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "A.D.I. NQN C/ GEOTHERMAL ONE INC S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES" (EXP Nº 503391/2014) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 3 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. El Sr. Juez de la instancia de origen, en concordancia con lo dictaminado por el Fiscal, se inhibe de entender en estos actuados y declina su competencia a favor de la justicia federal.

Para así hacerlo, considera que la demandada es una persona jurídica extranjera y vecina de otra provincia, por lo que se tornan aplicables las disposiciones del art. 116 de la Constitución Nacional.

Contra este pronunciamiento, apela la actora.

Sostiene que el magistrado no ha merituado la prórroga de competencia expresamente pactada entre las partes en el contrato, cuyo cumplimiento es, justamente, demandado en esta causa.

Cita doctrina y jurisprudencia en apoyo de su posición.

2. Así planteada la cuestión, asiste razón a la recurrente.

En efecto: la jurisdicción federal es renunciable o prorrogable por el extranjero. Y ello es jurídicamente válido, toda vez que dicho fuero ha sido instituido en atención al mero interés privado del justiciable. (cfr. Morello, Sosa, Berizonce, Códigos Procesales… Tomo I, pág. 82 y 210; Bidart Campos, Germán J., Manual de Derecho Constitucional, Ediar, Bs.As. 1979, p. 802, entre otros).

Desde este vértice, es central considerar que cuando "la competencia es prorrogable, la incompetencia sólo puede ser declarada por el órgano judicial que está entendiendo en el proceso al resolver una excepción de incompetencia o al aceptar una inhibitoria cursada por otro juez que se considera competente.

Eso es así porque, cuando está en juego una competencia prorrogable, literalmente no hay espacio para que un órgano judicial declare de oficio su incompetencia, es decir, para que declare de oficio que no le corresponde, según la ley, la competencia para conocer del caso…"

Por lo tanto, siendo que la competencia federal por razón de las personas funciona como prorrogable a favor de la justicia local "…si ante los jueces locales se plantea un asunto que por razón de las personas corresponde a la justicia federal, no pueden en ningún momento declararse incompetentes de oficio y sólo podrán declararse incompetentes si la parte demandada planteara oportunamente incompetencia por vía de declinatoria o inhibitoria" (cfr. Toribio E. Sosa, Competencia cuando una provincia es parte, Publicado en: LA LEY 06/03/2014, 4 LA LEY 2014-B, 12).

En orden a estos argumentos, asiste razón al accionante en su planteo y la resolución recurrida debe ser revocada, al ser el análisis prematuro e improcedente por ser efectuado de oficio. TAL MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto

SE RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, revocar la resolución de fs. 191/192, debiendo continuar la tramitación de la causa.
2.- Sin costas de Alzada, atento la índole de la cuestión planteada.
3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.
Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE
Dra. Mónica MORALEJO – SECRETARIA

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

**"S. C. M. C/ R. E. G. S/ ALIMENTOS PARA EL CONYUGUE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 64907/2014) – Interlocutoria: 349/15 – Fecha: 08/09/2015

DERECHO CIVIL: Alimentos.

ALIMENTOS ENTRE CONYUGES. SEPARACION DE HECHO. PROBLEMAS DE SALUD. CUOTA ALIMENTARIA PROVISORIA.

1.- Cabe confirmar el auto que fija los alimentos provisorios a favor del cónyuge en el 10% de los ingresos del demandado. Ello es así, ya que teniendo en cuenta que conforme surge de la documentación acompañada en la demanda, se encuentran prima facie acreditados los problemas de salud de la actora, que le impedirían trabajar como así también la situación especial a considerar del hijo discapacitado, más los gastos inherentes al alquiler de la vivienda que habitan y, más allá de las afirmaciones del recurrente que señala que no se encuentra acreditado que se halle impedida de procurarse alimentos, resulta prudente la decisión del juez de grado en tanto, con el diagnóstico actual, le resultaría imposible obtener un puesto de trabajo o reintegrarse al que le efectúa la reserva.

2.- A mayor abundamiento, y teniendo en cuenta que en la actualidad se encuentra vigente el nuevo Código Civil y Comercial (con vigencia a partir del 01/08/2015), hemos de señalar que una solución compatible con la aquí brindada se encuentra receptada en el art. 432 del C. C, y C, el cual reza: "Los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la vida en común y la separación de hecho. Con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria sólo se debe en los supuestos previstos en este Código, o por convención de las partes".

**Texto completo:**

NEUQUEN, 8 de Septiembre de 2015.
Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "S. C. M. C/ R. E. G. S/ ALIMENTOS PARA EL CONYUGUE" (EXP Nº 64907/2014) venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA Nº 1 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y

CONSIDERANDO:

I) Vienen los presentes a estudio con el fin de tratar el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra el auto de fs. 257 -15/05/2015- que fija en concepto de alimentos provisorios el 10% de sus ingresos deducidos los descuentos de ley.

En sus agravios de fs. 540 y vta. manifiesta en primer lugar que el juez no tomó en cuenta la plena capacidad laboral de la actora, ya que siendo profesional, no se encuentra inhabilitada para trabajar.

En su segundo agravio, alega que no se tuvo en cuenta el rol dinámico que ambos tienen en la crianza de los hijos y que su parte pasa mucho tiempo con ellos por lo que la actora dispone de lapsos útiles para laborar.

Como tercer agravio, aduce que la finalidad de los alimentos provisorios reside en atender las necesidades imprescindibles de la reclamante y que el a quo no tuvo en cuenta que dichas necesidades se encuentran cubiertas con los ingresos mensuales de $5.500 que percibe la actora por el canon locativo del inmueble que posee en condominio en la localidad de BUENOS AIRES.

En su cuarto agravio expresa, en relación a la salud de la actora, que ésta no probó que su situación la inhabilite para el desarrollo de su profesión, agregando además que su caudal económico con la cuota alimentaria a favor de sus hijos y el sostenimiento de sus gastos, le resulta insuficiente, por lo que solicita se revoque la resolución atacada.

Corrido el pertinente traslado, la actora lo contesta a fs. 541, solicitando la deserción del recurso y, subsidiariamente, contesta los agravios rechazándolos, por lo que peticiona se confirme el auto atacado, con costas.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, y en relacion a la cuota provisoria de alimentos en favor del cónyuge, esta Sala ha señalado en el EXP Nº 5061/2013: "En cuanto a los alimentos provisorios, esta Alzada y numerosa jurisprudencia los ha equiparado a una medida cautelar y, como tales, se dictan inaudita parte y conforme a lo que prima facie surja de las actuaciones".

"Así entendemos que la fijada resulta procedente: los alimentos provisionales no suponen una categoría autónoma de alimentos sino una cuota que se fija con antelación a la sentencia para cubrir gastos imprescindibles. Tal característica impone una fijación prudente en extremo…" (C.C.C.San Isidro Sala I, cit por Ventura y Stilerman, "Alimentos", página 62)".

"Como tales, los alimentos provisorios no encuentran tratamiento en el ordenamiento procesal vigente, y el art. 375 del C.C. dispone que desde el principio o en el curso de la causa pueden ser fijados. Ello permite, en lo pertinente, aplicar las disposiciones que rigen las medidas cautelares por ser obvia la analogía entre ambas instituciones. Cc0101 Mp 105595 Rsi-328-98 I Fecha: 14/04/1998 Caratula: K.p. C/ P.m. S/ Incidente Reducción Cuota Alimentaria Provisoria Mag. Votantes: Font-de Carli".

"En tal sentido, dice Bossert: "…los alimentos provisionales en los que prima facie surja, de lo aportado a autos pero con el propósito de atender a las necesidades imprescindibles del reclamante… De manera que, en esa provisoria estimación deben tenerse en cuenta los elementos que prima facie indican las necesidades del alimentista, como las posibilidades del alimentante (idem página 330/331)", ("VALLEJOS ELINA CONTRA OLGUIN OSVALDO ALDO S/ INCIDENTE DE APELACION", EXP. Nº 11237/9).

Así, a la luz de la legislación vigente, al momento de determinarse los alimentos provisorios por el a quo, esta Sala ha expresado: "Debemos indicar previamente que en el caso que nos ocupa debemos tener en cuenta a efectos de decidir, lo normado por el art. 231 del C.C., pues está dirigido al periodo en que tramita el divorcio o separación personal o antes de esta acción en casos de urgencia, lo que indica que es una previsión autónoma del juicio de alimentos".

"En lo sustancial, para fijar en estos casos una cuota provisoria de alimentos, deberá evaluarse la verosimilitud del derecho invocado, que estaría justificado con la acreditación del vínculo y en pautas de las que surjan indicios tendientes a la determinación de una realidad socioeconómica del matrimonio que justifique el monto pretendido. El

peligro en la demora, según doctrina, surge del fundamento de la pretensión y además sostienen que debe juzgarse con flexibilidad, debido a la naturaleza de la obligación y necesidades de urgencia que tiende a satisfacer", (Sala II, en autos "TOLEDO ANTONIO ADOLFO C/ABURTOS MARIA CECILIA S/INCIDENTE DE APELACION E/A "TOLEDO C/ABURTOS S/DIVORCIO" EXP.36577/08", Expte. ICF Nº 21115/9).

Por ello, teniendo en cuenta que a la fecha no se encuentra acreditado en autos que exista demanda de divorcio o separación personal, la cuota fijada a favor de la cónyuge tiene su razón de ser en el art. 198 del Código Civil, pues para el caso de los esposos separados de hecho no es aplicable lo previsto en el art. 209 ni en el 207 del Cod. Civil.

Ello es así por cuanto la ley 23.515 ha suprimido el deber primordial del marido de sostener económicamente a la mujer y al hogar. Aun cuando no hay una regla específica, es dable interpretar que incumbe a ambos, en proporción a sus medios (v Belluscio, A. C, "Manual de Derecho de Familia", t.I, pag. 331/332, Nº 180 y 181; Bossert-Zannoni, "Manual de Derecho de Familia", p.204 y sgtes, nº 186; conf. CNCiv., Sala C, R. 127.419, del 14-5-93: id.id. R. 213.646 del 20-5-97) y que las distintas funciones que los cónyuges se hubieran atribuido durante la convivencia, son las que deciden el modo en que se aplica el art. 198 citado. En estos términos, si la esposa trabajó dedicándose al cuidado y atención de los hijos y del hogar y fue el marido quien efectuó los aportes económicos necesarios para el desenvolvimiento del matrimonio, éste último deberá, producida la ruptura, contribuir al mantenimiento de su cónyuge, siendo a cargo de ella la prueba de las circunstancias que den viabilidad al reclamo (conf. CNCiv., sala C, R.197.597, del 18-9-96 y sus citas; id.id. R.213.646 del 20-5-97).

Además, teniendo en cuenta que conforme surge de la documentación acompañada en la demanda, se encuentran prima facie acreditados los problemas de salud de la actora, que le impedirían trabajar como así también la situación especial a considerar del hijo discapacitado, más los gastos inherentes al alquiler de la vivienda que habitan y, más allá de las afirmaciones del recurrente que señala que no se encuentra acreditado que se halle impedida de procurarse alimentos, resulta prudente la decisión del juez de grado en tanto, con el diagnóstico actual, le resultaría imposible obtener un puesto de trabajo o reintegrarse al que le efectúa la reserva.

A mayor abundamiento, y teniendo en cuenta que en la actualidad se encuentra vigente el nuevo Código Civil y Comercial (con vigencia a partir del 01/08/2015), hemos de señalar que una solución compatible con la aquí brindada se encuentra receptada en el art. 432 del C. C, y C, el cual reza: "Los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la vida en común y la separación de hecho. Con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria sólo se debe en los supuestos previstos en este Código, o por convención de las partes".

De conformidad a lo expresando en el considerando, corresponde confirmar el auto de fs. 257 en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.

Imponer la costas de Alzada por su orden debido a la forma que en se resuelve (art. 68 del C.P.C. y C.).

Por lo expuesto, la Sala I

RESUELVE:

I. Confirmar el auto de fs. 257 en todo cuanto fue materia de recurso y agravio.

II. Imponer la costas de Alzada al alimentante vencido (art. 68 del C.P.C. y C.).

III. Regístrese, notifíquese electrónicamente a las partes y oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge Pascuarelli - Dra. Cecilia Pamphile

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

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

**"MALDONADO CECILIA ELENA C/ EMP. CONSTR. ROQUE MOCCIOLA S.A. Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** - Cámara de Apelaciones en lo

Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 350318/2007) – Interlocutoria: 367/15 – Fecha: 15/09/2015

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

HONORARIOS DEL PERITO. EJECUCION. DESINTERES EN LA PERICIA. CARGO DE LOS GASTOS Y HONORARIOS.

Corresponde dejar sin efecto la intimación a pagar los honorarios de la perito psicóloga y dirigida a la citada en garantía, pues, efectivamente, se configura la situación del art. 478, inc. 2º, del Código Procesal, toda vez que al contestar la demanda manifestó expresamente su desinterés en la producción de la pericial psicológica y por ello no puede ser condenada a abonar su costo, menos cuando dicha probanza no resultó conducente para la resolución del pleito.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 15 de septiembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "MALDONADO CECILIA ELENA C/ EMP. CONSTR. ROQUE MOCCIOLA S.A. Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)" (EXP Nº 350318/2007) venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 2 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y

CONSIDERANDO:

I. Llegan las presentes a estudio en virtud del recurso de apelación en subsidio deducido por la citada en garantía, SAN CRISTOBAL MUTUAL DE SEGUROS GENERALES, contra el auto de fs. 549 de fecha 20/07/2015 que lo intima a pagar los honorarios de la perito .... Asimismo, el perito accidentólogo apela la regulación de honorarios de fs. 530, por baja.

La citada en garantía expresa en sus agravios de fs. 550/551 que su parte no resultó condenada en costas y que, en ocasión de contestar la demanda, expresó el desinterés en las periciales médica, psiquiátrica, neurológica y clínica y, por ello, de acuerdo a lo previsto por el art. 478 inc. 2º, la intimación que se le cursara, resulta improcedente, por lo que no corresponde que asuma el pago de los honorarios.

El traslado de los agravios no fue contestado.

II. Analizada la cuestión traída a estudio, observamos que la perito psicóloga designada en autos, ..., solicita se intime al recurrente a abonar sus honorarios ante lo cual el a quo formula el requerimiento, bajo apercibimiento de ejecución.

Ahora bien, si bien el a-quo había determinado la condena en costas del apelante en la sentencia de fs. 466/473, esta Alzada revoca dicho fallo y rechaza la demanda, entre otros, contra SAN CRISTOBAL MUTUAL DE SEGUROS GENERALES (fs. 508/512), imponiendo las costas a la actora.

Así, si bien es cierto que debe tenerse en cuenta que los peritos pueden reclamar el cobro de sus honorarios a cualquiera de las partes, aún cuando no haya sido condenada en costas, resulta determinante destacar que la recurrente, al contestar la demanda –fs. 50 vta. de su responde y adhesión allí formulada a lo expresado por la codemandada a fs. 67, pto IV-, manifestó expresamente su desinterés en la producción de las periciales médica, psiquiátrica, neurológica y clínica, situación que no fue tenida en cuenta por el juez de origen.

En tal sentido la Sala III ha dicho en el Expte 330094/05, en fundamentos que compartimos: "Nuestro Código Procesal regula esta situación en el art. 478, donde bajo el título: Impugnación – Desinterés – Cargo de los gastos y honorarios, apreciamos se establece una distinción de la prueba pericial en cuanto a si es común o no lo es. El primer supuesto se

da si la parte contraria a la que la ha ofrecido, frente al traslado del segundo párrafo del art. 460 CPCC, no se opone a su producción o guarda silencio o, con más razón, si adhiere a la misma participando de su producción al pedir puntos de pericia o cuestionar los de la contraria."

"Por el contrario, la pericia no será "común" cuando en esa misma oportunidad procesal -traslado del art. 460-, la parte contraria a la que ofrece la prueba, impugne su procedencia (inc. 1°), o manifieste no tener interés y que por tal razón se abstendrá de participar en ella (inc. 2°). Entendemos que en ambos casos, los gastos y honorarios del perito serán siempre a cargo de quien la solicitó, salvo cuando para resolver a su favor se hiciere mérito de aquella."

"En definitiva, en el primer caso, si no obstante habérsela declarado procedente, de la sentencia surge que no fue de utilidad para sustentar la decisión, los gastos del perito serán a cargo del proponente; y en el segundo caso, -que hasta puede ser un planteo subsidiario del primero- estos gastos serán siempre a cargo de quien solicitó la prueba "excepto cuando para resolver a su favor se hiciere mérito de aquella", cuando la contraparte manifestó desinterés."

"Comentando el art. 478 del CPCyC Nacional, equivalente al local, Santiago Farsi y Alberto L.Maurino, explican: "FINALIDAD DEL INCIDENTE DE OPOSICION. DESINTERIES EN LA PERICIA.- Este incidente tiende a poner freno a las partes que solicitan pericias onerosas o innecesarias para obligar a la contraria a aceptar una transacción sobre derechos inexistentes, por ser menos costoso el precio de la transacción que el pago de los honorarios de los peritos."

"Exige una manifestación expresa al contestar el traslado al que se refiere el párrafo 2° del art. 459. Formulada, los peritos no tendrá acción contra el que se desinteresó, salvo que el juez, en la sentencia, le haya impuesto el pago en concepto de costas, al señalar que la pericia fue necesaria para la solución del pleito. Si falta la mencionada manifestación de la parte, el pago de los honorarios de los peritos sigue comúnmente la suerte de la imposición de costas y debe ser soportado por el vencido sin que pueda oponer los óbices que son valederos en la ocasión el art. 459, pasada esa oportunidad."

"Sin embargo, aún sin esa manifestación, los honorarios de los peritos pueden quedar a cargo del proponente de la prueba, si resultan de manifiesta inutilidad. Hay pronunciamientos en el sentido de que el desinterés que una parte demuestra respecto de la producción de la prueba pericial no le impide, en su debida oportunidad, articular cuestiones referidas a la admisibilidad de la pericia, como su ofrecimiento inoportuno, materia no susceptible de peritación, entre otro supuestos" (Cód. Procesal Civil y Comercial, Comentado, Anotado y Concordado, T°3, Edit. Astrea, Pag. 752/753)."

Por lo expuesto, concluimos que a la parte recurrente no le puede ejecutar sus honorarios la perito pues, efectivamente, se configura la situación del art. 478, inc. 2°, del Código Procesal, toda vez que al contestar la demanda manifestó expresamente su desinterés en la producción de la pericial psicológica y por ello no puede ser condenada a abonar su costo, menos cuando dicha probanza no resultó conducente para la resolución del pleito.

Las costas de Alzada se impondrán por su orden puesto que la auxiliar pudo considerarse con derecho a peticionar como lo hizo.

En relación al recurso arancelario interpuesto por el perito accidentólogo ..., efectuados los cálculos de rigor y teniendo en cuenta que de las constancias de autos se observa que el juez recalca el resultado de la pericia en su sentencia (fs. 470) atribuyéndole a la misma valor probatorio. Se analiza la suma fijada y ponderando los fundamentos dados, la misma resulta reducida, por lo que se impone la elevación del porcentaje fijado al perito al 4%.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Revocar la providencia de fs. 549 de fecha 20/07/2015 y dejar sin efecto la intimación allí efectuada y elevar el porcentaje fijado al perito al 4% a los fines de la regulación de sus honorarios.

2. Costas de Alzada por su orden. (art 68 parr.2 CPCyC).

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente a las partes y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge Pascuarelli - Dra. Cecilia Pamphile

Dra. Mónica MORALEJO – SECRETARIA

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

**"M. R. A. C/ S. D. S. S/ DIVORCIO VINCULAR CON CAUSA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 50834/2011) – Sentencia: 167/15 – Fecha: 08/09/2015

DERECHO DE FAMILIA: Divorcio.

DIVORCIO INCAUSADO. NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.

Corresponde decretar el divorcio de las partes en los términos de los arts. 437 y 438 del Código Civil y Comercial de la Nación en virtud de su entrada en vigencia a partir del 1° de agosto de 2015. En tal sentido, no corresponde que esta Sala se expida sobre la configuración de causal objetiva o subjetiva alguna, tornándose por ende innecesario indagar en los asuntos que fueran materia de agravios. En efecto, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición de los recursos.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 8 de septiembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "M. R. A. C/ S. D. S. S/ DIVORCIO VINCULAR CON CAUSA" (EXP Nº 50834/2011) venidos en apelación del JUZGADO DE FAMILIA NRO. 2 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y

CONSIDERANDO:

1. Encontrándose la causa a estudio, el 01 de agosto entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación.

Como es sabido, una de las principales reformas en esta materia ha sido la supresión del divorcio contencioso y la consiguiente eliminación de las causales subjetivas; consecuentemente, las sentencias que se dicten bajo la vigencia del nuevo Código no podrán contener declaraciones de inocencia o culpabilidad.

2. En este contexto, es entonces de aplicación la doctrina de la Corte Suprema, reiterada en forma reciente, al indicar, con fecha 06/08/2015:

"4°) Que según conocida jurisprudencia del Tribunal sus sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario, y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir (conf. Fallos: 306:1160; 318:2438; 325:28 y 2275; 327:2476; 331:2628; 333:1474; 335:905; causa CSJ 118/2013 (49-V)/CS1 "V., C. G. c. I.A.P.O.S. y otros s/ amparo", sentencia del 27 de mayo de 2014, entre otros)…."

…8°) Que sin perjuicio de ello, a la luz de la doctrina mencionada anteriormente, según la cual corresponde atender a las nuevas normas que sobre la materia objeto de la litis se dicten durante el juicio, no puede desconocerse que la

pretensión de los demandantes se encuentra hoy zanjada por las disposiciones del citado art. 64 del Código Civil y Comercial de la Nación, norma de la que, en virtud de la regla general establecida en el art. 7° del mencionado código y de la citada doctrina, no puede prescindirse (conf. arg. Fallos: 327:1139)…." (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, D. I. P., V. G. y otro c. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ Amparo 06/08/2015. Publicado en: LA LEY 27/08/2015, 11. Cita online: AR/JUR/25383/2015).

3. Es que, tal como lo sostiene Kemelmajer de Carlucci: "…Si la sentencia es constitutiva, como ocurre con la sentencia de divorcio (art. arts. 213.3 del Código Civil y 435 inc. c del Cód. Civ. y Com.), se rige por la nueva ley.

La extinción de la situación jurídica (divorcio) sólo puede ser declarada conforme la ley vigente al momento de la extinción… El hecho que esa sentencia tenga efectos retroactivos a la época de la interposición de la demanda, o incluso a la época de la separación de hecho a los fines de la disolución de la comunidad de bienes, no afecta esta regla; las consecuencias patrimoniales consumidas se rigen por el Código Civil (por ej., deudas domésticas contraídas en ese período con carácter de concurrentes, y no solidarias); las no consumidas por el código civil y comercial (por ej., recompensas a ser evaluadas en la liquidación)…" (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída "La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina" Publicado en: LA LEY 03/08/2015, 11 Cita Online: AR/DOC/2588/2015).

Y es que, como indica Graciela Medina: "…la pregunta reside en determinar: ¿Qué efectos tiene la entrada en vigencia del Código proyectado sobre la sentencia de divorcio en la que le atribuye culpabilidad a uno de los cónyuges y declara a otro inocente que no se encuentra firme, sino en vías de apelación?

Para dar respuesta a este interrogante, por un lado tenemos que tener en cuenta que la acción de divorcio es una acción de estado de familia y que, como ya hemos dicho, el estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución subsiste, aunque ésta pierda después su fuerza.

La cuestión está en que el estado de divorciado se adquiere con la sentencia firme y como en el supuesto planteado no hay resolución que haga cosa juzgada, el estado civil de divorciado no se ha adquirido. Por ende debe aplicarse el nuevo Código a todos los procesos de divorcio en trámite que no tienen sentencia firme, ya que las leyes para la adquisición del estado civil que establezcan condiciones diferentesde las que antes existían, se aplican desde que comienzan a regir.

Esto implica que la apelación quedará abstracta, deberá confirmarse el divorcio y las costas serán por su orden, por el cambio normativo.

Esto significa que el día que entra en vigencia el nuevo Código, se terminan ipso iure todos los juicios de divorcio contradictorios en trámite…" (cfr. Medina, Graciela "Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código", Publicado en: LA LEY 15/10/2012, 1 LA LEY 2012-E, 1302 DFyP 2013 (marzo), 3. Ver también, en similar sentido: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala I, "A. A. L. c/ C. R. s/ divorcio contradictorio", 13-ago-2015 Cita: MJ-JU-M-93953-AR MJJ93953 MJJ93953).

4. En consecuencia y, conforme los lineamientos establecidos en la jurisprudencia de la CSJN y de la doctrina citada, que compartimos y hacemos nuestros, no corresponde que esta Sala se expida sobre la configuración de causal objetiva o subjetiva alguna, tornándose por ende innecesario indagar en los asuntos que fueran materia de agravios.

Sí corresponde decretar el divorcio de las partes en los términos de los arts. 437 y 438 del Código Civil y Comercial de la Nación; sin perjuicio de las cuestiones pendientes que, en su caso, deberán ser adecuadamente canalizadas en la instancia de grado, en los términos de la última norma señalada, apartado final.

En cuanto a las costas, en atención a las particularidades del caso y al modo en que se resuelve, entendemos que las de ambas instancias deben imponerse en el orden causado.

Por lo expuesto, esta Sala I

RESUELVE:

1.- Declarar abstracto el tratamiento del recurso interpuesto por el accionante, decretando el divorcio de las partes en los términos de los arts. 437 y 438 del Código Civil y Comercial de la Nación en virtud de su entrada en vigencia a partir

del 1° de agosto de 2015; disponiendo que las cuestiones pendientes sean adecuadamente canalizadas en la instancia de grado.

2.- Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado, en virtud de la nueva normativa citada y en atención a las particularidades del caso y al modo en que se resuelve.

3.- Dejar sin efecto los honorarios regulados a los profesionales, los que deberán ser adecuados en la instancia de grado, al nuevo resultado del pleito.

4.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

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

**"CORTEZ VILMA JERONIMA Y OTRO C/ TOQUI S.A. S/ INMISIONES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 370352/2008) – Sentencia: 124/15 – Fecha: 13/08/2015

DERECHO CIVIL: Dominio.

RESTRICCIONES Y LÍMITES DEL DOMINIO. RUIDOS MOLESTOS. VIBRACIONES. APRECIACION DE LA PRUEBA. CESE DE LA ACTIVIDAD. INDEMNIZACION. DAÑOS Y PERJUICIOS. DAÑO MORAL. COSTAS. DISTRIBUCION.

1.- El reclamo referido al el cese de las molestias derivadas del accionar de la empresa demandada devino abstracto dado que la sociedad dejó de operar en el domicilio. Sin perjuicio de lo cual y en lo concerniente al resarcimiento de los daños y perjuicios, de la prueba producida y en especial la actuación de la autoridad municipal, queda demostrada la existencia de los presupuestos tenidos en cuenta por el artículo 2618 del Código Civil, siendo clara la obligación de reparar por parte del responsable y, en tal sentido, se comparte el análisis efectuado por la jueza así como el monto fijado en concepto de daño moral ($20.000), por resultar adecuado a los perjuicios causados.

2.- Las costas deberán imponerse en el orden causado, pues, se dedujeron dos pretensiones - 1) el cese de las molestias derivadas del accionar de la empresa y 2) el reclamo por daños y perjuicios- de las cuales la primera fue desestimada.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 13 de agosto de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CORTEZ VILMA JERONIMA Y OTRO C/ TOQUI S.A. S/ INMISIONES", (Expte. Nº 370352/2008), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL Nro. 6 a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 633/640 hace lugar a la demanda y en consecuencia condena a Toqui S.A. a abonar la suma de $20.000 con más sus intereses, y declara abstracta la pretensión de cese de la actividad económica desarrollada por la demandada, con costas.

La decisión es apelada por la accionada en los términos que resultan del escrito de fs. 650/653, y cuyo traslado no fue respondido.

Sostiene la quejosa que se encuentra probado y reconocido en la sentencia que desocupó el inmueble luego de interponerse la demanda pero antes de ser notificada y que se omite mencionar que fue rechazada una medida de no innovar y que con posterioridad la actora solicitó el traslado de la totalidad de la demanda.

Afirma que lo expuesto es de fundamental importancia ya que el daño resarcible debe ser cierto y real, merecedor de protección y causado por un tercero y ser subsistente o sea que no haya sido reparado con lo cual se evidencia que el interés de los actores había quedado vacío y se limita a un intento de ganancia económica injustificado dado que el daño carecía de la característica de subsistencia.

El segundo agravio está dirigido a cuestionar la interpretación que se realiza de la prueba testimonial e informativa.

En cuanto al daño moral señala que la actora no probó sus presupuestos aludiendo a la prueba pericial psicológica que careció de valor probatorio.

II.- Ingresando al tratamiento de los agravios vertidos y analizados los mismos en base a la prueba producida, valorada de conformidad con las pautas previstas por el artículo 386 del Código de rito, concluyo que el recurso no puede prosperar toda vez que comparto plenamente el análisis fáctico y jurídico que realizara la jueza interviniente.

En primer lugar cabe señalar que, pese a lo afirmado en el escrito recursivo, la jueza tiene por acreditado el abandono del inmueble por parte de la demandada en junio del 2.008, luego de interpuesta la demanda y con anterioridad a su notificación, y que la mención al rechazo de la medida cautelar peticionada por los actores resulta irrelevante en función de las razones por las cuales se la desestimara y que figuran en el proceso.

Asimismo, cabe tener en cuenta que la pretensión deducida contenía dos reclamos: 1) el cese de las molestias derivadas del accionar de la empresa y 2) el reclamo por daños y perjuicios.

Queda claro, y ello no se encuentra controvertido, que el primer reclamo devino abstracto dado que la sociedad dejó de operar en el domicilio con lo cual correspondía analizar la procedencia del segundo, esto es, la pertinencia de los daños y perjuicios derivados del accionar de la demandada y en los términos del artículo 2618 del Código Civil.

Así las cosas, las objeciones que formula el demandado en su primer agravio no pueden ser aceptadas toda vez que si bien es cierto que se ha postulado que el daño sea actual o subsistente, ello no impide que, habiéndose producido un perjuicio, el mismo no deba ser reparado.

Debe entenderse, mas allá de las distintas posturas que se han esgrimido en relación al punto, que dicho recaudo significa en realidad que el daño no prosperará cuando ya ha sido reparado por el responsable situación que no se da en autos toda vez que el accionado se ha limitado, por decisión de la autoridad de contralor, al cese de sus actividades pero en momento alguno sostuvo que los perjuicios que provocó hubieran sido reparados.

Otros afirman que el daño no procede si la cosa ha desaparecido pero en dicho supuesto procede la reparación si existió en el pasado un menoscabo cierto ya que la desaparición de la cosa sin relación de causa a efecto con la culpa del demandante no puede impedir la procedencia de la reparación de los perjuicios ocasionados en el pasado (ver al respecto Cazeaux – Trigo Represas, "derecho de las obligaciones", Tomo I, páginas 362 y siguientes).

En cuanto al segundo agravio, cabe señalar que las declaraciones testimoniales que menciona en sustento de su postura resultan insuficientes como para desvirtuar las manifestaciones de los que vivían cerca del depósito de la empresa y que señalaron la presencia de las molestias que justificaron la promoción de la presente acción.

De todas maneras, los testigos indicados por la parte apelante reconocen que se hacía ruido, se pintaba y se reparaban máquinas, con lo cual y en consideración a los testimonios citados por la jueza se advierte que las molestias realmente existieron.

Por otro lado, de la prueba informativa resulta claro que la empresa no cumplía con los recaudos exigidos por la autoridad de contralor, conforme dan cuenta las distintas actas de inspección agregadas a la causa y que desmienten la postura sustentada por la parte.

Finalmente, de la lectura dada por la demandada al contestar la petición de la medida cautelar queda reconocida la existencia de ruidos y vibraciones –ver escrito de fs. 94/96- si bien se alega que los mismos eran normales y sin alcanzar los recaudos exigidos por la norma invocada por los demandantes.

Toda vez que conforme la prueba producida y en especial la actuación de la autoridad municipal, queda demostrada la existencia de los presupuestos tenidos en cuenta por el artículo 2618 del Código Civil, siendo clara la obligación de reparar por parte del responsable y, en tal sentido, se comparte el análisis efectuado por la jueza así como el monto fijado en concepto de daño moral, por resultar adecuado a los perjuicios causados.

Con respecto a ello, cabe señalar que si bien la prueba pericial carece de fuerza convictiva, tal como se indica en la sentencia, no por ello desaparece la existencia del daño toda vez que ha quedado demostrado en base a otros elementos.

Por lo demás, se ha sostenido que si los actores soportaron durante varios años molestias que no debieron haber tolerado en función del régimen emergente del art. 2618 del Código Civil, y ello les significó un perjuicio indemnizable, el daño está representado por no haber podido disfrutar enteramente de su derecho de dominio, tal como tenía derecho a hacerlo. La inexistencia de lesiones auditivas o alteraciones nerviosas no obsta a la procedencia de la acción que contempla el art. 2618, pues éste no exige que las molestias provoquen daños en la salud física o psíquica de los damnificados para tornarla procedente (López Mesa, "Código Civil, anotado con jurisprudencia", paginas 1575 y siguientes).

Finalmente y en relación a la imposición de costas, asiste razón al quejoso.

Ello por cuanto y como se señaló, se dedujeron dos pretensiones de las cuales la primera fue desestimada.

Así, debe tenerse en cuenta que la acción destinada a que los demandados cesen en la producción de ruidos se mantuvo mediante la presentación del escrito de fs. 100 del 23 de octubre del 2.008 no obstante haberse acreditado, sin que ello resulte controvertido en la Alzada, que en junio de dicho año la accionada desocupó el inmueble, con lo cual dicha pretensión resultaba abstracta a la fecha en que se instó la acción.

Por ende las costas, deberán imponerse en el orden causado.

III.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia en lo sustancial, modificándose la imposición de costas de la Primera Instancia, las que se impondrán en el orden causado. Las de Alzada se imponen a la demandada en un 90% y a la actora en un 10% en función del resultado del recurso y la entidad de los agravios que prosperan. Los honorarios serán dejados sin efecto, debiéndose proceder a una nueva determinación en base a las pautas arancelarias vigentes.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, ésta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia obrante a fs. 633/640 vta., en lo sustancial, modificándose la imposición de costas de la Primera Instancia, las que se impondrán en el orden causado.

II.- Imponer las costas de Alzada en un 90% a la demandada y a la actora en un 10% (art. 71 CPCyC).

III.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios, debiéndose proceder a una nueva determinación en base a las pautas arancelarias vigentes.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA

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

**"F. E. G. C/ B. K. G. S/ DISOLUCION DE SOCIEDAD"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 316234/2004) – Sentencia: 128/15 – Fecha: 25/08/2015

DERECHO CIVIL: Sociedades comerciales.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. CONCUBINATO. SOCIEDAD IRREGULAR. DISOLUCION DE SOCIEDADES. INMUEBLE. DIVISION DE CONDOMINIO. LIBERALIDADES. CARGA DE LA PRUEBA. RECONOCIMIENTO. FONDO DE COMERCIO. REALIZACION DE BIENES MUEBLES.

1.- A mi entender queda claro la violación del principio de congruencia por cuanto se pronunció sobre cuestiones no pedidas, declarando "disuelta una sociedad habida entre las partes, respecto del inmueble matrícula (...) -Confluencia… la venta del inmueble cuyo producido se partirá en partes iguales"… Cuando el actor solicitó "la división" y el reconocimiento judicial del 50% como mínimo, de la propiedad… Ordenándose la inscripción pertinente en el Registro de la propiedad Inmueble (...). Asimismo, cuando muta la división de la sociedad primigeniamente pretendida, para abordar el tema del inmueble inscripto registralmente a nombre de uno de los concubinos -demandada- desde la óptica de la división de un condominio. Así, porque frente a las pretensiones del actor, dentro de la "acción de disolución de sociedad" (irregular o de hecho), la demandada asumió una actitud pasiva (no reprochable por cierto) sobre el reclamo del 50% del inmueble, alegando que "fue voluntad expresa del hoy actor que se inscribiera a mi nombre".

2.- Corresponde revocar la sentencia y dejar sin efecto la atribución que allí se le hace al actor del 50% del inmueble matriculado en confluencia, toda vez que disiento con la valoración de la magistrada de tal liberalidad -"…en razón de haber nacido nuestra hija A. y como muestra de mi deseo de compartir con mi pareja los pocos bienes que el suscripto poseía, decidí inscribir el inmueble descripto a nombre de la Sra. B., como consta en la copia de la escritura pública que adjunto a la presente"-, porque considero que la transcripta expresión del actor, importa un reconocimiento de la liberalidad que invocó la demandada al contestar, que la releva de la prueba exigida, tanto más, cuando la escrituración a nombre de la demandada, fue realizada durante la época del concubinato, ya con familia constituida al haber nacido la hija

de ambos, siendo que la donación es un contrato válido entre concubinos, porque al no tener las prohibiciones de la sociedad conyugal, gozan de plena libertad para contratar entre sí.

3.- [...] teniendo en cuenta que la explotación comercial "Rancho Río", feneció en septiembre de 2004, se advierte que la sociedad de hecho dejó de funcionar como tal desde esa fecha, porque es justamente respecto a tal explotación que fue reconocida la existencia de esa sociedad, con lo cual encuentro ajustada la orden de liquidación dispuesta en la sentencia –venta de los bienes muebles que integraban el fondo de comercio y cuyo producido se partirá en partes iguales-.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 25 de Agosto de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "F. E. G. C/ B. K. G. S/ DISOLUCION DE SOCIEDAD", (Expte. Nº 316234/2004), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 4 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- A fs. 307/315 se dicta sentencia que declara disuelta la sociedad habida entre las partes desde julio de 2004, atribuyéndole al actor la mitad (50%) del bien inmueble y la mitad de los muebles que integraban el fondo de comercio de "Rancho Río", cuyo inventario deberán denunciar en el trámite de ejecución de sentencia, disponiendo a tales fines la venta de los mismos cuyo producido se partirá en partes iguales, salvo acuerdo de mejor ejecución de lo decidido.

A fs. 317 la demandada interpone recurso de apelación, expresando agravios a fs. 320/328 vta., cuyo traslado ordenado a fs. 329 es contestado por el actor a fs. 330/335 vta., solicitando se rechace el recurso, con costas.

II.- Detalla en cinco agravios su recurso.

El primero, lo intitula: incongruencia- extra petita, alegando que se solicitó la división de una sociedad irregular, que en la contestación se aceptó solamente la existencia de una sociedad de hecho comercial por la explotación del comercio "Rancho Río" y se sostuvo la improcedencia de la demanda respecto del derecho real sobre el inmueble.

Manifiesta que la sentencia debería haberse expedido en primer lugar sobre la procedencia o no de la existencia de una sociedad de hecho sobre el inmueble (y en caso afirmativo, previa declaración de inconstitucionalidad de todas las normas del Código Civil sobre derechos reales, en especial, del art. 2675 del Código Civil) y recién después dirimir si con ello alcanzaba para decir la disolución y luego la división del inmueble.

Sostiene que la jueza no decidió la división pedida sino que decretó una sorpresiva disolución societaria y atribuyó un derecho real que no le fue pedido en la demanda, decidiendo sobre cuestiones no sometidas a su entendimiento, excediendo los límites de su jurisdicción y lesionando su derecho de defensa y de propiedad.

Como segundo agravio, expresa que la jueza se contradice cuando afirma por un lado que del concubinato no surge ningún régimen patrimonial y sin solución de continuidad, y afirma que lo que se pretende es disolver una sociedad de hecho constituida por la propia relación concubinaria.

Se agravia de las derivaciones que la sentenciante le otorga al hecho de la relación concubinaria que mantuvo con el actor para determinar en base a ello la existencia de una sociedad civil respecto del inmueble matrícula 17580/Confluencia.

Invoca la irrazonabilidad de aplicar el régimen legal de las sociedades civiles a las cuestiones patrimoniales del concubinato transcribiendo un pasaje de la sentencia y que según la jueza, el concubinato es una sociedad civil y la ruptura del mismo implica la disolución de una sociedad civil conforme lo prevé el art. 1769 del Código Civil.

Expresa que la ley también se viola al presumir que el bien inmueble se inscribió íntegramente a su nombre, pero poniéndola de custodia del supuesto 50% del actor, desechando infundadamente la posibilidad de que el inmueble se haya inscripto a su nombre para proteger la familia que integraba con sus hijos, y más allá de lo que eventualmente hubiera aportado los concubinos y hasta los terceros.

Manifiesta que no hay razones legales ni de hecho que justifiquen la no inclusión del actor como cotitular del bien, ni que tampoco se haya justificado en autos por qué motivo (si es que se hubiera probado que puso dinero para la compra) no se aseguró su recupero mediante un contra documento o un gravamen real, y que resulta claramente arbitrario presuponer que lo hizo confiado en que diez años después se interpretaría que el inmueble era en un 50% suyo por el solo hecho de ser concubino de la titular registral.

Alega que la gravedad del manejo de las presunciones por parte de la jueza conlleva la violación de a su derecho de defensa y fija un precedente gravísimo al habilitar a cualquier ex concubino a demandar a su ex pareja el reparto de, los bienes que figuren a su nombre, con la sola justificación de la existencia de un concubinato y la falta de ingresos corroborables del adquirente a la fecha de la adquisición del bien.

Como tercera queja invoca violación al régimen legal de los derechos reales, porque el art. 2505 dispone que la adquisición o transmisión de los derechos reales sobre inmuebles solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en el registro inmobiliario.

Sostiene que existe en su cabeza el título de propiedad no sometido a mengua ni gravamen de ningún tipo y que sin embargo el actor comparece a "lograr el reconocimiento judicial del 50% como mínimo de la propiedad", de su propiedad y que finalmente lo consigue a través de la sentencia que aquí impugna por el solo hecho de haber sido su concubino.

Se queja de que la jueza decidiendo "atribuir al actor la mitad (50%) del bien inmueble inscripto en la matrícula 17580-Confluencia", la despoja del 50% de su propiedad y se la entrega al actor creando mediante esa sentencia un condominio injustificado, ilegal y arbitrario.

Alega que si no ha creado un condominio, ha hecho algo peor, al declarar la existencia de una sociedad sobre un inmueble, lo cual directamente da por tierra con todo el régimen patrimonial del derecho nacional.

Expresa que ha ejercido actos posesorios como habitar el inmueble con sus hijos, hacerle mejoras y ampliaciones, pagar impuestos y hasta inscribirlo como bien de familia en beneficio de sus hijos, y que la sentencia aniquila su derecho real, arrasando con la garantía social que implica la inscripción como bien de familia, violentando su derecho constitucional de propiedad y de todo el régimen de derechos reales, de la ley 17.801, ambos de orden público.

Como cuarto agravio invoca la violación al régimen de la buena fe pública, manifestando que la sentencia hace referencia a distintas pruebas en autos y que echando mano a las presunciones considera que en aquella época no tenía dinero suficiente para pagar un inmueble, y descarta la liberalidad a su favor porque dice que las donaciones y liberalidades no se presumen sin advertir que ni siquiera se ha probado en estos autos que haya sido el actor quien pagó de su propio peculio el precio de la compra del inmueble.

Sostiene que la jueza sin declarar la nulidad de la escritura ni declarar simulada la venta crea una nueva situación por vía judicial, generando un condominio indiviso sobre el inmueble de Barrio Náutico y redondea, ordenando la venta de su propiedad algo tampoco pedido en la demanda.

Manifiesta que resultan irrelevantes las presunciones y las declaraciones testimoniales, exponiendo pasajes de la declaración del testigo F., escribano que autorizó la escritura de venta del inmueble en cuestión, quien declaró que el inmueble se inscribió a nombre de la apelante, debido a unos inconvenientes impositivos financieros del actor, no habiendo aclarado el escribano haber actuado bajo ningún tipo de vicio en su voluntad y por lo tanto sus declaraciones son de ningún valor, a pesar de lo cual, la sentenciante las usa para justificar su fallo.

Como quinta queja, invoca la violación al régimen de la ley 19550, manifestando que si bien su parte reconoció la existencia de una sociedad de hecho comercial, también arrasó con estas normas de orden público y "manu militari" le dio contenido que presumió, y a renglón seguido la declaró tácitamente disuelta y hasta ordenó la subasta de un bien inmueble de su propiedad, al que presuntamente consideró integrante de un negocio común.

Expresa que su allanamiento oportuno a la disolución de la sociedad de hecho que comprendía los bienes del emprendimiento comercial "Rancho Río" deberían haberla eximido del pago de las costas, por falta de requerimiento previo por parte del actor y haber habilitado la instancia liquidatoria que prevé la ley de sociedad, pero únicamente respecto de los restos del fallido "Rancho Río".

Hace reserva del caso federal.

III.- Entrando al estudio del recurso, adelanto mi opinión en el sentido de que algunos agravios habrán de prosperar.

Comenzando por el primer agravio referido a la violación del principio de congruencia, considero que asiste razón a la apelante.

Al respecto del principio de congruencia, he tenido la oportunidad de expedirme (en disidencia), en la causa "Illanes" (Expte. N° 1445-CA-3), donde sostuve que:"…entiendo pertinente precisar el alcance del principio aludido y al respecto me permitiré transcribir lo que sostuviera en la causa ROMERO EDUARDO MARCELO C/ BANCO DE LA PROVINCIA DEL NEUQUÉN S.A. S/ ACCIÓN DE AMPARO" (Expte. N° 170-Año 2003), en trámite ante al Tribunal Superior de Justicia en sentencia dictada el 30 de septiembre del 2.003:

"De este modo se ha infringido el principio de congruencia, considerado como "aquel principio procesal que consiste en la exigencia –entendida como límite a la decisión del juez en la sentencia- que obliga a establecer una relación total entre la petición y la decisión" (conf. Ac. N° 30/91; 31/91; 46/92; 91/94, entre otros), y que resulta condición de un proceso verdadero, principio que importa vedar al Juez –la Cámara en este caso- alterar los términos esenciales en que el debate quedó planteado.

"El tema mereció análisis -entre otros- en "Franco, Rossana c/ Cooperativa Frutícola y Consumo La Flor S.C.L. s/ Accidente Ley", (Acuerdo 4/03 antes citado) destacándose la importancia del principio citado al señalarse que: "la congruencia entre la sentencia y las peticiones de las partes, en cuanto a personas, objeto y causa, es ineludible exigencia de cumplimiento de principios sustanciales relativos a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, toda vez que la litis fija los límites y los poderes del juez. De tal manera, el principio de congruencia exige que la sentencia se muestre atenta a la pretensión jurídica que conforma el contenido real de la disputa" (conf. "Córdoba, Elida Enilde c/ Provincia de Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa" R.I. nro. 1615/97, del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias, postura luego mantenida en Acuerdos N° 30/98, 8/99, 10/99,11/99 del Registro de esta Secretaría), prosiguiendo en tal sentido que: " ... el principio referenciado constituye un valladar a las facultades del magistrado, dirigido "a delimitar las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional, por el cual debe existir identidad entre lo resuelto y lo controvertido oportunamente por los litigantes y en relación a los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico" (cfr. Aragonés, "Sentencias Incongruentes", p. 227, cit. por De Santo, en "Tratado de los Recursos", T° II, pág. 342/343).

"En el mismo sentido sostuve en la causa "LILLO SEGUNDO CONTRA CONTRERAS-ESUCO-BURWARDT S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 66-año 2002), en sentencia del Tribunal Superior de Justicia del 30 de diciembre del 2.003, que:

"Ello por cuanto, la postura que se adopta propone admitir una flexibilización del principio de congruencia, justificada por la especialísima naturaleza del bien jurídico en juego, lo cual, a mi criterio, y no obstante la excepcionalidad con que se invoca, no puede ser admitido constitucionalmente toda vez que estimo señalar, desde el inicio, que el derecho procesal constitucional tiene principios únicos para lo que algunos consideran sus distintas ramas".

"La invitación a dar muestras de lo que se denomina un "activismo judicial" (juez "acompañante", "comprometido", o referencias similares), permitiendo por su intermedio la mentada ductilidad de los conceptos procesales "clásicos" y su adaptación a la particular materia ambiental en procura de una mayor eficacia del resultado a arribar, no concilia, según mi modo de ver, con el respeto a las garantías del debido proceso, a más de soslayar que, en definitiva, el juez es director del proceso, mas no del litigio".

"De esta manera, a la luz de la pretensión actora plasmada en el escrito inicial y la respuesta dada por la parte accionada, los carriles en que se desarrolló el debate de la causa fueron correctamente delimitados por el sentenciante, no siendo posible, como vengo sosteniendo, ampliar los límites de la contienda –menos aún en esta instancia extraordinaria-, ya que, de lo contrario se incurriría en una grave violación al principio de congruencia puesto

que, como es sabido, el juez debe resolver ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas estándole negada la posibilidad de poder introducir la pretensión ya que de lo contrario se convertiría en parte y no en un tercero imparcial que es justamente la esencia de su función jurisdiccional y en base a lo cual el integrante de la sociedad respeta sus decisiones y posee la autoridad moral necesaria para dilucidar los conflictos que le presentan las partes, no los que el deduce (ver al respecto Adolfo Alvarado Velloso, "Introducción al estudio del derecho procesal", Primera Parte, p. 63).

"En relación a las facultades decisorias de la magistratura, he señalado recientemente en "FRANCO, ROSSANA C/COOPERATIVA FRUTÍCOLA Y CONSUMO LA FLOR S.C.L. s/Accidente Ley" (Ac. 04/03), citando antecedentes del Cuerpo que integro, que la congruencia entre la sentencia y las peticiones de las partes, en cuanto a personas, objeto y causa, es ineludible exigencia de cumplimiento de principios sustanciales relativos a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, toda vez que la litis fija los límites y los poderes del juez. De tal manera, el principio de congruencia exige que la sentencia se muestre atenta a la pretensión jurídica que conforma el contenido real de la disputa" (conf. R.I. nro. 1615/97 y Acuerdos N° 30/98, 8/99, 10/99,11/99, del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias).

"Siendo ello así, la "redefinición" del pleito o el "nuevo planteamiento de la controversia", en los términos propuestos, ampliando sus márgenes, tanto en la faz subjetiva como objetiva, va mucho más allá del permitido y siempre vigente principio "iura novit curia", puesto que ese nuevo y rotundo abordaje de la cuestión no puede entenderse sino, como un viraje que coloca a las partes en un estado absoluto de indefensión (por no haber podido conocer ni alegar en torno al mismo). A la actora, porque no es la solución propuesta, la peticionada en la demanda (recordemos que la parte es la única que puede decidir si acude al proceso -por el ejercicio del derecho de acción- y la única que decide los términos de la pretensión que ejercita, siendo elemento determinante de esa pretensión lo que pide y porqué lo pide); y a la demandada, porque dedicó gran parte de su estrategia defensiva argumentando que el actor no había sufrido daño alguno, e inesperadamente, luego de haber recorrido las instancias recursivas previstas, en la etapa casatoria se altera sustancialmente el objeto litigioso, en salvaguarda de un interés que deja de ser singular y se convierte en difuso, colectivo, etc.

"Señala con lucidez un prestigioso autor español, que: "la tercera opinión, la del juez, ha de haberse puesto antes en conocimiento de las partes, dando a éstas la oportunidad real de alegar sobre la misma. Lo que entra en juego entonces, no es el objeto del proceso, sino el derecho de defensa" (Juan Montero Aroca, "La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad", p. XI).

"Es que, al sobredimensionar las facultades propias de los jueces del modo expuesto, la actuación de aquellos se vuelve incongruente con el dibujo constitucional del debido proceso, pretextando actuar en defensa de un interés de linaje constitucional, como es la protección del medioambiente, pero, sin dudas, a costa de otro derecho no menos importante, y a mi entender de mayor jerarquía, cual es el de defensa en juicio y ello por cuanto hace a la dignidad de la persona en su naturaleza y no en su entorno que si bien es importante no integra su esencia como causa sino como condición (y aquí me remito a Aristóteles quien en su metafísica explica la diferencia entre causa, condición y circunstancia).

"Al respecto resulta útil para la reflexión y el debate analizar las ideas expuestas por Omar Benabentos en su ponencia titulada "Nociones sobre una teoría general unitaria del derecho procesal" y que en parte me permito reproducir:

"Apunta el autor citado que "el derecho a un debido proceso –preciosa garantía que es connatural con la finalidad de los Estados de derecho democráticos- se construye con un esquema bien simple: asegurar que los ciudadanos no serán privados de su vida, su libertad, su honra y sus bienes, sin antes haber mediado el previo tránsito por un debate jurisdiccional que les garantice: a) la igualdad de armas para discutir en el mismo y; b) un juez auténticamente imparcial e independiente que lo dirima" (me permito señalar que Santo Tomás en la Suma teológica ya había señalado igual cometido al analizar el papel del juez y esto ocurrió hace varios siglos. Como se ve el debate continúa sin resolverse en forma definitiva quizá por cuanto no estamos en presencia de una verdad absoluta sino de opiniones y en ese sentido debe entenderse la postura que aquí expreso y mi disenso, respetuoso, con mi colega que por cierto también tiene fundamentos importantes, tanto doctrinarios como jurisprudenciales para sustentar su postura).

"Y, el recorte o la anulación de la garantía del debido proceso, agrego yo, se concreta mediante intervenciones oficiosas que –sin que ello implique desconocer las buenas intenciones que la animan- procuran reconducir el litigio dejando atrás los carriles estrictos en que se había planteado el debate, haciendo tambalear toda la estructura constitucional del sistema de procesamiento civil y lo que es más importante, el derecho natural de toda persona a ser oída con anterioridad a la decisión del planteo." (PS-2004-I-045-167/173, Sala II, 20/04/2004).

Aplicando los principios expuestos en los párrafos que anteceden, advierto que la presente demanda se inicia por disolución de sociedad irregular (o de hecho) en base a la existencia de un concubinato.

En efecto, conforme surge del objeto de la demanda (fs. 2), el actor inició una acción de "división de la sociedad irregular con quien...", y seguidamente aclaró "Se persigue así A) logar el reconocimiento judicial del 50% como mínimo de la propiedad que más abajo se identifica, toda vez que el suscripto ha aportado el cien por cien del capital para al adquisición del lote y posterior construcción de dicha propiedad. B) el pago por la demanda del 50% del valor de los bienes muebles que formaban parte del fondo de comercio de la confitería y complejo Recreativo "Rancho Río", ubicado…." (la negrita me pertenece).

Ahora bien, apartando el reclamo individualizado en el inc. B), atento el reconocimiento de la demandada sobre la existencia de una sociedad de hecho (sin perjuicio de volver a este tema al tratar los agravios sobre costas), el actor al alegar pretende "cambiar" la acción referida a su primigenia pretensión sobre el 50% de la propiedad sobre el inmueble, expresando "entiendo que la misma debe enmarcarse en una división de condominio" (conforme fs. 302 3er párrafo), pretensión que es aceptada por la a-quo, puesto que en la sentencia sostiene "Entiendo que lo pretendido es dividir los bienes aportados durante la relación del concubinato, buscando para ello una solución legal análoga, que venga a salvar la omisión legar de otorgar efectos jurídicos al patrimonio formado durante las relaciones de pareja no establecidas como matrimonio".

Y ahí es donde surge la razón de la apelante, en tanto la magistrada ha permitido el cambio de una acción por otra, al final del proceso y con la consecuente violación del derecho de defensa para la demandada.

A mi entender queda claro la violación del principio de congruencia por cuanto se pronunció sobre cuestiones no pedidas, declarando "disuelta una sociedad habida entre las partes, respecto del inmueble matrícula 17580-Confluencia… la venta del inmueble cuyo producido se partirá en partes iguales"… Cuando el actor solicitó "la división" y el reconocimiento judicial del 50% como mínimo, de la propiedad… Ordenándose la inscripción pertinente en el Registro de la propiedad Inmueble (Conf., inc. F, petitorio, pto. VII de la demanda).

Asimismo, cuando muta la división de la sociedad primigeniamente pretendida, para abordar el tema del inmueble inscripto registralmente a nombre de uno de los concubinos desde la óptica de la división de un condominio.

Así, porque frente a las pretensiones del actor, dentro de la "acción de disolución de sociedad" (irregular o de hecho), la demandada asumió una actitud pasiva (no reprochable por cierto) sobre el reclamo del 50% del inmueble, alegando que "fue voluntad expresa del hoy actor que se inscribiera a mi nombre" (conf. fs. 48 vta. Segundo párrafo).

Ahora bien, muy probablemente de haber iniciado el actor otra acción (que la de disolución de sociedad), la demandada podría haber invocado otras defensas (con el correspondiente ofrecimiento de prueba), por lo que considero que corresponde hacer lugar al agravio y en consecuencia, revocar la "disolución" decretada respecto del inmueble matrícula 17.580, dejando sin efecto lo así decidido.

Corresponde ahora expedirme sobre el segundo agravio, esto es si corresponde la división de la sociedad respecto del inmueble ya mencionado y al respecto, teniendo en cuenta que cuando se persigue dividir bienes en común o la vivienda en común de los concubinos, la vía elegida no es el camino, puesto que no existe la explotación en común de ese bien" ni participación en las utilidades y pérdidas.

La existencia de un inmueble, puede importar eventualmente una comunidad de derechos e intereses sobre ese inmueble.

Distinto es el caso de la explotación comercial de "Rancho Río" al que más adelante me referiré.

Volviendo al inmueble referido, tal como lo expone Graciela Medina que cuando "existen bienes en común, los concubinos pueden recurrir a la acción de disolución del condominio. Esta acción deberá ejercerse junto a la acción

de simulación o interposición de personas cuando se trate de bienes registrables que se encuentran inscriptos a nombre de uno de los concubinos, cuando en realidad ambos han hecho aportes para el pago del precio y adquisición del bien." (Proceso de Uniones de Hecho" Revista de Derecho procesal Rubinzal Culzoni, Derecho Procesal de Familia, T. II, 2202-2, 183).

Sin perjuicio de lo expuesto, y yendo a las constancias de la causa, es cierto que la liberalidad no se presume y quien lo alega tiene "en principio" la carga de probarlo y al respecto se ha dicho que:

"…toda liberalidad es un acto de empobrecimiento debe exigirse a quien la invoca como fundamento de una tesitura procesal, una prueba categórica, idónea que acredite fehacientemente el animo de favorecer que habría tenido el presunto donante, ya que la donación abarca toda renuncia patrimonial gratuita en favor del donatario que empobrece el patrimonio del donante, con ánimo de beneficiar al donatario y en tanto este no la rehúse" (SCBA, AC. 75719 S, 20/09/2000, "Carrizo de Hernando, Sara Angélica c/ Basso, Hugo Carlos y otra s/ Acción meramente declarativa" L.L Cita online: 14/74276).

Pero también es verdad que el actor al demandar sostuvo "…en razón de haber nacido nuestra hija A. y como muestra de mi deseo de compartir con mi pareja los pocos bienes que el suscripto poseía, decidí inscribir el inmueble descripto a nombre de la Sra. B., como consta en la copia de la escritura pública que adjunto a la presente".

Por lo tanto, disiento con la valoración de la magistrada de tal liberalidad, porque considero que la transcripta expresión del actor, importa un reconocimiento de la liberalidad que invocó la demandada al contestar, que la releva de la prueba exigida, tanto más, cuando la escrituración a nombre de la demandada, fue realizada durante la época del concubinato, ya con familia constituida al haber nacido la hija de ambos, siendo que la donación es un contrato válido entre concubinos, porque al no tener las prohibiciones de la sociedad conyugal, gozan de plena libertad para contratar entre sí.

Por otra parte, tal como lo expone Bossert "lo que se hace con la intención de realizar un acto a título gratuito (donación, etc.), por elementales principios jurídicos no puede dar lugar a una reclamación de resarcimiento. Además, no habría inexistencia de causa, esta sería el animus donando (según la tradicional doctrina casualista) o el afecto, el agradecimiento, etc. (conforme la concesión de la causa-motivo). Por cierto que será el concubino demandado quien habrá de acreditar que la prestación se hizo con la intención de realizar una donación u otro acto de liberalidad" (en "Régimen jurídico del concubinato", p. 111).

Al respecto se ha dicho que "Frente a una comunidad de intereses, cuando el dominio de un inmueble figura a nombre de ambos concubinos, cabe la aplicación de las reglas del condominio, pero no es posible ello cuando aparece el titulo dominial a nombre exclusivo de uno de ellos. De los que se deduce que la sola titularidad a nombre de uno de los concubinos determina sin tergiversación ni interpretación alguna, la exclusiva propiedad. Y presume respecto de los muebles existentes en el inmueble la misma titularidad (art. 2412, Cód. Civil), salvo prueba en contrario" (de la sentencia de primera Instancia) (CNCiv., Sala G, 23/3/93, "V.A., c. L.", L.L. 1994-C- 54; DJ, 1993-2-958).

Por todo lo expuesto, es que considero que corresponde rechazar la presente acción respecto a la pretensión de dividir la sociedad respecto al inmueble matrícula 17.580-Confluencia.

En consecuencia, devienen abstractos los agravios tercero y cuarto.Abordando la quinta queja, es decir, referida a la violación del régimen de la ley 19550 alegando que la jueza arrasó con las normas de orden publico previstas en los arts. 22 y 101 a 112 del mencionado cuerpo legal y criticando que haya declarado tácitamente disuelta, adelanto que no prosperará.

En efecto, teniendo en cuenta que la explotación comercial "Rancho Río", feneció en septiembre de 2004, se advierte que la sociedad de hecho dejó de funcionar como tal desde esa fecha, porque es justamente respecto a tal explotación que fue reconocida la existencia de esa sociedad, con lo cual encuentro ajustada la orden de liquidación dispuesta en la sentencia.

Por otra parte, considero que lo que se persigue a través de esta queja no es la forma de disolución y liquidación sino, de cambiar la imposición de costas, cuestión que deviene abstracta porque en función del pronunciamiento en esta

instancia y de lo prescripto por el art. 279 del Código Procesal, serán modificadas debiendo imponerse en el orden causado (art. 71 del Código Procesal).

IV.- En consecuencia, propongo al Acuerdo, se haga lugar al recurso parcialmente, modificándose la sentencia dictada a fs. 307/315, en cuanto atribuye al actor el 50% del inmueble matrícula 17580-Confluencia, dejándolo sin efecto y rechazando tal pretensión, y modificar las costas de la instancia de grado disponiendo que las mismas y las de esta instancia sean distribuidas en el orden causado (art. 279 y 71 del Código Procesal). Le regulación de honorarios se diferirá para su oportunidad.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, aunque hago reserva de no compartir la estrictez del concepto del concepto de la congruencia procesal expuesto en el desarrollo de la fundamentación.

Por ello esta SALA II,

RESUELVE:

I.- Modificar la sentencia dictada a fs. 307/315, en cuanto atribuye al actor el 50% del inmueble matrícula n° 17580-Confluencia, dejándolo sin efecto y rechazando tal pretensión, y modificar las costas de la instancia de grado en el orden causado (arts. 279 y 71, Código Procesal).

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado y diferir la regulación de honorarios profesionales para el momento de contar con pautas a tal fin (art. 71, Código Procesal y art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA

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

**"FERNANDEZ HUESCAR LUCIA IMELDA C/ AMATO CLAUDIA MARCELA S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 389839/2009) – Sentencia: 129/15 – Fecha: 25/08/2015

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO INDIRECTO. DEFICIENTE REGISTRACION. DIFERENCIAS SALARIALES. HORAS EXTRAS. INTIMACIONES. PRESUNCION. CARGA DEL EMPLEADOR. PLAZO. SILENCIO PARCIAL. RESCISION JUSTIFICADA.

1.- Resulta justificada la situación de despido indirecto en que se colocó la trabajadora en tanto no concuerdo con la conclusión a la que arribó el a quo quien consideró que la causal del despido indirecto es falsa toda vez que no hubo silencio de la demandada, ya que omite considerar en que momento la respuesta de la empleadora ingresó en la esfera de conocimiento de la parte actora.

2.- El silencio del empleador no es una injuria autónoma, sino que solamente crea una presunción de veracidad sobre las afirmaciones del trabajador, y debe ser considerado respecto del incumplimiento denunciado en la intimación sobre la cual

existía la obligación legal de expedirse. Ello así, de las constancias de autos surge que no existía al momento del despido obligación legal de expedirse por parte del empleador respecto de la incorrecta registración del contrato de trabajo, dado que el plazo otorgado por la misma trabajadora a tal fin se encontraba vigente. Con relación a este incumplimiento la situación de despido indirecto en que se colocó la actora deviene extemporánea por apresurada. Sí existía al momento de la comunicación del despido la obligación de expedirse sobre las diferencias salariales y las horas extras, por lo que respecto de este supuesto incumplimiento el despido es temporáneo.

3.- Sabido es que cuando se invocan distintos incumplimientos como causa de la ruptura unilateral del contrato de trabajo, basta con que se compruebe uno solo de ellos para tener a aquella por justificada.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 25 de Agosto de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "FERNANDEZ HUESCAR LUCIA IMELDA C/ AMATO CLAUDIA MARCELA S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", (Expte. Nº 389839/2009), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 4 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 478/483 vta., que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia por el rechazo de la indemnización por antigüedad, indemnización sustitutiva del preaviso, integración mes del despido, SAC sobre estos dos últimos rubros, y la multa del art. 15 de la Ley Nacional de Empleo.

Dice que constituye un exceso ritual manifiesto y contrario a una interpretación sistemática y congruente de la ley, sostener que la injuria fundante del despido indirecto sea el silencio de la empleadora ante la previa intimación de la trabajadora.

Sigue diciendo que la norma del art. 243 de la LCT, en cuanto prohíbe modificar en juicio la causal del despido invocada para fundar la ruptura del contrato de trabajo, debe ser interpretada atendiendo a la finalidad que inspiró su dictado, esto es, que la contraparte conozca de antemano el motivo que justificó el distracto, quedando de este modo resguardado su derecho de defensa.

Señala que teniendo en cuenta el tenor de la intimación cursada por el actor en fecha 12 de septiembre de 2007, y la respuesta de la demandada en fecha 17 de septiembre de 2007, no puede haber dudas respecto a que los motivos en que se fundó el despido indirecto fue la defectuosa registración de la trabajadora y la falta de pago de las diferencias salariales inherentes a su irregular situación.

Cita doctrina y jurisprudencia.

Agrega que en autos se encuentra probada la injuria desde el momento que se acreditó que la demandada falseó la fecha de ingreso de la actora, y la jornada laboral desde diciembre de 2006, como así también las remuneraciones.

Critica la conclusión del a quo referida a que era imposible que la actora continuara trabajando para la demandada ya que había ingresado a otro trabajo.

Entiende que esta conclusión se fundamenta en el informe obrante a fs. 222, y a lo comunicado por la AFIP a fs. 267, pero, argumenta el apelante, se equivoca el juez de primera instancia al omitir lo informado por la empresa TAUSA en la nota con cargo de fecha 20 de abril de 2011, con relación a que el cargo ofrecido era de carácter temporario.

Sostiene que esta información es decisiva para desmentir la alegada incompatibilidad entre uno y otro trabajo, ya que el nuevo puesto de trabajo era temporario, en tanto que el que tenía con la demandada era permanente.

Considera que habiendo, la accionada, incurrido en forma previa en un grave incumplimiento de sus obligaciones contractuales, la actora se encontraba habilitada para retener tareas hasta tanto se subsanara la deficiencia denunciada.

Señala que la sentencia recurrida ha omitido expedirse sobre la entrega de los certificados previstos en el art. 80 de la LCT.

b) La parte demandada no contesta el traslado de la expresión de agravios.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación planteado por la parte actora, he de comenzar el análisis por la cuestión referida a la situación de despido indirecto en que se colocó la trabajadora de autos.

El intercambio epistolar no se encuentra controvertido por las partes.

De él surge que con fecha 12 de septiembre de 2007 (telegrama obrero de fs. 16), la actora intimó a su empleadora a que: a) registrara correctamente la fecha de ingreso y la jornada laboral; b) le abonara diferencias salariales por tareas adicionales y horas extras trabajadas durante los días sábados por la tarde. Para el cumplimiento de la primera intimación otorga 30 días, y respecto de la segunda, 48 horas.

Con fecha 17 de septiembre de 2007 (carta documento de fs. 12), la demandada por intermedio de su apoderado – representación no cuestionada por la parte actora- rechaza la intimación de la trabajadora y, en lo que aquí interesa, sostiene que la actora se encuentra debidamente registrada, niega adeudar diferencias salariales por tareas adicionales y por horas extras.

El día 19 de septiembre de 2007 la demandante remite el telegrama obrero de fs. 13, que textualmente dice: "Ante su silencio injustificado me considero despedida por su exclusiva responsabilidad. Intimo plazo 48 horas abone liquidaciones de ley y haga entrega de certificados y certificaciones, bajo apercibimiento de accionar judicialmente".

El a quo ha considerado que la causal del despido indirecto es falsa toda vez que no hubo silencio de la demandada, sino que ésta respondió a la intimación. No estoy de acuerdo con esta conclusión ya que la sentencia de grado omite considerar en que momento la respuesta de la empleadora ingresó en la esfera de conocimiento de la parte actora.

De acuerdo con la documentación de fs. 112/114, acompañada por la demandada, la carta documento con la respuesta a la intimación formulada por la trabajadora fue recibida por ésta con fecha 24 de septiembre de 2007. No obstante ello, he de estar a la fecha reconocida por la actora como de recepción de esta comunicación: 20 de septiembre de 2007 (fs. 51).

Considerando la fecha reconocida por la demandante, de todos modos la actora no conocía la respuesta de la demandada en oportunidad de remitir la comunicación del despido: 19 de septiembre de 2007.

De ello se sigue que existió el silencio de la empleadora, aunque parcial, cuando la trabajadora se colocó en situación de despido indirecto. Por ende, la causal invocada por la trabajadora no es falsa.

Digo que el silencio es parcial desde el momento que al 19 de septiembre de 2007 no había transcurrido el plazo de 30 días otorgado para proceder a la correcta registración de la relación de trabajo, pero si se encontraba vencido, en exceso, el plazo de 48 horas otorgado para el pago de las diferencias salariales y horas suplementarias.

El art. 57 de la LCT determina que "constituirá presunción en contra del empleador su silencio ante la intimación hecha por el trabajador de modo fehaciente, relativa al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo al tiempo de su formalización, ejecución, suspensión, reanudación, extinción o cualquier otra circunstancia que haga que se creen, modifiquen o extingan derechos derivados del mismo. A tal efecto dicho silencio deberá subsistir durante un plazo razonable el que nunca será inferior a dos (2) días hábiles".

El silencio del empleador no es una injuria autónoma, sino que solamente crea una presunción de veracidad sobre las afirmaciones del trabajador, y debe ser considerado respecto del incumplimiento denunciado en la intimación sobre la cual existía la obligación legal de expedirse.

La jurisprudencia tiene dicho que la directiva que emana del art. 57 de la LCT no es idónea a efectos de constituir por si sola la existencia de injuria laboral, porque de su aplicación se deriva – a lo sumo- que deba presumirse cierto el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo imputado en el telegrama intimatorio (CNAT, Sala II, "Carri c/ Royal & Sun Alliance Seguros Argentina S.A.", 5/2/2009, LL on line AR/JUR/5716/2009).

En autos, como ya lo señalé, no existía al momento del despido obligación legal de expedirse por parte del empleador respecto de la incorrecta registración del contrato de trabajo, dado que el plazo otorgado por la misma trabajadora a tal fin se encontraba vigente. Con relación a este incumplimiento la situación de despido indirecto en que se colocó la actora deviene extemporánea por apresurada.

Sí existía al momento de la comunicación del despido la obligación de expedirse sobre las diferencias salariales y las horas extras, por lo que respecto de este supuesto incumplimiento el despido es temporáneo.

Luego, la sentencia de primera instancia rechaza el reclamo por horas extras, extremo no cuestionado por las partes, por lo que sobre este aspecto no se ha acreditado la causa del despido indirecto.

Sin embargo, el juez de grado ha hecho lugar al reclamo por diferencias salariales (adicional de caja), cuestión que tampoco se encuentra controvertida ante la Alzada, y que determina que la situación de despido indirecto en que se colocó la actora sea justificada.

Sabido es que cuando se invocan distintos incumplimientos como causa de la ruptura unilateral del contrato de trabajo, basta con que se compruebe uno solo de ellos para tener a aquella por justificada.

Por tanto la demanda progresa también por la indemnización por despido, la indemnización sustitutiva del preaviso y la integración del mes del despido.

Tomando como base de la liquidación la mejor remuneración mensual, normal y habitual determinada en la sentencia de grado ($ 4.927,77) –la que se encuentra firme-, el SAC sobre esta remuneración ($ 410,65) y la antigüedad de la actora al momento del distracto (3 años), la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT asciende a la suma de $ 16.015,26. La indemnización sustitutiva del preaviso asciende a $ 1.330,98; SAC sobre preaviso, $ 110,84; integración mes del despido, $ 488,03; SAC sobre integración, $ 40,67. Cabe señalar que la liquidación de estos últimos rubros se ha realizado en base al criterio de normalidad próxima, partiendo del salario percibido en el mes de agosto de 2007.

La multa del art. 15 de la Ley 24.013 no resulta procedente por cuanto la causal por la que se ha justificado la situación de despido indirecto no se vincula con los supuestos previstos en los arts. 8, 9 y 10 de la misma ley, en tanto las diferencias salariales no formaron parte del reclamo por incorrecta registración de la relación laboral.

III.- Asiste también razón al apelante en lo referente a la entrega de los certificados previstos en el art. 80 de la LCT.

La sentencia de grado ha quedado firme en cuanto considera que los certificados entregados a la actora no se ajustan a la real relación laboral que unió a las partes, en tanto que la demandante ha solicitado expresamente la entrega de estas certificaciones al modificar su demanda (fs. 59 vta.).

Consecuentemente, ha de intimarse a la parte demandada para que dentro de los treinta días de quedar firme la presente entregue a la actora los certificados y constancias documentales a las que refiere el art. 80 de la LCT, acordes a los términos de la sentencia de primera instancia, bajo apercibimiento de aplicar astreintes por cada día de demora.

IV.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y modificar parcialmente el resolutorio apelado, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de $30.068,14, e intimando a la parte demandada para que dentro de los treinta días de quedar firme la presente haga entrega a la actora de los certificados a que refiere el art. 80 de la LCT, en los términos que resultan de la sentencia de primera instancia, bajo apercibimiento de aplicar astreintes por cada día de demora.

Dado la variación del capital de condena, se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia (srt. 279, CPCyC), fijando los emolumentos profesionales en el 22,4% de la base regulatoria (art. 20, Ley 1.594) para el letrado apoderado de la parte actora Dr. ...; y el 7,84% de la base regulatoria para cada uno de los letrados apoderados de la parte demandada Dres. ... y ..., de conformidad con lo prescripto por los arts. 6, 7, 10 y 11 de la norma arancelaria.

Los honorarios del perito contador ..., teniendo en cuenta la labor realizada y la adecuada proporción que debe guardar la retribución de los peritos con la de los abogados de las partes, se fijan en el 3% de la base regulatoria.

Las costas por la actuación en la segunda instancia se imponen a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC), regulando los honorarios del letrado de la parte actora Dr. ... en el 30% del monto que se determine por igual concepto para la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II,

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 478/483 vta., incrementando el capital de condena en la suma de $30.068,14, e intimando a la parte demandada para que dentro de los treinta días de quedar firme la presente haga entrega a la actora de los certificados a que refiere el art. 80 de la LCT, en los términos que resultan de la sentencia de primera instancia, bajo apercibimiento de aplicar astreintes por cada día de demora.

II.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia (srt. 279, CPCyC), fijando los emolumentos profesionales en el 22,4% de la base regulatoria (art. 20, Ley 1.594) para el letrado apoderado de la parte actora Dr. ...; y el 7,84% de la base regulatoria para cada uno de los letrados apoderados de la parte demandada Dres. ... y ..., de conformidad con lo prescripto por los arts. 6, 7, 10 y 11 de la norma arancelaria.

III.- Regular los honorarios del perito contador ... en el 3% de la base regulatoria, de acuerdo a lo indicado en los Considerandos.

IV.- Imponer las costas por la actuación en la segunda instancia a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC), regulando los honorarios del letrado de la parte actora Dr. ... en el 30% del monto que se determine por igual concepto para la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA

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

**"JUAREZ HECTOR HUGO Y OTROS C/ FRUTOS DEL CHAÑAR S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 414956/2010) – Sentencia: 130/15 – Fecha: 25/08/2015

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO. CAUSA DEL DESPIDO. COMUNICACION. INJURIA LABORAL. TRABAJO A DESGANO. DESPIDO SIN JUSTA CAUSA. BASE INDEMNIZATORIA. INCLUSION DEL SAC. CERTIFICADO DE TRABAJO. MULTA DEFICIENTE REGISTRACION. MULTA. INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO. INTIMACION PREVIA. MULTA. IMPROCEDENCIA.

1.- [...] la descripción de las razones en base a las cuales se despide a un trabajador deben ser claras y que las fórmulas genéricas en principio, no cumplen con tal recaudo. Sin embargo, dicha generalidad o imprecisión no es tal si de la prueba surge cual o cuales fueron las razones en base a las cuales se despidió al trabajador y ello era sabido por el reclamante.

2.- [...] considero que existió una desproporción en función de la falta cometida – trabajo a desgano- y la abrupta ruptura del contrato de trabajo dispuesto por la

empleadora directamente, y sin que mediara una conducta previa a fin de que los actores desistieran de su conducta, y es por ello que resulta procedente el reclamo que formulan por existir un despido sin causa justificada suficientemente.

3.- Con relación a la incorporación del aguinaldo a la remuneración mensual, hace ya tiempo que me he adherido a la postura mayoritaria de esta Cámara (Salas I y II), pronunciándonos en sentido afirmativo. Así, la causa "Correa Diego" (Expte. N° 367418/8, del 29/08/2013), con voto de la Dra. Clerici, al que adherí, sostuvimos que "Por otra parte, no debe perderse de vista que la indemnización del art. 245 de la ley laboral toma como parámetro a efectos de reparar los daños y perjuicios derivados de la ruptura unilateral e injustificada del vínculo de trabajo, la situación salarial en la que se encontró el trabajador durante el año anterior al distracto, o el término menor trabajado, con el objeto de que aquella reparación –tarifada- sea lo más adecuada posible a la entidad del perjuicio ocasionado (que se traduce en la pérdida del puesto de trabajo y, consiguientemente, del ingreso mensual que obtenía como consecuencia de la puesta a disposición del empleador), por lo que no incluir el proporcional del SAC en esta base de cálculo contraría la finalidad apuntada ya que, conforme lo explicado, el SAC es salario de pago diferido pero devengado mes a mes". (Conf. autos "OLIVIERO ISOLINA EMILIA C/ POLITI MIGUEL ANGEL S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION",Expte. N° 361135/7, Sala II, 02/10/12)."

3.- [...] la multa –Art. 2 Ley 25323- no es pertinente y debe ser dejada sin efecto dado que el despido se reputó injustificado por cuanto la sanción fue desproporcionado, con lo cual y como la valoración de la injuria depende de la apreciación judicial y la conducta imputada a los trabajadores quedó demostrada, es que en el caso pudo considerarse con legítimo derecho a actuar como lo hizo.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 25 de agosto de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "JUAREZ HECTOR HUGO Y OTROS C/ FRUTOS DEL CHAÑAR S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", (Expte. N° 414956/2010), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 4 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 456/484 hace lugar a la demanda y en consecuencia condena a Frutos del Chañar a abonar las sumas indicadas para cada uno de los actores, 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. 445/503 y cuyo traslado es respondido a fs. 506/507.

Luego de cuestionar la interpretación que da el juez en relación a los términos de la carta documento por la cual se despide a parte de los actores indicando que existió una violación del principio de congruencia, señala que los actores conocían perfectamente la causa del despido conforme se desprende de las testimoniales existiendo un manifiesto desinterés por parte del juez para buscar la verdad.

Cuestiona en segundo lugar la inclusión del SAC en la base indemnizatoria, citando un precedente de la Sala III.

El tercer agravio se refiere a la improcedencia de la multa del artículo 1 de la ley 25.323 señalando que existió una nueva violación del principio de congruencia, toda vez que los actores esgrimieron una determinada falta que fue cambiada por el juez.

El cuarto agravio consiste en objetar la multa del artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo ya que no se exige la certificación de firma.

Cuestiona la multa del artículo 2 de la ley 25.323 e indica que cuestionó su inconstitucionalidad y que de todas formas existieron razones suficientes para su accionar.

Por último, objeta la inclusión de los intereses en la base regulatoria.

II.- Corresponde analizar en primer lugar los agravios referidos a si el despido se encuentra justificado o no.

Al respecto hemos dicho:

"Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas señalo que, pese a los esfuerzos del quejoso, considero que apreciada y valorada la prueba producida en los términos del artículo 386 del Código de rito, no se advierte que el despido del actor resultara injustificado.

Al respecto y sobre el tema hemos dicho: "Sobre el tema del despido hemos dicho que de acuerdo con la primera parte de articulo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo no todo acto de incumplimiento constituye causa de denuncia del contrato, sino sólo aquel que pueda configurar injuria, debiendo destacarse que la falta puede ser grave en sí misma y justificar la rescisión del contrato y a su vez, una falta en sí leve y que considerada aisladamente no podría configurar el despido, puede tornarse grave y justificar la ruptura del vínculo laboral en relación a la conducta anterior del dependiente (JUBA7 NQN 0000106).

"También, que la valoración de los hechos que configuran la injuria debe ser hecha por el Juez, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resultan de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la Ley de Contrato de Trabajo y las modalidades y circunstancias personales en cada caso. Es que el legislador ha reconocido a la injuria su naturaleza fundamentalmente casuística, volcando en la norma pautas generales, cuya interpretación y valoración delega en el órgano jurisdiccional (PS. 1990 II 357 Sala II;PS. 1989 II 333 Sala II; PS. 1993 III 557 Sala I, etc.)(JUBA7 NQN Q0000107)".

Asimismo que cualquier despido, para ser válido, debe reunir requisitos de proporcionalidad, oportunidad o contemporaneidad, causalidad y respeto del principio non bis in ídem.

Con relación a la proporcionalidad, la ley requiere que la injuria sea grave, de manera tal que haga insostenible el vínculo, debiendo tenerse presente que la Ley de Contrato de Trabajo tiende a que se privilegie, dentro de lo posible, el mantenimiento de la fuente de trabajo en aras de la armonía y buena fe que debe primar entre patrones y empleados, no sólo para su propio beneficio, sino para el bien común en general. De allí que se ha de tratar que dicho vínculo no sea disuelto intempestivamente por una de las partes si realmente no median causas graves que así lo justifiquen (JUBA7 NQN, Q0000142).

En el mismo sentido, el sistema legal vigente tiende a privilegiar la subsistencia de las relaciones laborales y la parte que asume la iniciativa de ponerle fin, carga con la demostración de una conducta inexcusablemente incompatible con la prosecución del vínculo, demostración que no debe dejar margen de dudas (CNTrab. Sala V, 31/10/81, DT 89 A 66)(JUBA7 NQN Q0000143).

Examinada la queja vertida y los términos de la pretensión, entiendo que no asiste razón a la quejosa.

En primer lugar, señalo que coincido con la queja que formula la parte en relación a la imputación de una defectuosa redacción en la carta documento por parte del sentenciante, agregando que ni la propia actora sostiene la postura del sentenciante como se desprende claramente de la contestación de agravios.

Asimismo comparto, tal como lo ha postulado la Sala en reiteradas oportunidades, que la descripción de las razones en base a las cuales se despide a un trabajador deben ser claras y que las fórmulas genéricas en principio, no cumplen con tal recaudo.

Sin embargo, dicha generalidad o imprecisión no es tal si de la prueba surge cual o cuales fueron las razones en base a las cuales se despidió al trabajador y ello era sabido por el reclamante.

Es clara que en el caso de autos dicho requisito se encuentra demostrado toda vez que es evidente, conforma las declaraciones testimoniales, que los actores fueron despedidos en virtud del trabajo a desgano que realizaron durante la cosecha.

Ahora bien, dicha sanción aparece como efectiva en función de la antigüedad de los trabajadores despedidos y por cuanto no medió previamente una intimación fehaciente a fin de lograr que volvieran a desempeñar tareas.

En tal sentido, considero que existió una desproporción en función de la falta cometida y la abrupta ruptura del contrato de trabajo dispuesto por la empleadora directamente, y sin que mediara una conducta previa a fin de que los actores desistieran de su conducta, y es por ello que resulta procedente el reclamo que formulan por existir un despido sin causa justificada suficientemente.

Señalo que la conclusión a que arribo no viola el principio de congruencia toda vez que en la demanda se aludió a que el despido no era proporcionado, con lo cual dicho tema se encuentra debidamente introducido al debate y al respecto me remito al escrito de demanda cuando a fs. 219 se apunta a la proporcionalidad del despido.

III.- El segundo agravio referido a la inclusión del SAC a la base indemnizatoria tampoco tendrá andamiento.

Con relación a la incorporación del aguinaldo a la remuneración mensual, hace ya tiempo que me he adherido a la postura mayoritaria de esta Cámara (Salas I y II), pronunciándonos en sentido afirmativo.

Así, la causa "Correa Diego" (Expte. N° 367418/8, del 29/08/2013), con voto de la Dra. Clerici, al que adherí, sostuvimos que "En cuanto a la inclusión del SAC proporcional en el cálculo de la mejor remuneración mensual, normal y habitual comparto el criterio del a quo. He dicho en autos "Cañicura c/ Empresa Zille" (P.S. 2011-IV, f° 707/719) que: "Con relación a la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, he de reconocer que ni la doctrina ni la jurisprudencia son pacíficas en orden a la inclusión del proporcional del SAC en la mejor remuneración mensual, normal y habitual a que hace alusión la norma que regula la indemnización por antigüedad. Los dos criterios vigentes en la materia son, por un lado, el de la CNAT en pleno (por mayoría) que sustenta la no inclusión en la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la LCT de la parte proporcional del sueldo anual complementario (plenario "Tulosai c/ Banco Central de la República Argentina", sentencia del 19 de noviembre de 2009); y por el otro, el de la SCJBA, que adhiere a la postura contraria, por ser el sueldo anual complementario un salario diferido (autos "Helmann c/ Rigolleau S.A.", sentencia del 16 de noviembre de 1982).

"Teniendo que decidir entre una postura u otra, adhiero a la del tribunal bonaerense. Ello así por cuanto la norma (art. 245, LCT) determina que la base de cálculo es la mejor remuneración mensual, normal y habitual "devengada". Por ende, debe ser incluida en esta base toda remuneración, por más que se abone anualmente o semestralmente, en tanto se devengue proporcionalmente al tiempo trabajado (cfr. Grisolía, Julio A., op. cit., pág. 1074, aclarando que este autor no adhiere a la postura que sustento), y siendo el sueldo anual complementario de este tipo de remuneración, el mejor salario a considerar para obtener el resarcimiento tarifado por el despido incausado ha de incluir necesariamente el proporcional del SAC.

"Jorge Rodríguez Mancini señala que las remuneraciones anuales o semestrales se van ganando día a día o mes a mes, por lo que resulta razonable que en la base mensual se integren las partes proporcionales ganadas aunque no se hayan pagado todavía ("Ley de Contrato de Trabajo Comentada", T. IV, pág. 438/439).

"El sueldo anual complementario es una remuneración adicional que se devenga mes a mes ya que, de otro modo y como bien lo pone de manifiesto el a quo, no tendría razón de ser el pago proporcional dispuesto en el art. 123 de la LCT. Por tanto, y conforme ya lo adelantara, corresponde su inclusión en la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT."

"Por otra parte, no debe perderse de vista que la indemnización del art. 245 de la ley laboral toma como parámetro a efectos de reparar los daños y perjuicios derivados de la ruptura unilateral e injustificada del vínculo de trabajo, la situación salarial en la que se encontró el trabajador durante el año anterior al distracto, o el término menor trabajado, con el objeto de que aquella reparación –tarifada- sea lo más adecuada posible a la entidad del perjuicio ocasionado

(que se traduce en la pérdida del puesto de trabajo y, consiguientemente, del ingreso mensual que obtenía como consecuencia de la puesta a disposición del empleador), por lo que no incluir el proporcional del SAC en esta base de cálculo contraría la finalidad apuntada ya que, conforme lo explicado, el SAC es salario de pago diferido pero devengado mes a mes". (Conf. autos "OLIVIERO ISOLINA EMILIA C/ POLITI MIGUEL ANGEL S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION",Expte. Nº 361135/7, Sala II, 02/10/12)."

En consecuencia, este agravio será rechazado.

IV.- En relación a la multa del artículo 1 de la ley 25.323, también se comparte el agravio referido por el quejoso en relación a que medió por parte del juez una violación al principio de congruencia, toda vez que se basó en un hecho no alegado por los actores con lo cual se produjo una violación al derecho de defensa.

Si bien es cierto que el juez aplica el derecho que entiende aplicable al caso, como alega el actor al contestar los agravios, ello es así siempre y cuando no implique una modificación de los términos de la pretensión.

Ahora bien, sin perjuicio de ello lo cierto es que la causal alegada por los actores se encuentra demostrada razón por la cual la multa se mantendrá.

Ello en función de lo informado por la AFIP a fs. 332/349, ya que a ninguno de los actores se les depositaron los aportes de los meses de enero y febrero del 2.010.

V.- En cuanto a la multa del artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo asiste razón a la apelante en lo que se refiere a que, nuevamente, el juez violó el principio de congruencia al justificar la imposición de la multa por no estar certificada la firma del empleador.

Sin perjuicio de ello, se señala que la exigencia de la certificación de firma figura en el formulario adjuntado por la demandada al contestar la pretensión, y bien podría agregarse que ni siquiera figura la fecha en que fueron confeccionados los certificados.

No obstante, entiendo que la multa resulta pertinente toda vez que los trabajadores requirieron la entrega de los certificados de conformidad y con los recaudos de la legislación vigente y los mismos no fueron entregados dentro del plazo acordado, los que fueron recién agregados al contestarse la demanda y al carecer de fecha de expedición no puede sostenerse que fueron confeccionados dentro del plazo fijado.

En consecuencia la multa es pertinente por la demora incurrida.

VI.- En relación a la multa del artículo 2 de la ley 25.323, plantea la demandada la inconstitucionalidad de la norma, la que considero que no puede prosperar, toda vez que no se hace cargo de los argumentos en base a los cuales el sentenciante desestimara el planteo que dedujera al contestar la demanda.

Se comparte así la postura del juez toda vez que, pese a lo afirmado por el quejoso, en modo alguno se impide el acceso a la justicia ya que la misma se aplica para el supuesto de no abonarse las indemnizaciones previstas en las normas citadas y previa intimación y, por otro lado, el segundo párrafo permite analizar la conducta del empleador en relación al tema a fin de determinar si es procedente la sanción.

De este modo, entiendo que en el caso la multa no es pertinente y debe ser dejada sin efecto dado que el despido se reputó injustificado por cuanto la sanción fue desproporcionado, con lo cual y como la valoración de la injuria depende de la apreciación judicial y la conducta imputada a los trabajadores quedó demostrada, es que en el caso pudo considerarse con legítimo derecho a actuar como lo hizo.

Así hemos dicho:

Al respecto, en la causa "Pacheco" (expte. N° 378304/20089, de fecha 19/12/2013, sostuve;

"En ocasión de adherir a un voto de la Dra. Clerici acordamos:

"Con respecto a las multas que el a quo declaró procedentes y aquellas que no, en atención a las circunstancias de autos, entiendo que ninguna de ellas puede ser acogida favorablemente, por lo que corresponde la revocación de lo decidido en la instancia de grado con relación a la multa del art. 1 de la Ley 25.323 y el rechazo de los agravios respecto a la establecida en el art. 2 de la misma ley y en el art. 80 de la LCT."

"Las tres normas señaladas tienen por finalidad compeler al empleador al cumplimiento de las obligaciones legales en orden a la debida registración de la relación laboral (con especial incidencia en el ámbito de la seguridad social) y al

pago de lo debido en el marco del contrato de trabajo, sin obligar al trabajador a transitar las vías administrativas y/o judiciales a efectos de obtener su percepción efectiva."

"Sin embargo, entiendo que estas penalidades resultan operativas en tanto y en cuanto nos encontremos ante una total falta de registración, o ante una deficiente registración y/o reclamo por parte del trabajador, derivada de una conducta maliciosa del empleador, que deliberadamente omite registrar el contrato de trabajo conforme se da en la realidad, o abonar aquello que es debido al trabajador, también como consecuencia de la realidad de la relación."

"Sin embargo, en estos supuestos dudosos, donde la defectuosa registración u omisión de pago deriva, no ya del ocultamiento de la realidad del contrato de trabajo, sino de una interpretación de la naturaleza de la prestación, que solamente puede ser zanjada por decisión judicial, no entiendo razonable la aplicación de estas multas o agravamientos indemnizatorios, ya que ella no cumple la finalidad perseguida por la norma, deviniendo en una excesiva onerosidad para la demandada."

"Cierto es que el art. 1 de la Ley 25.323 no contempla la flexibilización en su aplicación como sí lo hace el art. 2 de la misma normativa. Pero ello no empece, a mi criterio, que se niegue su otorgamiento cuando se advierta, como sucede en autos, que la negativa del empleador a cumplir el requerimiento del demandante o la registración defectuosa de la relación laboral obedezca a razones atendibles y valederas, más allá del resultado del proceso judicial."

VII.- Finalmente, en cuanto a la queja relativa a la inclusión de los intereses en la base regulatoria, y sin perjuicio de la reiterada postura de la Cámara en relación al tema, la queja no tendrá andamiento en virtud de lo dispuesto por la modificación dispuesta por la ley 2.933 al artículo 20 de la ley 1.594.

VIII.- Por las razones expuestas, propongo confirmar la sentencia dictada en lo sustancial, modificándose el monto de condena debiéndose excluir la multa prevista por el artículo 2 de la ley 25.323. Costas de Alzada en un 90% a la demandada y en un 10% a la actora en función del resultado del recurso. Los honorarios serán dejados sin efecto, difiriéndose su consideración para cuando se practique la pertinente liquidación.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 456/484 en lo sustancial, modificándose el monto de condena, debiéndose excluir la multa prevista por el artículo 2 de la ley 25.323.

II.- Imponer las costas de Alzada en un 90% a la demandada y en un 10% a la actora en función del resultado del recurso.

III.- Dejar sin efecto los honorarios profesionales, difiriéndose su consideración para cuando se practique la pertinente liquidación.

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

**"CAPRISTO STELLA MARIS C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 501125/2014) – Interlocutoria: 358/15 – Fecha: 25/08/2015

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

DERECHO A LA SALUD. OBRAS SOCIALES. CIRUGIA. COBERTURA. HOMOLOGACION DE ACUERDO. PRESTACIONES BASICAS. PRESTACIONES DE REHABILITACION. PRESCRIPCION MÉDICA. ACOMPAÑANTE TERAPEUTICO. GASTOS.

La obra social deberá brindarle a la amparista, quien fue intervenida quirúrgicamente, la prestación requerida que consiste en poder contar con un acompañante domiciliario durante una parte del día. No puede discutirse que dicha prestación forma parte del tratamiento de rehabilitación, en tanto ha sido prescripta por el profesional médico que atiende a la accionante. Además, y dado la práctica quirúrgica realizada a la actora -cirugía de revisión de escoliosis variable de complejidad 10-, resulta razonable lo afirmado por ella respecto a la imposibilidad de trasladarse, higienizarse y proveer a su alimentación por sus propios medios. Por ende, la demandada debe otorgar esta prestación de rehabilitación no sólo porque integra el concepto de gastos de rehabilitación, a los que se comprometió en el acuerdo homologado -se comprometió a dar cumplimiento a la prestación de salud requerida y a los gastos que insuma la rehabilitación-, sino también porque está obligada legalmente a ello tal como lo indica el art. 15 de la Ley 24.901.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 25 de Agosto del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CAPRISTO STELLA MARIS C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO", (Expte. Nº 501125/2014), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 4 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y, puestos los autos para resolver, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada interpone recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución de fs. 254 que la intima a brindar la prestación de asistente domiciliario.

Rechazada la revocatoria, se concede el recurso de apelación (fs. 262 vta.).

a) La recurrente sostiene que si bien arribó a un acuerdo con la parte actora donde se comprometió a dar cumplimiento a la prestación de salud requerida y a los gastos que insuma la rehabilitación, entiende que esta última frase no puede incluir la figura del acompañante o asistente domiciliario, ya que ello no es una prestación de salud.

Señala que la misma amparista reconoce, en su escrito de denuncia del incumplimiento del acuerdo, que el asistente domiciliario no fue expresamente incluido en el acuerdo, y que su inclusión en este trámite lo es a fin de evitar promover un nuevo proceso.

Dice que la amparista pretende promover esta pretensión con fundamento en un supuesto rechazo de la obra social, lo que no se ajusta a la realidad desde el momento que la accionada no se pronunció sobre la cobertura pedida.

Entiende que la resolución recurrida vulnera la cosa juzgada y el principio de preclusión, dado que la jueza de grado ha otorgado fuerza de sentencia al acuerdo al que arribaran las partes, el que ahora se amplía de manera injustificada.

Manifiesta que también, y como consecuencia de la decisión adoptada, se vulneran la garantía del debido proceso y el derecho de defensa de su parte, toda vez que la demandada se encuentra sujeta a la voluntad de la actora, y condenada a brindar una prestación que no cuenta con ninguna nota de rehabilitación.

Reitera que el acompañante domiciliario no constituye ningún tipo de prestación médica que conlleve a la rehabilitación de la señora Capristo, siendo una persona que ayuda a otorgar movilidad a otras personas.
Sostiene que si bien el médico tratante puede señalar la necesidad de un acompañante, ello no quiere decir que constituya una prestación médica. Destaca que cualquier persona puede efectuar dicha función, sin necesidad de poseer título habilitante.
b) La parte actora contesta el traslado del memorial a fs. 260/261.
Dice que la amparista solicitó primeramente en instancia administrativa la cobertura de un asistente domiciliario en el marco del convenio homologado en autos, toda vez que la obra social se comprometió a afrontar los gastos que insuma la rehabilitación de la señora Capristo.
Sigue diciendo que la asistencia solicitada debe ser analizada dentro del cuadro de rehabilitación que la actora transita, ya que le está vedado realizar ciertas actividades cotidianas en atención al delicado estado de su columna.
Señala que estas actividades involucran mayormente la asistencia para ciertos traslados personales, para su higienización, preparación de alimentos y tareas propias del rol de ama de casa que desempeñaba en su hogar, y que el médico cirujano le prescribió absoluto reposo, además de la asistencia prestada por un tercero.
Sostiene que la Ley 24.901, a la cual la Provincia del Neuquén adhirió por Ley 2.644, en su art. 39 coloca al asistente domiciliario como una prestación a cargo de la obra social, dada la certificada discapacidad que padece la actora, la que ya existía con carácter previo a la cirugía.
Insiste en que la prestación solicitada debe ser analizada como parte integrante de las tereas de rehabilitación, toda vez que la amparista no debe forzar sus acotadas posibilidades de movimientos, desplazamientos y fuerza.
Aclara que esa tarea no puede ser realizada por ningún familiar, al encontrarse acreditado que la actora convive únicamente con su cónyuge, el que desarrolla una amplia jornada laboral.
II.- El médico tratante de la actora ha solicitado la contratación de un acompañante por día, con una carga horaria de entre cuatro y seis horas (fs. 247).
La demandada ha guardado silencio frente a la petición, por lo que la amparista acude a sede judicial con el objeto que se obligue a la obra social a la provisión de lo requerido por el profesional médico, petición que fue acogida favorablemente por la a quo. El fundamento de la decisión adoptada en primera instancia es que en el acuerdo logrado por los litigantes, homologado judicialmente, la obra social se comprometió a afrontar todos los gastos de rehabilitación de la actora.
Contra esta decisión se alza la demandada.
En primer término no advierto que en autos se encuentren violados ni el derecho de defensa de la demandada, ni la garantía del debido proceso, ni la cosa juzgada, ni la preclusión procesal.
El acuerdo homologado oportunamente por la jueza de grado no se altera por la decisión recurrida, sino que la petición de la amparista constituye una incidencia en torno a la ejecución de ese acuerdo. Va de suyo que al haberse utilizado un término amplio como "los gastos que insuma la rehabilitación" de la actora (fs. 60), pueden suscitarse conflictos respecto del alcance del compromiso asumido por la demandada, conforme sucede en esta oportunidad. Pero tal controversia y su solución no alteran el acuerdo homologado, ya que solamente se trata de precisar que prestaciones se encuentran incluidas o pueden ser consideradas como gastos para la rehabilitación de la amparista.
III.- Luego, y en lo que refiere a la incorporación o no del acompañante domiciliario como gasto necesario para la rehabilitación de la actora, la ley 24.901, a la que nuestra provincia ha adherido por ley 2.644, define a la persona con discapacidad como aquella que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables su integración familiar, social, educacional o laboral (art. 9).
La condición de persona con discapacidad de la actora no se encuentra controvertida en autos. Más aún, la propia demandada ha dado atención a los reclamos de la amparista a través de su Unidad de Discapacidad (fs. 4/14).
Consecuentemente, la amparista se encuentra alcanzada por la legislación citada.

Luego, el art. 15 de la Ley 24.901 define lo que se considera prestaciones de rehabilitación: "…aquellas que mediante el desarrollo de un proceso continuo y coordinado de metodologías y técnicas específicas, instrumentado por un equipo interdisciplinario, tiene por objeto la adquisición y/o restauración de aptitudes e intereses para que una persona con discapacidad, alcance el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social; a través de la recuperación de todas o la mayor parte posible de las capacidades motoras, sensoriales, mentales y/o viscerales, alteradas total o parcialmente por una o más afecciones… En todos los casos se debe brindar cobertura integral en rehabilitación, cualquiera fuera el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodología y técnicas que fuere menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera" (el subrayado me pertenece).

La actora fue sometida a una cirugía de revisión de escoliosis variable de complejidad 10, por presentar diagnóstico de "escoliosis idiopáticas. Estado de artrodesis. Cirugía fallida de escoliosis" (fs. 14; encontrándose ahora en la etapa de rehabilitación.

Su médico tratante, como ya lo señalé, ha indicado la necesidad de que la amparista cuente con un acompañante domiciliario durante una parte del día.

De lo dicho se sigue que esta prestación debe ser brindada por la demandada ya que no puede discutirse que forme parte del tratamiento de rehabilitación, en tanto ha sido prescripta por el profesional médico que atiende a la accionante.

Además, y dado la práctica quirúrgica realizada a la actora, resulta razonable lo afirmado por ella respecto a la imposibilidad de trasladarse, higienizarse y proveer a su alimentación por sus propios medios.

Cierto es que la amparista cuenta con un grupo familiar, conformado por su cónyuge, su madre y su hija; pero esta última vive en la ciudad de La Plata, en tanto que el marido y la madre trabajan, y deben atender a sus ocupaciones diarias, tal como surge de las constancias del expediente.

Por ello no resulta irrazonable la indicación médica de contar con un acompañante domiciliario durante una parte del día.

Por ende, la demandada debe otorgar esta prestación de rehabilitación no sólo porque integra el concepto de gastos de rehabilitación, a los que se comprometió en el acuerdo homologado, sino también porque está obligada legalmente a ello tal como lo indica el art. 15 de la Ley 24.901.

Finalmente, y para despejar toda duda sobre la legitimidad de la resolución de la a quo, destaco que la jurisprudencia adhiere a este criterio amplio en torno a prestaciones de tratamiento y rehabilitación de las personas con discapacidad, habiéndose ordenado a las obras sociales brindar cobertura de "internación en una residencia para tratar la enfermedad incapacitante que padece, en tanto los familiares con los que cuenta viven en un ámbito territorial diferente, con lo que se configuraría un supuesto de grupo familiar no continente que habilita la prestación de sistemas alternativos a éste" (Cám. Nac. Apel. Civ. y Com. Federal, Sala II, "Llorente c/ OSDE Binario", 22/2/2012, LL on line AR/JUR/4493/2012); cuidador domiciliario ante la dificultad humana y/o económica para atender a sus requerimientos cotidianos (Sup. Trib. Justicia Entre Ríos, Sala I, "Martínez c/ IOPSER", 20/4/2011, LL on line AR/JUR/16454/2011); "la internación de la actora en una institución geriátrica de primer nivel, considerando los específicos términos de la prescripción del médico tratante" (Cám. Nac. Apel. Civ. y Com. Federal, Sala I, "Fattory c/ Obra Social Unión Perso. Civ. de la Nación", 13/8/2008, LL on line AR/JUR/2755/2008).

Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y confirmar el resolutorio apelado.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la demandada vencida (art. 69, CPCyC), regulando los honorarios profesionales del patrocinante de la parte actora Dr. ... en la suma de $ 1.800,00, de conformidad con lo establecido en los arts. 6 y 9 de la Ley 1.594.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Confirmar el resolutorio de fs. 254, en todo lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la demandada vencida (art. 69, CPCyC), regulando los honorarios profesionales del patrocinante de la parte actora Dr. ... en la suma de $ 1.800,00, de conformidad con lo establecido en los arts. 6 y 9 de la 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

**"TARDUGNO NORMA AIDE C/ ASOCIART ART S.A. S/ EMBARGO PREVENTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 1611/2014) – Interlocutoria: 359/15 – Fecha: 25/08/2015

DERECHO PROCESAL: MEDIDA CAUTELAR.

DEMANDA. FALTA DE CONTESTACION. EMBARGO PREVENTIVO. PELIGRO EN LA DEMORA. FALTA DE FUNDAMENTACION. LEVANTAMIENTO DE LA MEDIDA.

1.- Ante dicho supuesto -incontestación de la demanda-, entiendo que debe mediar un análisis mas riguroso de la cautelar que se peticiona en especial cuando se pretende embargar sumas de dinero que pueden entorpecer el giro comercial o patrimonial del presunto deudor, con lo cual y sin perjuicio de esa apariencia en relación a la verosimilitud del derecho debe acreditarse, bien que mínimamente, que existe peligro en la demora.

2.- [...] debido a la falta de argumentación del actor en relación al recaudo aludido –peligro en la demora- y toda vez que se trata del embargo de sumas de dinero y en función de la solvencia que cabe presumir por parte de la sociedad demandada –en virtud del régimen de control a que se encuentran sometidas, es que considero que la cautelar no resulta pertinente.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 25 de Agosto del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "TARDUGNO NORMA AIDE C/ ASOCIART ART S.A. S/ EMBARGO PREVENTIVO", (Expte. INC N° 1611/2014), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 1 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y, puestos los autos para resolver, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Al no haber contestado la demanda el accionado, la actora peticiona se trabe un embargo sobre sumas de dinero que el deudor tenga en una entidad bancaria, a lo que el juzgado hace lugar a fs. 63 de este cuadernillo.

La accionada plantea revocatoria con apelación en subsidio contra esa decisión, en los términos que resultan del escrito de fs. 72/75, siendo denegado el primero y concedido el segundo.

Corrido el debido traslado, la actora no lo contesta.

Plantea el quejoso que en el caso existe verosimilitud del derecho dada la incontestación de la demanda, y que se ha prestado la pertinente contracautela pero que no se acreditó el peligro en la demora.

Alude luego a la solvencia de la ART de conformidad con la legislación vigente y cuestiona el monto de la cautelar.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, se advierte que ante la sola incontestación de la demanda, la actora, mediante el escrito que obra a fs. 1 del presente cuadernillo, peticiona el dictado de una medida cautelar sobre las cuentas bancarias de la accionada en un entidad bancaria, sin indicar ni alegar verosimilitud del derecho o que existiera peligro en la demora.

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 50 inc. b) de la ley 921, el juez concede la cautelar.

Ahora bien, cabe recordar que la incontestación de la demanda genera una presunción acerca de la procedencia del reclamo, pero ello no importa que la pretensión prospere automáticamente, toda vez que dependerá de las probanzas que se rindan en la causa y la aplicación al caso del derecho invocado por el actor.

Ante dicho supuesto, entiendo que debe mediar un análisis mas riguroso de la cautelar que se peticiona en especial cuando se pretende embargar sumas de dinero que pueden entorpecer el giro comercial o patrimonial del presunto deudor, con lo cual y sin perjuicio de esa apariencia en relación a la verosimilitud del derecho debe acreditarse, bien que mínimamente, que existe peligro en la demora.

Al respecto, se ha sostenido: "No corresponde decretar embargo preventivo sobre las cuentas bancarias de una compañía de seguros aunque exista procesamiento firme en sede penal y ésta hubiera pedido la suspensión del juicio a prueba, porque si bien podrían considerarse elementos de apariencia suficiente, lo cierto es que tratándose de una compañía de seguros con reconocida solvencia, solo el estado de peligro específico justifica la traba de cautelares. No basta con la mera invocación de una sospecha sobre la imposibilidad futura de responder por la obligación que se le imponga en la sentencia, máxime cuando el embargo de cuentas puede afectar la liquidez de la empresa o su giro comercial" (CNCiv., M, Sumario N° 20811 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil, R. 573306, "SANDOVAL, Tania c/ MARÍA, Viviana Laura y otro s/ART. 250 DEL CÓDIGO PROCESAL - INCIDENTE CIVIL", 31/03/11)…" (cfr. Sala I, "LUQUE JUAN CARLOS CONTRA REYES GUSTAVO RICARDO Y OTRO S/ INC. EMBARGO PREVENTIVO", ICC N° 42449/12).

En tal sentido, en el caso de autos y tal como se indicó, el actor ni siquiera ha mencionado que exista peligro en la demora, sea al peticionar la cautelar o bien cuando pudo ejercer la facultad de responder los agravios toda vez que guardó silencio.

En tales condiciones y en consideración al estado del proceso, la falta de argumentación del actor en relación al recaudo aludido y toda vez que se trata del embargo de sumas de dinero y en función de la solvencia que cabe presumir por parte de la sociedad demandada –en virtud del régimen de control a que se encuentran sometidas, es que considero que la cautelar no resulta pertinente.

En sentido similar, pero relacionado con el artículo 212 del Código Procesal Civil, se pronunció la Sala I en la causa n° 53101 del 26 de agosto del 2.014.

III.- Por las razones expuestas propongo se revoque la resolución cuestionada, dejándose sin efecto el embargo preventivo decretado, con costas en el orden causado atento el silencio de la contraria.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II,

RESUELVE:

I.- Revocar la resolución de fs. 63 de este cuadernillo, dejándose sin efecto el embargo preventivo decretado.

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado atento, el silencio de la contraria.

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

**"FRATICELLI ROGELIO ALBERTO Y OTROS C/ COOPERATIVA DE SERVICIOS PUBLICOS PLOTTIER LTDA S/ INCIDENTE DE APELACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 3204/2015) – Interlocutoria: 368/15 – Fecha: 26/08/2015

DERECHO PROCESAL: Recurso de Apelación.

COOPERATIVA DE SERVICIOS PUBLICOS. LLAMADOS A ASAMBLEAS. SUSPENSIÓN. MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA. OBJETO DE LA ACCION. PRESUPUESTOS. TRASLADO. VEROSIMILITUD DEL DERECHO. RECHAZO DE LA CAUTELAR. CONSEJO DE ADMINNISTRACION. JUNTA ELECTORAL. PADRONES. CUESTION ABSTRACTA.

1.- [...] para la procedencia de la medida cautelar innovativa, que coincide en todo o en parte con la pretensión, se requiere que el accionante demuestre acabadamente la verosimilitud del derecho y la existencia de un riesgo cierto e irreparable.

2.- [...] tal como lo han señalado las Salas I y II de esta Cámara, que cuando la medida cautelar coincide en todo o en parte con el objeto de la pretensión, la misma debe ser sustanciada y que en todo caso debe abreviarse el plazo para la respuesta.

3.- Corresponde confirmar la resolución por medio de la cual la A-quo revoca por contrario imperio la cautelar que había dispuesto la suspensión de las asambleas del 12 y 22 de abril del corriente año en la Cooperativa de Servicios Publicos de Plottier. En primer lugar destaco que, en realidad, la cuestión ha devenido abstracta toda vez que la cautelar ordenada en su oportunidad dispuso la suspensión de las asambleas de los días 12 y 22 de abril del corriente año y obviamente ello se cumplió dada la fecha de la resolución ahora cuestionada, de manera tal que aún en el supuesto de confirmarse la decisión que se cuestiona, que dejó sin efecto la cautelar, carece de actualidad. Sin embargo como ello importaría que la accionada pueda convocar a nuevas asambleas, con lo cual y en función de los hechos argumentados para peticionar la medida precautoria, la cuestión volvería a suscitarse, lo cual justifica el análisis de si los hechos invocados por la actora se encuentran demostrados con un alto grado de verosimilitud, que es en definitiva el requisito cuestionado por las partes.

4.- [...] si bien no procede la medida cautelar –innovativa que había dispuesto la suspensión de las elecciones- y con el objeto de evitar futuros conflictos, cuya evaluación corresponderá al juez que interviene y sin perjuicio de los recursos que

puedan interponerse y siempre dentro del ámbito cautelar, es que si bien han existido falencias en el trámite eleccionario, las mismas no revisten entidad suficiente como para que no se realicen las asambleas y en tal sentido la lista amarilla podrá participar subsanando las deficiencias que se le imputan y exhibirse los padrones en el acto eleccionario con la antelación suficiente.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 26 de Agosto del año 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "FRATICELLI ROGELIO ALBERTO Y OTROS C/ COOPERATIVA DE SERVICIOS PUBLICOS PLOTTIER LTDA S/ INCIDENTE DE APELACION", (Expte. INC Nº 3204/2015), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 1 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y, puestos los autos para resolver, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Iniciado el juicio principal y ante la petición de una medida cautelar, coincidente con la pretensión, la jueza interviniente dispone, sin correr traslado a la contraria, la suspensión de las asambleas del 12 y 22 de abril del corriente año.

La demandada, mediante el escrito de fs. 31/36 interpone revocatoria, la que en este caso si es sustanciada y respondida por la actora a fs. 37/38.

A fs. 56/57 la jueza interviniente revoca la cautelar oportunamente dictada.

Dicha decisión es apelada por la accionante en los términos que resultan del escrito de fs. 61/64, siendo respondidos los agravios a fs. 77/79.

II.- La quejosa centra sus agravios en afirmar que la resolución de la

Dirección Provincial de Personas Jurídicas, en base a cuya decisión la jueza dejó sin efecto la cautelar, carece de relevancia toda vez que nada dice de las irregularidades que ha denunciado.

Así vuelve a reiterar que la verosimilitud del derecho se encuentra fortalecida toda vez que de la resolución en cuestión no surge que se hubiera notificado a los delegados la realización del Consejo de Administración y que el hecho que haya existido quorum para sesionar no invalida la necesidad de notificar a los delegados la convocatoria a la reunión.

Asimismo señala que la reunión de delegados para conformar la Junta Electoral tampoco fue notificada a todos los delegados.

Señala que ha quedado acreditada la falta de exhibición de los padrones y cuestiona la no oficialización de la lista amarilla y que en todo caso y de existir irregularidades debió intimarse a la lista a subsanar los errores y no a negarse a oficializarse la misma.

Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas se advierte, tal como lo han señalado las Salas I y II de esta Cámara, que cuando la medida cautelar coincide en todo o en parte con el objeto de la pretensión, la misma debe ser sustanciada y que en todo caso debe abreviarse el plazo para la respuesta.

En casos como el presente y si bien dada la etapa en que nos encontramos la decisión que en otras oportunidades hemos adoptado no resulta procedente, conviene tener en cuenta los fundamentos por los cuales consideramos necesaria la sustanciación.

En tal sentido hemos dicho en la causa Expte. ICL Nº 938/12 del 21 de agosto del corriente año:

Ahora bien, considero que en el caso concreto la decisión adoptada por la jueza debe ser revocada por prematura.

En efecto, tal como se desprende de los términos de la pretensión, la cautelar requerida coincide sustancialmente con ella, y en tales supuestos esta Sala ha dicho, en forma reiterada que, salvo supuestos excepcionales, la petición de cautela debe ser sustanciada ya que no hace a la esencia de medidas de dicha naturaleza que sean dictadas sin oír a la otra parte y, ello en respeto del derecho de defensa que se concreta, en el caso, en la bilateralidad del trámite procesal.

Como del presente cuadernillo no resulta que la demanda haya sido notificada a la contraria, corresponde revocar el rechazo de la cautelar y diferir su consideración por parte del juez de Primera Instancia, una vez que haya vencido el plazo para responder la pretensión y siempre y cuando el actor reitere su petición.

Cabe acotar que, en tal supuesto no corresponde un traslado a la contraria, toda vez que la demanda contiene el pedido de la cautela.

Cabe acotar que similar postura en lo procesal sostiene la Sala I en su actual composición al señalar: "estimo necesario -frente a las particularidades del caso analizado- compartir una consideración acerca del dictado de las medidas cautelares, sin oír previamente a la contraria (lo que en términos jurídicos se conoce bajo la formulación latina "inaudita pars").

En este caso –al igual que lo observado en otros tantos que han venido en revisión- la medida solicitada es de tipo "innovativo", lo cual supone el otorgamiento de una "tutela anticipada". Y, esta naturaleza, necesariamente, en ciertos aspectos –tal la sustanciación- impone un análisis diferente del acordado a las cautelas "tradicionales".

Como es sabido, en tiempos clásicos, la medida cautelar era conceptuada como una tutela accesoria e instrumental. Las resoluciones cautelares, fundadas en términos de probabilidad, tendían a amparar -asegurar o salvaguardar- un resultado útil de eventual contenido en una sentencia de mérito futura.

En esta línea se sostenía, que debían de consistir en una forma especial de tutela jurisdiccional en la cual, el resguardo anticipado del derecho debía limitarse a una forma de protección menor o diferente de la que se obtendría en la sentencia de mérito, a dictarse sobre una base cierta, al finalizar el pleito.

Tal concepción clásica entonces, se desarrollaba en un estricto marco de "aseguramiento del resultado útil del proceso", siendo ese el eje conceptual de la cautelaridad: Su dictado sólo requería la acreditación del peligro en la demora y la verosimilitud del derecho (humo de buen derecho), con el agregado de la contracautela, como condición de ejecución.

Debe notarse que, en la visión clásica, hay una nota esencial, cual es, que el dictado de la cautelar nada atribuye al requirente (aún cuando las medidas cautelares pudieran "quitar", no otorgaban una atribución correspectiva al requirente de las medidas).

II.1 En ese esquema, la no sustanciación previa, el no oír a la contraria, se encuentra justificado: si la medida tiene por objeto asegurar el resultado de la sentencia, ante el "peligro" denunciado de la desaparición del objeto sobre el que versa el juicio, o la posibilidad de su frustración –con la consiguiente consecuencia de que la propia medida fuera tardía- alertar de su dictado a la contraria, impone el riesgo de su fracaso.

Ahora, no puede dejar de advertirse que, en esa concepción clásica, las tutelas de corte anticipatorio, tenían excepcional acogida, justamente, por exceder el perfil netamente "asegurativo".

II.3. Aún cuando las que hemos denominado "tutelas cautelares clásicas" subsisten, desde la preocupación por la búsqueda de una tutela judicial efectiva, oportuna, realista y económica, se ha propiciado –en criterio que ciertamente se comparte- la necesidad de dejar de lado la aplicación dogmática de los principios tradicionales.

Se abandona la posición restrictiva en la concesión de medidas anticipatorios y se perfilan nuevas respuestas, en las que el elemento en común es que existe cierta anticipación -aunque no sea más que parcial- de los efectos de la resolución exhaustiva con efecto de cosa juzgada. Lo que hay –y ésta es la diferencia específica y fundamental con la tutela cautelar clásica- ya no es resguardo de lo eventualmente útil, sino directamente, concesión atributiva, total o parcial, satisfaciendo, en el plano del derecho material, la tutela.

Como recién se señaló, se comparte la procedencia de esta tutela pero, a fin de mantener el equilibrio y igualdad procesal, se entiende que esta mayor y más efectiva protección que se acuerda a una de las partes, a la par, supone la bilateralidad del debate con antelación a su concesión, salvados excepcionales supuestos de exclusión.

Es que, si efectuamos un paralelo entre ambas cautelas, tenemos que en la tutela "clásica", la bilateralidad (esencial a la garantía del debido proceso y defensa en juicio) se encuentra diferida a un estadio posterior a su concesión (tal la posibilidad de apelación por oposición, sustitución, etc.).

Pero tal diferimiento o postergación del debate, sólo constituye una "modalidad" que no es esencial ni definitoria y

que, involucrando, como ya dijéramos, la afectación de garantías constitucionales, sólo se justifica, en tanto se presente como ineludible para evitar la frustración de su cumplimiento.

Pero cuando este último extremo no está presente, no sólo que nada obsta a que se ordenen con audiencia de la contraria, sino que además, la efectiva vigencia del debido proceso y de la garantía de defensa en juicio, imponen esta solución, máxime en supuestos como el de autos, en los cuales, como resultado de su dictado se efectúa anticipadamente una concesión atributiva del derecho sustancial discutido en el proceso.

Las consideraciones expuestas, explican por sí y suficientemente cómo, aún en el ámbito de actuación general de las medidas cautelares, para hacer efectivo el mandato constitucional del debido proceso, defensa en juicio e igualdad (en su aplicación específica en el proceso), siempre y cuando no peligre el cumplimiento de la propia medida ordenada, la bilateralidad debe primar antes de la decisión judicial: Aún cuando la audiencia se acote en el plazo de traslado, por la urgencia en la adopción de la medida, si su frustración no está en juego, debe oírse a la contraria antes de su dictado. (Es esta la posición asumida por el TSJ en diversas causas, entre otras, "Sastre").

Finalmente entiendo pertinente adherir a la recomendación formulada por los colegas de Sala toda vez que la misma hace al buen orden del proceso y evitan dilaciones innecesarias a las partes y al propio juzgado. En tal sentido sostuvieron y comparto:

No obstante reiterar que estas consideraciones exceden la concreta decisión de la causa, considero pertinente efectuarlas en tanto, es necesario insistir en que, siempre que sea posible, es regla de corrección de la decisión que, antes de resolver, se oiga a todas las partes involucradas.

Asimismo el Tribunal Superior de Justicia ha señalado en la resolución interlocutoria N° 210 del 19 de mayo del 2.014 en autos 4761/14:

Puede señalarse que la tutela cautelar solicitada participa de las llamadas "medidas innovativas", que responden a la obligación genérica de evitar un daño y al deber de los jueces de brindar la mejor respuesta jurisdiccional para el caso concreto.

En tal sentido, cuando se manda innovar se está diciendo que hay que cambiar una situación de hecho o de derecho que entraña peligro de daño; constituye un anticipo de jurisdicción que no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia de la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie –según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado (cfr. CSJN "Camacho Acosta", del 7/8/97).

Ahora bien, acerca del criterio de admisión que este Tribunal tiene sentando no es necesario abundar en tanto todo ello ha sido detallado en forma acabada (a través de las transcripciones de los precedentes dictados por el Tribunal), por el Sr. Fiscal ante el Cuerpo en el dictamen emitido en las presentes actuaciones.

Sólo cabe recordar que este tipo de tutela es excepcional y que además de los requisitos clásicos, se impone la verificación de un riesgo de daño concreto, irreversible o muy grave y la urgencia del caso.

Se requiere certeza suficiente, comprensiva de una fuerte probabilidad de la existencia del derecho y del riesgo de daño irreparable si no se despacha favorablemente la medida peticionada.

Finalmente, pesa sobre el solicitante la carga de demostrar sumariamente la existencia de los recaudos que la hacen procedente, lo que se relaciona con el grado de conocimiento con el que debe contarse cuando se está frente a una "innovativa" de la naturaleza de la aquí peticionada, donde se persigue que, en forma anticipada, se otorgue aquello que sólo se alcanzaría al culminar todo el proceso.

Por ende para la procedencia de la medida cautelar innovativa, que coincide en todo o en parte con la pretensión, se requiere que el accionante demuestre acabadamente la verosimilitud del derecho y la existencia de un riesgo cierto e irreparable.

Analizada la cuestión planteada en base a las pautas sentadas en los párrafos que anteceden, considero que la medida cautelar no puede prosperar en los términos en que fuera peticionada.

En primer lugar destaco que, en realidad, la cuestión ha devenido abstracta toda vez que la cautelar ordenada en su oportunidad dispuso la suspensión de las asambleas de los días 12 y 22 de abril del corriente año y obviamente ello se

cumplió dada la fecha de la resolución ahora cuestionada, de manera tal que aún en el supuesto de confirmarse la decisión que se cuestiona, que dejó sin efecto la cautelar, carece de actualidad.

Sin embargo como ello importaría que la accionada pueda convocar a nuevas asambleas, con lo cual y en función de los hechos argumentados para peticionar la medida precautoria, la cuestión volvería a suscitarse, lo cual justifica el análisis de si los hechos invocados por la actora se encuentran demostrados con un alto grado de verosimilitud, que es en definitiva el requisito cuestionado por las partes.

En tal sentido se advierte que la documental adjuntada para demandar y requerir la medida innovativa no resulta suficiente para demostrarlo, confrontándola con la adjuntada por la contraria.

Así se advierte que de los actores, solamente uno de ellos es delegado integrante del consejo de administración, la Sra. Vázquez, y ello no es un hecho controvertido ya que fue admitido por la cooperativa, pese a la ausencia de acreditación en debida forma por parte de la actora.

Ahora bien, conforme resulta de los autos principales, que se tienen a la vista por haber sido requeridos, se advierte que mediante acta número 1360 –obrante a fs. 660 del principal- la delegada señalada duraba un solo período y si bien no participó de dicha reunión, su realización no pudo pasarle inadvertida toda vez que presentó una nota requiriendo una serie de explicaciones cuya consideración se derivó a la próxima reunión.

Dicha reunión se llevó a cabo el 29 de diciembre y en la misma se eligió al presidente de la Junta Electoral, órgano que no podía integrar en virtud de expresas disposiciones estatutarias, artículo 55, con lo cual al respecto lo decidido no pareciera que le cause agravio.

Asimismo en dicha reunión se convocó a los delegados para elegir a los restantes integrantes de la junta electoral y si bien no hay constancias de notificación personal a todos ellos, lo cierto es que la reunión se llevó a cabo, conforme se reconoce en el propio escrito de demanda.

En relación a la exhibición de los padrones la explicación que formula la accionada resulta razonable y sin perjuicio de ello y de que evidentemente existieron errores, según da cuenta el acta 85 de la junta electoral, se dispuso que los mismos debían ser exhibidos con anterioridad al acto eleccionario con lo cual y en función de que los elementos adjuntados por el actor son anteriores a la fecha de realización del acta aludida, es que no puede descartarse que los padrones hayan sido realizados correctamente y exhibidos en los lugares de votación.

Cierto es que la lista amarilla no fue oficializada pero sin entrar a juzgar la relevancia de las omisiones que se le imputan, lo cierto es que el acta número 84, adjuntada al plantear la revocatoria, detalla los defectos que presenta la lista y los mismos pueden corroborarse con las constancias de fs. 254/469 y que consiste en la presentación de la lista aludida ante la junta electoral.

Como las asambleas no se llevaron a cabo el tema de las deficiencias formales de la lista aludida deberán examinarse para el supuesto de reanudarse el proceso electoral y que la lista amarilla reitere su presentación ya que el principio en esta materia es que debe propiciarse la participación de todos los interesados en la actividad de la cooperativa.

En definitiva, si bien no procede la medida cautelar y con el objeto de evitar futuros conflictos, cuya evaluación corresponderá al juez que interviene y sin perjuicio de los recursos que puedan interponerse y siempre dentro del ámbito cautelar, es que si bien han existido falencias en el trámite eleccionario, las mismas no revisten entidad suficiente como para que no se realicen las asambleas y en tal sentido la lista amarilla podrá participar subsanando las deficiencias que se le imputan y exhibirse los padrones en el acto eleccionario con la antelación suficiente.

III.- Por las razones expuestas y con el alcance indicado, es que se propicia confirmar lo decidido, con costas en el orden causado atento la forma en que se resuelve. Los honorarios de los profesionales intervinientes se diferirán para su oportunidad.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar el resolutorio de fs. 56/57.

II.- Imponer las costas en el orden causado atento la forma en que se resuelve (art. 69, Código Procesal).
III.- Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes se para su oportunidad (art. 15, ley 1594).
IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.
Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI
Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA

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

**"S. O. C. A. C/ N. T. M. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 69773/2015) – Interlocutoria: 387/15 – Fecha: 03/09/2015

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

COSTAS. HOMOLOGACION JUDICIAL. CONVENIO DE ALIMENTOS Y TENENCIA. COSTAS POR SU ORDEN.

> Corresponde imponer en el orden causado las costas cuando –como en el caso- en el acuerdo judicialmente homologado las partes acordaron no sólo alimentos, sino que lo hacen también respecto a la tenencia, y nada dispusieron en relación a las costas. Así, y no habiendo pactado al respecto, debe aplicarse el art. 73 del CPCyC, que prescribe si un juicio termina por transacción o conciliación, las costas serán impuestas en el orden causado, con excepción de lo que pudieren acordar las partes en contrario. [...] Por otra parte, y como se señaló al comienzo, existen acreditadas en la causa circunstancias eximentes de la regla general [principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCyC), y que las costas –en principio- deben ser soportadas por el alimentante], toda vez que ambas partes afirman que el menor se retiró del hogar paterno y que actualmente se encuentra viviendo con la madre, motivo que hace suponer que hasta el momento del cambio de tenencia, el demandado ha guardado un comportamiento acorde con su obligación alimentaria.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 3 de Septiembre del año 2015.
Y VISTOS:
En acuerdo estos autos caratulados: "S. O. C. A. C/ N. T. M. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS", (Expte. Nº 69773/2015), venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 2 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y,
CONSIDERANDO:
I.- Mediante la resolución de fs. 21/vta. se homologa judicialmente el acuerdo presentado por las partes a fs. 22/vta., y se cargan las costas al alimentante.

Contra esta imposición de costes el accionado plantea recurso de apelación, el que funda en que hasta el momento de iniciarse este trámite fue su parte quien tenía la tenencia del menor y cubría sus necesidades alimentarias.

Agrega que siempre cumplió con sus obligaciones como progenitor y considera que en este caso las costas deben ser soportadas por su orden.

Corrido el traslado correspondiente, la accionante lo contesta a fs. 33/34, y peticiona el rechazo del recurso.

II.- Esta Sala II tiene dicho que en materia de alimentos no cabe hacer una aplicación estricta de la regla general del principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCyC), y que las costas –en principio- deben ser soportadas por el alimentante. Sin embargo, ello no quiere decir que no pueda haber excepciones, en atención a las especiales circunstancias de un caso concreto.

Conforme el acuerdo homologado a fs. 24/vta. las partes acuerdan no sólo alimentos, sino que lo hacen también respecto a la tenencia, y nada disponen en relación a las costas.

Así, y no habiendo pactado al respecto, debe aplicarse el art. 73 del CPCyC, que prescribe si un juicio termina por transacción o conciliación, las costas serán impuestas en el orden causado, con excepción de lo que pudieren acordar las partes en contrario.

En este sentido se ha dicho: "En defecto de pacto entre las partes, y en atención a las particularidades del caso y acuerdo amplio habido en la audiencia preliminar, es adecuado imponer las costas en el orden causado. La imposición de costas al alimentante corresponde únicamente en el supuesto de su conclusión natural por medio de la sentencia. Cuando se produce un modo anormal de terminación del proceso -v.g. transacción o conciliación-, la ley manda imponerlas en el orden causado, exceptuando lo que pudieren acordar las partes en contrario (art. 68, 70, 71, 73, 84, 86 y cdts. C.P.C.C.)" (Referencia Normativa: Cpcb Art. 68; Cpcb Art. 70 ; Cpcb Art. 71; Cpcb Art. 73; Cpcb Art. 84; Cpcb Art. 86Jz0000 To 684 IFecha: 15/12/2000 Caratula: Montenegro, Vanessa Muriel C/ Rondon, Sergio Daniel S/ Alimentos Mag. Votantes: Repodas Jz 0000 To 696 IFecha: 20/04/2001) (LDT) (v. Pl N° 98 T° II, F° 256/257, año 2009, Sala II).

Por otra parte, y como se señaló al comienzo, existen acreditadas en la causa circunstancias eximentes de la regla general, toda vez que ambas partes afirman que el menor se retiró del hogar paterno y que actualmente se encuentra viviendo con la madre, motivo que hace suponer que hasta el momento del cambio de tenencia, el demandado ha guardado un comportamiento acorde con su obligación alimentaria.

Por lo expuesto, corresponde modificar la imposición de costas del resolutorio de grado, las que serán cargadas por su orden, al igual que las de esta instancia en atención a la naturaleza de la cuestión debatida, debiendo regularse los honorarios profesionales bajo las pautas del art. 15 de la ley 1594.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Modificar la imposición de costas determinadas en el resolutorio de fs. 24/vta., las que se determinan por su orden, en atención a los fundamentos dados en los Considerandos.

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado y regular los honorarios de los Dres. ... y ... –por la parte demandada- y de la Dra. ... –por la parte actora- en el 30% de lo que se determine en la instancia de grado (art. 68 del CPCyC y art. 15 de la ley 1594).

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

**"PELAEZ VICTOR C/ LIZASO JORGE LUIS S/ RENDICION DE CUENTAS EXPTE 297357/3 Y 315781/4 ACUMULADOS A LOS PTES."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 302144/2003) – Interlocutoria: 399/15 – Fecha: 10/09/2015

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

RENDICION DE CUENTAS. INMUEBLE. CENTRO MEDICO. EJECUCION DE SENTENCIA. LIQUIDACION. CASOS ESPECIALES. PERICIA ARBITRAL.

1.- En virtud de las particularidades del caso y en especial de difícil justificación tanto en lo relativo a los ingresos como a los gastos, corresponde aplicar lo previsto en la norma procesal aludida (art. 516) y procederse a la designación de tres árbitros en los términos del art. 800 del CPCyC.

2.- […] Si bien dicha alternativa no fue contemplada en el momento del dictado de la sentencia, nada obsta a que con posterioridad y dándose los supuestos fácticos previstos por la norma, se disponga incluso de oficio, la forma en que debe realizarse la rendición de cuentas, dado que la existencia de dichos supuestos fácticos recién se apreciarán debidamente al momento en que se dispone la realización concreta de la rendición de cuentas.

3.- […] El hecho que las partes no plantearan la vía por la cual debía cumplirse la sentencia en modo alguno invalida que sea el juez quien disponga de oficio ella, dado que se trata de la forma en que se ejecutará una sentencia ya firme y por cuanto y evidentemente la revisión del período y complejidad de las cuentas que deben efectuarse justifican que la cuestión se dilucide por una vía alternativa a la judicial.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 10 de Septiembre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "PELAEZ VICTOR C/ LIZASO JORGE LUIS S/ RENDICION DE CUENTAS EXPTE 297357/3 Y 315781/4 ACUMULADOS A LOS PTES.", (Expte. Nº 302144/2003), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 1 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y, puestos los autos para resolver, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- En lo que interesa, la sentencia de Primera Instancia, que fue confirmada por esta Sala, dispuso condenar a Jorge Luis Lizaso a rendir cuentas documentada de su gestión en relación al inmueble sito en la calle Rioja 39, computando la totalidad de los ingresos percibidos en concepto de alquileres de los consultorios y egresos necesarios para el mantenimiento del bien, por el período comprendido entre el mes de marzo del año 2.003 hasta la fecha en que las cuentas sean rendidas.

Como se advierte, la rendición de cuentas comprende un extenso período de tiempo, más de diez años, y en el bien funcionaba un centro médico con varios consultorios y en el que se desempeñaron variados profesionales.

Es así que la parte obligada a rendir cuentas presenta lo que considera es el cumplimiento de su obligación mediante escrito de fs. 1577 y que consiste en la pericia contable practicada en autos que comprende hasta abril del 2.005 y a partir de dicha fecha una rendición de cuentas elaborada por un contador, a lo que suma unas pocas carpetas de documentación.

Dicha rendición de cuentas fue objetada por la contraria hasta que finalmente la resolución de fs. 1663/1667 la desestima y fija pautas para su realización.

Tanto la desestimación como las pautas fueron objetadas por la apelante.

Ahora bien, tal como antes se indicó, ha quedado firme la condena a rendir cuentas documentadas por parte de Lizaso y durante el extenso período antes aludido y en relación al inmueble en el que funcionaba un centro médico.

Tales circunstancias y la propia presentación de la parte que debe rendir cuentas, quien presenta las misma mediante remisión a informes de contadores, sea la pericia judicial como el adjuntado al rendirlas, revelan que la situación debe quedar enmarcada por lo dispuesto en el artículo 516 del Código de rito.

En efecto y decidida la cuestión jurídica relativa a la obligación de rendir cuentas, la realización concreta de dicha actividad derivada de la sentencia se presente compleja en grado sumo en virtud de las particularidades del caso antes señaladas y en especial de difícil justificación tanto en lo relativo a los ingresos como a los gastos.

En tales condiciones, corresponde aplicar lo previsto en la norma procesal aludida y procederse a la designación de tres árbitros en los términos del artículo 800 del Código de rito.

Si bien dicha alternativa no fue contemplada en el momento del dictado de la sentencia, nada obsta a que con posterioridad y dándose los supuestos fácticos previstos por la norma, se disponga incluso de oficio, la forma en que debe realizarse la rendición de cuentas, dado que la existencia de dichos supuestos fácticos recién se apreciarán debidamente al momento en que se dispone la realización concreta de la rendición de cuentas.

El hecho que las partes no plantearan la vía por la cual debía cumplirse la sentencia en modo alguno invalida que sea el juez quien disponga de oficio ella, dado que se trata de la forma en que se ejecutará una sentencia ya firme y por cuanto y evidentemente la revisión del período y complejidad de las cuentas que deben efectuarse justifican que la cuestión se dilucide por una vía alternativa a la judicial.

Por lo demás, debe recordarse que la rendición de cuentas comprende al menos dos etapas, la primera que se refiere a si existe obligación o no de rendir cuentas y que es la que se dilucidó en la sentencia de condena firme existente en autos.

Y la segunda que corresponde a la comprobación de las cuentas y que por lo tanto tiene un proceso distinto al anterior, y en tal sentido si bien puede tramitar incidentalmente, cuando las mismas son complejas y de difícil justificación, el proceso que corresponde aplicar es el previsto por el artículo 516 del Código de rito, aún cuando no medie petición de parte, el juez de oficio lo puede decidir dado el contenido de la rendición de cuentas que se trata.

Si bien el artículo 516 alude a los amigables componedores en realidad la remisión correcta es a la de árbitros como lo demuestra la redacción del artículo 800 (ver al respecto Alvarado Velloso – Palacio, "Código Procesal", tomo 9, paginas 147 y siguientes).

En consecuencia, propongo al Acuerdo dejar sin efecto la resolución recurrida y procederse, en Primera Instancia, a la designación de tres árbitros, uno por cada parte y el tercero designado por el juzgado, quienes deberán aceptar el cargo y proceder a su cometido.

Las costas de ambas instancias se impondrán en el orden causado atento la forma en que se resuelve.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II,

RESUELVE:

I.- Dejar sin efecto la resolución de fs. 1663/1667 y procederse en la instancia de grado a la designación de tres árbitros, uno por cada parte y el tercero designado por el juzgado, quienes deberán aceptar el cargo y proceder a su cometido.

II.- Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado, atento la forma en que se resuelve.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES – SECRETARIA

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

**"T. C. A. C/ T. R. L. S/ INC. DE OFRECIMIENTO DE CUOTA ALIMENTARIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 68681/2015) – Interlocutoria: 400/15 – Fecha: 10/09/2015

DERECHO CIVIL: Alimentos.

CUOTA ALIMENTARIA. OFRECIMIENTO. PORCENTAJE DE LA REMUNERACION. CALCULO. VIANDAS. BONIFICACIONES.

1.- En relación al rubro viandas, venimos sosteniendo que no integra la base de cálculo para fijar la cuota alimentaria (cfr. PI 2010-T° I-41/43-n° 2; T°II-F°255/257; PI 2012, Registro N° 108, T.II, F° 240/242 Sala II, entre otros). Ello por cuanto, esta asignación corresponde al pago que en reemplazo de la vianda diaria le paga la empresa al alimentante para que se alimente los días que está trabajando, por lo que este concepto no debe ser incluido para aplicar el porcentaje de la cuota alimentaria" (autos "Sabuiarte c/ Lara", P.I. 2012-III, n° 264; "Domínguez c/ Cisterna", P.I. 2013-III, n° 231); autos "Guanco c/ Tarifeño", P.I. 2013-V, n° 338).

2.- Respecto a las bonificaciones, entendemos que tanto éstas como los premios se encuentran comprendidos dentro del cómputo (cfr. Belluscio, Claudio, ob. cit., p. 682). Al respecto, esta Cámara ha dicho que: "Debe establecerse la cuota alimentaria en forma de porcentaje de los haberes del alimentante, lo que considero más beneficioso para las partes, en tanto al jugar automáticamente evita dilaciones que perjudican indefectiblemente al beneficiario. Al fijarse un porcentaje sobre los haberes brutos por él recibidos, excluidos los descuentos obligatorios en nada afecta el monto, de tal manera que cuando perciba un premio estímulo, éste también deberá proyectarse a sus hijos, lo que se considera ajustado a derecho porque establece un equilibrio entre lo que se percibe y lo que pertenece a los alimentados (cfr. PI. 1994-T° II-F° 258/9, Sala I; PI. 2011-T° I-F° 152/154-N° 60, Sala II)".

**Texto completo:**

NEUQUEN, 10 de Septiembre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "T. C. A. C/ T. R. L. S/ INC. DE OFRECIMIENTO DE CUOTA ALIMENTARIA", (Expte. N° 68681/2015), venidos en apelación del JUZGADO DE FAMILIA N°4 DE NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y,

CONSIDERANDO:

I.- A fs. 60 el alimentante apela la providencia de fs. 57, por cuanto no se hizo lugar a su pedido de oficiar a su empleadora a realizar la retención por la cuota alimentaria provisoria previa deducción de los descuentos obligatorios por ley y de los rubros horas extras y viandas.

Dice que de autos constan que de buena voluntad ha comparecido a dar en ofrecimiento la cuota alimentaria a favor de sus hijos, sin perjuicio de que no llegara a un acuerdo con la progenitora.

Sigue diciendo que resulta contrario a sus intereses constitucionales que se desconozca que cuando se determina la cuota alimentaria provisoria o definitiva en porcentaje, debe calcularse sobre los ingresos brutos, previa deducción de los descuentos obligatorios de ley –obra social, jubilación, ganancias-.

Asimismo, señala que también se deduzcan los ítems extraordinarios y que no integran en forma habitual sus remuneraciones, como lo son las horas extras, los bonos extraordinarios y las viandas.

Corrido el traslado de los agravios, no son contestados.

A fs. 84 obra el dictamen de la Defensora del Niño y del Adolescente.

II.- De las constancias de lo actuado, y al ofrecer el pago de cuota alimentaria, el Sr. T. expresa que pone a disposición el 20% de sus haberes como empleado en relación de dependencia de Oilfield Servicios S.A. sobre todo concepto incluido el SAC más permanecer en la vivienda de su propiedad, o el 30% sobre todo concepto incluido el SAC, a elección de la progenitora (cfr. fs. 5, la negrita nos pertenece).

Fijada la cuota provisoria a fs. 28, solicita se "ratifique o rectifique" si corresponde que sean deducidos los descuentos de ley, y peticiona que una vez "rectificado" se libre oficio a la empleadora aclarando sobre que rubros se aplica el porcentaje fijado.

Aclarado a fs. 38 que el porcentaje establecido es sobre todo concepto incluido el SAC, según lo ofrecido por el alimentante en su oportunidad, se presenta a fs. 56 con nuevo patrocinio letrado, y solicita la deducción aludida precedentemente, pedido que se desestima a fs. 57, y que resulta motivo de la apelación.

Sin perjuicio de que las sucesivas presentaciones del alimentante resulten contradictorias, y pudiendo aparecer dudosa la procedencia del planteo recursivo, lo cierto es que existe una manifestación en contrario por el apelante de que se excluyan los ítems mencionados de la cuota que ofreció.

Por otra parte, los descuentos de ley resultan retenciones efectuadas por el empleador en cumplimiento de normas legales de orden público, y más allá de la voluntad que pueda referir el trabajador, no puede integrar la base para calcular la cuota alimentaria.

En relación al rubro viandas, venimos sosteniendo que no integra la base de cálculo para fijar la cuota alimentaria (cfr. PI 2010-T° I-41/43-n° 2; T°II-F°255/257; PI 2012, Registro N° 108, T.II, F° 240/242 Sala II, entre otros).

Ello por cuanto, esta asignación corresponde al pago que en reemplazo de la vianda diaria le paga la empresa al alimentante para que se alimente los días que está trabajando, por lo que este concepto no debe ser incluido para aplicar el porcentaje de la cuota alimentaria" (autos "Sabuiarte c/ Lara", P.I. 2012-III, n° 264; "Domínguez c/ Cisterna", P.I. 2013-III, n° 231); autos "Guanco c/ Tarifeño", P.I. 2013-V, n° 338).

Respecto a las bonificaciones, entendemos que tanto éstas como los premios se encuentran comprendidos dentro del cómputo (cfr. Belluscio, Claudio, ob. cit., p. 682). Al respecto, esta Cámara ha establecido que: "Debe establecerse la cuota alimentaria en forma de porcentaje de los haberes del alimentante, lo que considero más beneficioso para las partes, en tanto al jugar automáticamente evita dilaciones que perjudican indefectiblemente al beneficiario. Al fijarse un porcentaje sobre los haberes brutos por él recibidos, excluidos los descuentos obligatorios en nada afecta el monto, de tal manera que cuando perciba un premio estímulo, éste también deberá proyectarse a sus hijos, lo que se considera ajustado a derecho porque establece un equilibrio entre lo que se percibe y lo que pertenece a los alimentados (cfr. PI. 1994-T° II-F° 258/9, Sala I; PI. 2011-T° I-F° 152/154-N° 60, Sala II)".

En atención a ello y por los mismos motivos, igual suerte correrán las horas extras, que sí deberán integrar la base de cálculo.

III.- Por todo lo expuesto, es que estimamos que los descuentos de ley y viandas deberán ser excluidos de la base del cálculo de la cuota alimentaria, salvo en lo referido al rubro bonificaciones y horas extras, que sí deberá computarse a tal fin.

Las costas de Alzada se impondrán en el orden causado, atento la falta de contradicción y la forma en que se resuelve.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Revocar el resolutorio apelado, disponiéndose que libramiento de oficio mediante, se haga saber a la empleadora del alimentante que el cálculo de la cuota fijada en concepto de alimentos provisorios deberá calcularse previa deducción de los descuentos de ley y de los rubros viandas.

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, por los motivos explicitados en los Considerandos.

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

**"C. M. E. C/ M. J. F. S/ INC. AUMENTO CUOTA ALIMENTARIA E/A 46342/10"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 338/2013) – Interlocutoria: 402/15 – Fecha: 10/09/2015

DERECHO DE FAMILIA: Alimentos.

CUOTA ALIMENTARIA. FIJACION DE LA CUOTA. PAUTAS DE FIJACION. INCIDENTE DE AUMENTO DE CUOTA. ALIMENTOS DEVENGADOS. COSTAS. POR SU ORDEN FALTA DE OPOSICION.

1.- A fin de evaluar la cuota fijada en la instancia de grado, debemos tener presente que la prestación alimentaria se ha de evaluar conforme la edad de las niñas, sus necesidades de alimentos, vestimenta, salud y esparcimiento, como así también, el ingreso mensual del alimentante acreditado en autos, el que habría oscilado en $11.000 en el primer semestre del año 2014, y su situación familiar. Es por ello que resulta adecuado confirmar el aumento fijado por la a quo en el porcentaje de 25%, en el entendimiento de que considera las necesidades de las niñas en forma armónica con el contexto del alimentante.

2.- En cuanto a la fecha de comienzo para liquidación de los alimentos devengados durante la tramitación del proceso, entendemos deberá establecerse desde la fecha de iniciación del incidente, dado que la prestación alimentaria es uno de los deberes

que se impone a los padres como contenido de su patria potestad, no estando sujeta entonces a la prueba de la necesidad por parte del reclamante.

3.- En este caso en particular, consideramos que las costas deben imponerse en el orden causado, atento a la falta de oposición y a la forma en que se resuelve.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 10 de Septiembre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "C. M. E. C/ M. J. F. S/ INC. AUMENTO CUOTA ALIMENTARIA E/A 46342/10", (Expte. INC Nº 338/2013), venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 2 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y,

CONSIDERANDO:

I.- Vienen los presentes a estudio en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la resolución de fs. 112/115 vta. que determina una cuota alimentaria a favor de sus hijas B.M. y L.A. en el 25% de sus haberes.

En sus agravios de fs. 116/117 manifiesta que la jueza de grado no ha merituado la abundante prueba testimonial e informativa que funda la necesidad de aumentar la cuota alimentaria pretendida (35%).

Dice que su parte ha podido probar el incremento de los gastos que ocasiona la crianza de las dos hijas en común y respecto de las que ostenta la tenencia.

Sigue diciendo que durante largo tiempo se vio imposibilitada de contar con sumas de dinero para cubrir las necesidades alimentarias de las menores dado que el alimentante cambió de trabajo sin informarle, y que por ello tuve que acudir a la ayuda de programas sociales.

También se agravia porque la sentenciante determinó que la cuota alimentaria complementaria desde la notificación del traslado de la demanda, cuando debió fijarse desde la interposición de la demanda.

Corrido el correspondiente traslado, no fue contestado por el alimentante.

A fs. 124 obra Dictamen de la Defensora de los derechos del Niño y Adolescente.

II.- Reiteradamente venimos sosteniendo que en materia alimentaria debe buscarse un delicado equilibrio que coloca, por un lado, las necesidades del alimentado junto con la relación jurídica que lo une con el alimentante y, por el otro, las posibilidades del obligado a satisfacer la prestación alimentaria, debiendo comprender ellas no sólo sus ingresos sino también su aptitud potencial para lograrlos y su situación patrimonial, debiendo protegerse adecuadamente a los beneficiarios de la prestación, parte más débil de la relación, sin descuidar la consideración de la particular situación del alimentante.

En esta línea, el monto a abonar por el progenitor no puede medirse en forma absoluta, sino que se ha de juzgar en forma relativa y proporcional a las modalidades del contexto alimentario integral en el que se asienta la prestación en definitiva establecida.

A fin de evaluar la cuota fijada en la instancia de grado, debemos tener presente que la prestación alimentaria se ha de evaluar conforme la edad de las niñas, sus necesidades de alimentos, vestimenta, salud y esparcimiento, como así también, el ingreso mensual del alimentante acreditado en autos, el que habría oscilado en $11.000 en el primer semestre del año 2014, y su situación familiar.

Es por ello que resulta adecuado confirmar el aumento fijado por la a quo en el porcentaje de 25%, en el entendimiento de que considera las necesidades de las niñas en forma armónica con el contexto del alimentante.

En cuanto a la fecha de comienzo para liquidación de los alimentos devengados durante la tramitación del proceso, entendemos deberá establecerse desde la fecha de iniciación del incidente, dado que la prestación alimentaria es uno de los deberes que se impone a los padres como contenido de su patria potestad, no estando sujeta entonces a la prueba de la necesidad por parte del reclamante.

Por otra parte, que la pensión alimentaria se requiere desde el momento en que se pide, y por su naturaleza es impostergable, pues se entiende que la mayor erogación es afrontada por la madre de acuerdo con las necesidades del menor, con su propio peculio. Así, dictada la sentencia que fija el aumento de la cuota alimentaria, es justo que lo sea a partir de la fecha de interposición del incidente y no desde la notificación (cfr. autos: "ZAMORA MONICA EUSEBIA CONTRA ZAMORA WALTER S/ INCIDENTE AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA", INC Nº 30106/7, del 27/7/2010; ídem "SEPULVEDA LILIANA MABEL CONTRA TOSI LISANDRO ABEL S/INCIDENTE AUMENTO CUOTA ALIMENTARIA (E/A:"SEPULVEDA LILIANAC/ TOSI LISANDRO S/ ALIMENTOS" 20805/5)", (ICF Nº 37254/8, del 3/5/2011, todos de la Sala II).

Finalmente, y con respecto a la imposición de las costas de Alzada, y teniendo en cuenta el tipo de proceso, incidente de cuota alimentaria, cabe aplicar el criterio que rige en el juicio de alimentos, en que deben ser soportadas por la parte alimentante, con prescindencia del resultado del litigio. Pero, dicho principio no es absoluto sino que reconoce evidentes atemperaciones cuando así lo aconseja la justicia del caso. Pudiendo el juez o tribunal establecerlas por su orden en razón de las particularidades de la causa y las constancias de la misma.(PI.2002- Nº 139- Tº II-Fº 244/24).

En este caso en particular, consideramos que las costas deben imponerse en el orden causado, atento a la falta de oposición y a la forma en que se resuelve.

Por ello, esta SALA II.

RESUELVE:

I. Modificar la resolución de fs. 112/115 vta., estableciendo el aumento de la cuota alimentaria desde la fecha de iniciación del incidente de acuerdo con los considerandos de la presente, confirmándola en lo demás que fuera motivo de agravio.

II.- Imponer las costas de Alzada por su orden.

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

**"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 – Sala III – (Expte.: 504546/2014) – Interlocutoria: 331/15 – Fecha: 25/08/2015

DERECHO PROCESAL: Excepciones procesales.

DEFECTO LEGAL. COBRO DE SUMA DE DINERO. CONTRATO DE MEDIANERÍA.

No resulta procedente la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda basada en la circunstancia de no haberse acompañado el contrato de medianería. Ello es así, pues, de los hechos narrados surge claro el reclamo formulado, habiéndose aludido al contrato de medianería en la intimación glosada y en la descripción de los hechos (...); y por su parte, el recurrente se ha defendido ampliamente de ello (...), en consecuencia, no se justifica la defensa dilatoria entablada (cfme. arts. 18 de la Const. Nac.; 58 de la Const. Prov.; y 330 inc. 5 del Cód. Proc.).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 25 de Agosto del año 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "CONTRERAS DARIO C/ CABRERA AGUSTIN RAMON S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS" (Expte. Nº 504546/2014) venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 5 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

I.- Que la parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria del 30 de marzo del 2015 (fs. 36/37), presentando memorial a fs. 40.

Argumenta que la juez de grado incurre en arbitrariedad al desestimar la excepción de defecto legal cuando se invoca un contrato de medianería que no se acompaña, lo que impidio la defensa de su parte en forma adecuada.

Solicita se revoque el fallo recurrido, haciendo lugar a lo pedido con costas.

Corrido el pertinente traslado la parte actora no contesta.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis rechaza la defensa de defecto legal impetrada atento a que surge claro el objeto demandado en base a los hechos denunciados, suma de dinero por la contratación de maquinaria e insumos y lucro cesante ante el incumplimiento del contrato de medianería, con más daño moral, no habiéndose obstaculizado el derecho de defensa y siendo la excepción de interpretación restrictiva.

De la confrontación de los agravios vertidos con la oposición de la excepción de defecto legal (fs. 22), se observa una modificación de la postura procesal asumida, ya que se había argumentado que "la demanda es sumamente confusa en su redacción objeto de la misma y falta de fundamentación en derecho", cuestión sobre la cual resolvió la magistrada puntualmente; sin embargo, en esta instancia se arguye la falta de presentación del contrato de medianería, haciendo mérito de la prueba instrumental acompañada, lo que resulta evidentemente prematuro ante el estado de autos, además de constituir una cuestión no propuesta en esos términos originalmente (cfme. art. 277 del CPCC).

De igual manera, de los hechos narrados surge claro el reclamo formulado, habiéndose aludido al contrato de medianería en la intimación glosada y en la descripción de los hechos (fs. 4 y 6); y por su parte, el recurrente se ha defendido ampliamente de ello (24 y ss.), en consecuencia, no se justifica la defensa dilatoria entablada (cfme. arts. 18 de la Const. Nac.; 58 de la Const. Prov.; y 330 inc. 5 del Cód. Proc.).

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteara el recurso, deberá rechazarse la apelación, confirmando el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas en la alzada a cargo de la recurrente vencida, a cuyo efecto deberán regularse los honorarios profesionales con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución dictada a fs. 36/37, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (art. 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez – SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo

-Por Tema
-Por Carátula

**"ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO (A.T.E.) C/ MARCOTE ALFREDO LUIS ROBERTO Y OTROS S/ PEDIDO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 504551/2014) – Interlocutoria: 338/15 – Fecha: 25/08/2015

DERECHO LABORAL: Derecho colectivo del trabajo.

JUICIO DE RENDICION DE CUENTAS. ASOCIACION SINDICAL. CONSEJO DIRECTIVO. CUOTA DE AFILIACION. JUNTA INTERNA COMPETENCIA LABORAL.

1.- El fuero laboral resulta competente para entender en el sub lite, pues, más allá que la pretensión sea encausada procesalmente en el marco de un juicio de rendición de cuentas, la misma refleja o pone de manifiesto que la materia versa sobre un conflicto de naturaleza intrasindical, como lo es el planteado entre un sindicato, en el caso la Asociación de Trabajadores del Estado (A.T.E), y quienes resultan demandados, precisamente porque integraron la junta interna del E.P.E.N. Mas precisamente, la petición pretende dilucidar el destino de las sumas de dinero que la entidad recibe mensualmente tanto del estado provincial y los estados municipales en concepto de cuota de afiliación. (Del voto del Dr. GHISINI, en mayoría).

2.- [...] la naturaleza del vínculo que une a las partes y el ámbito en el que se han desarrollado los hechos fundantes de la pretensión, fue expresamente asumido en la regulación por la Ley 23551, que es una norma especial, resultando así que la vía elegida no es la establecida legalmente, siendo incompetente la justicia laboral ordinaria y mucho más la civil, debiéndose rechazar in limine la demanda en los términos del art. 337 del CPCC. (Del voto del Dr. MEDORI, en minoría).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 25 de agosto de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "ASOCIACION TRABAJADORES DEL ESTADO (A.T.E.) C/ MARCOTE ALFREDO LUIS ROBERTO Y OTROS S/ PEDIDO" (Expte. Nº 504551/2014) venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 3 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,

El Dr. Medori, dijo:

I.- Que el Juzgado Civil n°3 se declara incompetente para entender en la presente causa, declinando en favor del fuero laboral en razón de que la cuestión trata sobre la administración de fondos de los trabajadores destinados a la asociación profesional, remitiéndose al art. 1 inc. i de la ley 921 (fs. 22/24).

El Juzgado Laboral n° 3 no acepta la declinación de competencia formulada atento que el objeto de demanda lo constituye una rendición de cuentas y que la misma se efectúe dentro de una asociación sindical no lo subsume en una cuestión laboral en los términos del art. 1 de la ley 921 (fs. 28/29).

La pretensión de autos consiste en el pedido de rendición de cuentas a los demandados, en su carácter de responsables de la Junta Interna, por las sumas recibidas del Consejo Directivo durante el año 2012. Se explica que además de los órganos de gobierno de las delegaciones y seccionales, existen juntas internas en sectores de trabajo con más de 100 trabajadores, a las que se les envía fondos para su funcionamiento. En el caso particular, no se ha rendido cuentas de su administración, no obstante ser intimados previo al Congreso Provincial, por lo cual se ha efectuado la denuncia penal. La actora encuadra expresamente la acción en el art. 652 del CPCC. (fs. 15 y ss.).

La fiscalía se expide en favor de la competencia laboral por tratarse del destino de contribuciones sindicales (fs. 20).

La ley nacional N° 23.551 de Asociaciones Profesionales establece que el control de los sindicatos estará exclusivamente a cargo del MTSS, expresamente dispone que las cuestiones de encuadramiento sindical y diferendos entre el afiliado y la asociación o entre asociaciones de distinto grado deberán agotar la vía asociacional y en su caso acudir a la autoridad administrativa mencionada, quedando expedida la acción judicial ante la CNT, conforme arts. 59, 60 y 61. El artículo 63 dispone textualmente: "1° — Los jueces o tribunales con competencia en lo laboral en las respectivas jurisdicciones conocerán en:

a) Las cuestiones referentes a prácticas desleales; b) Las acciones previstas en el artículo 52; c) En las acciones previstas en el artículo 47..".

La ley provincial N° 921 de Procedimiento Laboral prevé expresamente la competencia laboral en controversias individuales entre empleadores y trabajadores, y entre la asociación profesional de trabajadores y el afiliado, en el art. 1 incisos a y h; y finamente estipula en el último apartado: "i) Recursos y acciones cuyo conocimiento se atribuya a los jueces con competencia en materia laboral o resulten de la causa de la obligación de que se trate, directamente vinculados a las materias comprendidas en los incisos precedentes". (cfme. Arts. 18 de la Const. Nac.; 58 de la Const. Prov.; y 10 y 652 del Cód. Procesal).

Los conflictos de derecho que determinan la competencia material de la justicia del trabajo son todas aquellas diferencias que pueden suscitarse con motivo de la interpretación o del cumplimiento de un contrato individual, de una convención colectiva o de disposiciones legales o reglamentarias del derecho del trabajo. La nota que fundamentalmente caracteriza a ese tipo de conflictos consiste en la circunstancia de que en ellos se encuentra siempre involucrada una norma laboral preestablecida. Asimismo, se formula una distinción de las pretensiones determinantes de la competencia laboral, atendiendo por un lado, a la naturaleza de la relación contractual que liga a las partes, y por otro lado, al carácter de las normas jurídicas en que la pretensión se sustenta. (p. 422 y ss., t.II, Derecho Procesal Civil, Sujetos del proceso, Palacio).

Sin perjuicio de lo establecido en los respectivos estatutos, los conflictos intrasindicales, entre los trabajadores afiliados a una asociación sindical y ésa, o entre una asociación de grado inferior y otra de grado superior, deberá agotarse previamente la vía asociacional para poder someter la cuestión al conocimiento y resolución del Ministerio de Trabajo, siendo recurrible el pronunciamiento que por cualquier de ambas vías recaiga sobre el conflicto planteado. (p. 548, El modelo sindical argentino, Corte).

Como se puede observar, el presente caso resulta complejo ante la multiplicidad de normas que confluyen en el encuadre jurídico del mismo. En principio, no se puede afirmar que exista relación laboral entre las partes ni que sea de aplicación normativa estrictamente laboral, recordemos que se persigue una rendición de cuentas dentro de la misma organización sindical (art. 1 de la ley 921).

Es decir, que se trata de un conflicto intrasindical, el que primero tiene sus vías estatutarias y luego el procedimiento establecido en la ley de asociaciones profesionales, que exige el agotamiento de la vía asociacional para poder acudir a la autoridad administrativa o judicial (arts. 59 y ss. de la ley 23.551).

Los jueces laborales tienen facultades en la materia sindical únicamente en medidas urgentes, tales las referidas en el art. 63 de la ley sindical, y de conformidad al art. 1 inc. h de la ley 921, más no pueden tomar decisiones definitivas al

respecto, siendo incompetentes conforme lo dispuesto por el mismo cuerpo legal, que estipula un fuero sindical específico para dilucidar las controversias que se susciten intra o inter gremialmente.

La jurisprudencia ha dicho en tal sentido: "1 - Frente a la expulsión del trabajador como afiliado de la asociación gremial a la que pertenecía, decidida por un Congreso extraordinario del gremio, aquél solo pudo acudir ante la justicia del trabajo provincial por el procedimiento establecido por el art. 47 de la ley 23551 a reclamar la adopción de una medida útil, agotándose luego el objeto de la acción y la competencia de la justicia local. 2 - Por su naturaleza, resulta ajeno a las facultades que tienen los jueces locales sobre la materia, el planteo formulado en la demanda dirigido a que se disponga la nulidad o revisión de la expulsión de los actores como afiliados al Sindicato decidida por un congreso extraordinario del gremio de conformidad con las prescripciones del Estatuto de la Asociación Sindical de que se trata y las disposiciones pertinentes de la ley 23551. 3 - La atribución de competencia a los tribunales del trabajo de la Provincia a que se refiere el art. 2 de la ley 11653 lo es en orden al conocimiento de la acción de amparo gremial regulada en el art. 47 de la ley 23551. El propósito legislativo no ha sido que por esta vía (arts. 47, ley 23551 y 2, ley 11653) se ventilen ante la justicia local los conflictos suscitados dentro del seno mismo del sindicato. 4 - El Ministerio de Trabajo de la Nación es la autoridad de aplicación de la ley de asociaciones sindicales (art. 56, ley 23551) y en su caso la justicia nacional del trabajo la competente para el conocimiento de los recursos y acciones que regula la propia ley. En ambos supuestos los jueces locales no tienen jurisdicción para entender en estas cuestiones." (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Acuña, Mauricio y otros v. Unión Obrera Metalúrgica s/ Acción recursiva • 19/05/1998, Cita La Ley online: 14/50372). (SCBA, L 68974 S, Fecha: 19/05/1998, Juez: PETTIGIANI (SD), Caratula: Acuña, Mauricio y otros c/ U.O.M.R.A. (Unión Obrera Metalúrgica) s/ Acción recursiva, Mag. Votantes: Pettigiani-Salas-Negri-de Lázzari-Hitters; SCBA, L 107411 S, Fecha: 24/08/2011, Juez: NEGRI (SD), Caratula: Godoy, Carlos Alberto c/ Centro de Empleados de Comercio de Lomas s/ Materia a categorizar Mag. Votantes: Negri-de Lázzari-Pettigiani-Hitters-LDT).

"El conflicto intrasindical es un difiriendo suscitado entre un afiliado a una asociación sindical y esta regulado por el art. 60 de la ley 23.551 y por remisión de este al art. 59 de dicha norma. Siendo así, por expresa y categórica disposición del segundo párrafo del art. 59, el asunto es de competencia exclusiva de la cámara nacional de apelaciones de trabajo." (Expte. N 2093 "ATENCIO, Ricardo Wilson c/ Agrupación Marrón y A.T.S.A. - Apelación de Sentencia- Amparo". PROTOCOLIZADO 30/07/96. 29/07/1996. SALA II. CAMARA DE APELACIONES DEL TRABAJO. Magistrados: Novoa, Miguel Ernesto- Carrera, Hermes Francisco- Bruni, Lucio-LDT).

Por lo expuesto y en definitiva, la naturaleza del vínculo que une a las partes y el ámbito en el que se han desarrollado los hechos fundantes de la pretensión, fue expresamente asumido en la regulación por la Ley 23551, que es una norma especial, resultando así que la vía elegida no es la establecida legalmente, siendo incompetente la justicia laboral ordinaria y mucho más la civil, debiéndose rechazar in limine la demanda en los términos del art. 337 del CPCC.

El Dr. Ghisini, dijo:

Los autos son remitidos a esta alzada para dirimir la contienda negativa de competencia, conforme art. 13 del C.P.C.C., debido a los contrapuestos planteos originados entre el juzgado Civil Nº 3 que declina su competencia en tanto considera que siendo el conflicto sobre los fondos que pertenecen a la entidad sindical actora debe aplicarse el art 1 de la Ley 921; y el Juzgado Laboral Nº 3, quien rechaza la declaración oficiosa de incompetencia pues sostiene que la mera circunstancia que el pedido de rendición de cuentas se efectúe dentro de una Asociación Sindical, no lo subsume naturalmente en una cuestión que genere la intervención de la justicia especializada en los términos del referido artículo.

A fs. 35 obra dictamen fiscal donde considera que por encontrarse en juego aportes y fondos pertenecientes a los trabajadores y su destino final, debe ser el tribunal en lo laboral quien se avoque a dirimir el conflicto suscitado en el ámbito sindical.

Disiento con el voto de mi colega de Sala en cuanto propicia el rechazo in limine de la demanda en los términos del art 377 de CPCyC al entender que la vía elegida, esto es juicio de rendición de cuentas, no es la establecida legalmente debido a que la naturaleza del vínculo que une a las partes y el ámbito en que se han fundado los hechos fundantes de la pretensión fue expresamente asumido en la regulación de la Ley 23551 que es una norma especial.

La discrepancia en la solución propuesta se funda en un doble orden de razones, como en síntesis son: violación del principio de congruencia y el contenido de la materia sujeta a decisión jurisdiccional.

Me explico acerca del primer tópico. Como quedó referenciado supra, los autos llegan a esta sala para dirimir la contienda negativa de competencia entre el fuero civil y el laboral.

Sobre el referido enclave ha de versar el contenido y alcance de la resolución que debe brindar el Ad quem, la jurisprudencia se ha expresado con precisión: "Que, en efecto, esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la constitución Nacional (fallos: 301:925; 304:355, entre muchos otros) (Conf. CSJN in re: Becerra, Juan José c/ Calvi Juan María y otros s/ cumplimiento de contrato, Resolución del 7 de Julio de 2015).

Es deber de los jueces cuidar que las resoluciones judiciales se adecuen al postulado de congruencia, lo que impone lograr que medie conformidad entre el contenido de aquellas y el objeto de las peticiones -pretensiones y oposiciones- que delimitan el thema decidendum (Cám. Apels. de Concepción del Uruguay, sala civil y comercial, 18/02/2004, "Lasa, Rubén F. c. Saldivia, Martín y otro", LLLitoral 2004 (diciembre), p. 1190).

Acogido en nuestro ordenamiento procesal civil, el principio de congruencia impone a los órganos jurisdiccionales observar una adecuada correspondencia entre las postulaciones básicas articuladas por las partes en la litis y la sentencia que las dirime. El juez o tribunal debe pronunciarse sobre lo que se pide, esto es, sobre las pretensiones sometidas a su decisión, mas sólo sobre éstas; y, a la vez, debe basar su pronunciamiento en todos los elementos de hecho aportados en apoyo de las formulaciones hechas valer por las contendientes, sin acudir en principio a otros (Sup. Corte Bs. As., 24/05/2006, "Fisco de la provincia de Buenos Aires v. Cabanas, Raúl A.", en AP online).

En efecto, el thema decidemdum por el que fueron elevados los presentes actuados, está referido únicamente para dirimir la contienda negativa de competencia. No menos que eso, y menos más allá de ahí. Ello así, ya que es un imperativo del señalado principio de congruencia que se hace patente, a partir de las constancias de la causa, en especial del escrito constitutivo del proceso, en la faz postulatoria del mismo.

Lo expuesto me lleva a considerar que la eventual intervención de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo carece de relevancia para fundamentar la desestimación o rechazo in limine litis de la presente demanda, pues implicaría en la génesis misma del proceso, una argumentación basada en una mera conjetura o hipótesis sobre su desenvolvimiento o acerca de la resolución que debiera adoptar el "A quo", toda vez que el único dato cierto a esta altura resulta de la corroboración de que la actora peticionó la rendición de cuentas de los aportes sindicales al momento que los demandados ejercían sus cargos en la Junta interna del Ente Provincial de la Energía (EPEN).

En cuanto al segundo tópico, y a los fines de dirimir la contienda de competencia, adelanto que considero que el conocimiento del sub lite corresponde al fuero laboral local.

En efecto: "Se tiene debidamente en cuenta que la incompetencia en razón de la materia debe surgir de los propios términos de la demanda, ya que estamos en el estadio inicial de su presentación. (Conf. Cam. Apel. Neuquén, Sala I P.I 8-9-2005; N° 361; T° III; F° 600/602.

Veamos. En su presentación de fs. 15/18 vta. la parte actora solicita la rendición de cuentas de los codemandados quienes se desempeñaban como responsables de la Junta Interna del Ente Provincial de la Energía de Neuquén (EPEN) por un monto de $ 600.320,72, y afirma que dicha suma surge del balance del año 2012 que acompaña.

Es que: "El ejercicio de la democracia sindical genera frecuentes o a veces sordos o ahogados crujidos en los que suele identificar como conflictos intrasindicales. Son los que se ligan normal y naturalmente a la participación de los trabajadores en la vida interna de las instituciones gremiales y tiene cauce inmediato dentro de ese ámbito. Empero, el tratamiento de esos conflictos dispara en forma inmediata la posible fricción entre la preservación de la autonomía ante la injerencia del estado y la necesidad de externalizar administrativa o judicialmente la resolución de los diferendos para garantizar el ejercicio de derechos constitucionales de carácter individual o pluriindividual de los

trabjadores respecto a sus propias asociaciones (Arese, Cesar; Revista de Derecho Laboral; Derecho Colectivo;2006-2; Ed. Rubinzal Culzoni).

Néstor T. Corte, en su obra el modelo sindical Argentino expresa que los conflictos intrasindicales son las: "…controversias suscitadas entre un sindicato –por lo general encarnado en su órgano directivo- y sus afiliados o un sector o grupo de éstos, por divergencias relacionadas con decisiones o actividades que afectan a los intereses colectivos del sector o los derechos de los sindicatos, en cuanto miembros integrantes de la asociación".

El mismo autor sostiene que el art 60 de la ley 23551 (LAS) extiende el alcance del art 59 a "los conflictos intrasindicales entre los trabajadores afiliados a una asociación sindical y ésta, o entre una asociación de grado inferior y otra de grado superior".

Como puede apreciarse más allá que la pretensión sea encausada procesalmente en el marco de un juicio de rendición de cuentas, la misma refleja o pone de manifiesto que la materia versa sobre un conflicto de naturaleza intrasindical, como lo es el planteado entre un sindicato, en el caso la Asociación de Trabajadores del estado (ATE), y quienes resultan demandados, precisamente porque integraron la junta interna del EPEN. Mas precisamente, la petición pretende dilucidarsobre el destino de las sumas de dinero que la entidad recibe mensualmente tanto del estado provincial y los estados municipales en concepto de cuota de afiliación.

La hermenéutica legal debe realizarse siempre evitando dar a las normas jurídicas un sentido que pongan en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas a las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (P.T.N Dictámentes 167:583;169:139).

Al partir del ordenamiento adjetivo laboral, la apoyatura jurídica para asignar la competencia del fuero laboral, la vemos en el art. 1 inc I de la Ley 921, donde explicita la competencia de los jueces laborales en recursos y acciones que precisamente, y no podría ser de otra manera, versen sobre materia laboral o resulten de la causa de la obligación de que se trate de las materias comprendidas en los inc. a)/h).

"La competencia estará determinada -en principio- por la naturaleza de la cuestión que el interesado propone a decisión, es decir, por la índole de la acción ejercitada". (Conf. esta misma Sala P.I 10-8-2010).

Sobre el seguimiento estricto de la letra legal debe primar una interpretación racional y valiosa. No es método recomendable, en la interpretación de las leyes atenerse estrictamente a sus palabras, ya que el espírutu que las informa es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional, que avente el riego de un formalismo paralizante. Lo que ha de perseguirse es una valiosa interpretación de lo que las normas han querido mandar (PTN; dictámenes, conf. fallos 300:417)

Como puede apreciarse la causa de la obligación de rendir cuentas está determinada tanto por las partes involucradas, como por el origen de las sumas que se pretenden rendir.

Es decir, el juicio de rendición de cuentas no es más que el carril procedimental en que se encausa o se le da andamiaje al conflicto. Ello no atribuye competencia por si solo. Es decir no se trastoca la causa, la naturaleza ni la índole del conflicto. En suma, no abrigo ningún tipo de duda acerca de que la controversia planteada en la demanda nos coloca de frente a un conflicto de neto corte intrasindical.

Por otra parte, resulta que: "La división del procedimiento –de rendición de cuentas- ha sido tomada por la jurisprudencia en diferentes etapas, por lo general se dividen en tres: 1°) Versa sobre la existencia o inexistencia de la obligación de rendir cuentas 2°) Referida a la efectivización de la rendición de cuentas y sus alternativas sobre la existencia o no de la práctica efectiva de la rendición de cuentas 3°) Es la etapa que arroja un resultado en la rendición de cuentas." ("Rendición de cuentas" Cecilia Adriana Villanustre- Editorial La Ley – pág. 139).(Cam. Apel. Neuquén, Sala II P.I 4-11-2004; N° 381; T° V; F° 835/838.

Por las razones expuestas, y estando procedimentalmente en la primera de las etapas del juicio de rendición de cuentas, considero conforme lo anticipé, que en el sub lite es el Juzgado Laboral N° 3 el organismo que debe seguir entendiendo en la presente demanda de rendición de cuentas.

Así lo 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 del Dr. Ghisini, adhiero al mismo.

Por todo ello, la SALA III POR MAYORIA,

RESUELVE:

1.- Declarar competente para continuar entendiendo en la presente demanda de rendición de cuentas al Juzgado Laboral N° 3.

2.- Regístrese, notifíquese electrónicamente a las partes y al Juzgado Civil N° 3 y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr. Jorge Pascuarelli

Dra. Audelina Torrez – SECRETARIA

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

**"CAÑUQUEO IRMA Y OTRO C/ MUÑOZ DE TORO PATAGONIA S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 502314/2014) – Interlocutoria: 340/15 – Fecha: 27/08/2015

DERECHO PROCESAL: Actos procesales.

DEMANDA. FALTA DE CONTESTACION. INCIDENTE. NULIDAD DE LA NOTIFICACION. SUSTANCIACION.

Deberá sustanciarse el incidente de nulidad de la notificación de la demanda que resultó incontestada por el aquí incidentista, aduciendo que en la referida diligencia se ha incumplido lo normado en el art. 141 y 339 del CPCC. Ello es así, ya que si bien resulta incuestionable que el demandado que introduce el incidente de nulidad de la notificación de la demanda tiene la posibilidad de conocer los términos de ésta; sin embargo el máximo tribunal –C.S.J.N. in re: "Esquivel, Mabel A. c/ Santaya, Ilda" (Sentencia del 20.8.96, L.L. 1997, E, p. 848/52 con cita de Fallos:280:72, 283:88 y 326)- al adoptar un criterio restrictivo que exime incluso de mencionar las defensas que se ha visto privado de oponer en relación a los alcances del art. 172 del C.P.C y C, ha querido acentuar el resguardo de las garantías constitucionales del debido proceso y de defensa en juicio en una etapa fundamental del proceso, cual es la constitución de la relación procesal, doctrina que se impone seguir para restringir los efectos que el segundo párrafo del art. 149 del rito otorga al conocimiento al que pueden acceder las partes de las resoluciones dictadas en la causa por otras vías. En consecuencia, procede concluir que al abordar una cuestión dirigida a determinar la validez del acto que nos ocupa, corresponde seguir el criterio que mejor resguarde las citadas garantías y que conforme el exacto entendimiento del art. 339 del C.P.Cy C., excluye

la posibilidad de que la notificación del traslado de la demanda se cumpla en forma tácita.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 27 de Agosto del año 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "CAÑUQUEO IRMA Y OTRO C/ MUÑOZ DE TORO PATAGONIA S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS" (Expte. Nº 502314/2014) venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 4 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,

El Dr. Medori, dijo:

I.- Que la parte demandada interpone recurso de apelación subsidiario contra la providencia simple del 30 de diciembre del 2014 (fs. 44), presentando memorial a fs. 45/46.

Argumenta que el juez de grado incurre en arbitrariedad al declarar abstracto el planteo de nulidad ante la falta de contestación de demanda, dando por notificada la misma con la mera presentación de esta parte, debiéndose resolver en principio sobre el defecto denunciado y oportunamente notificarse en legal forma.

Solicita se revoque el fallo recurrido, mandando sustanciar el planteo de nulidad.

Corrido el pertinente traslado la parte actora no contesta (fs. 50).

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis declara abstracto el tratamiento de la nulidad de notificación planteado en tanto no procede la nulidad por la nulidad misma, teniendo en cuenta que el presentante no ha contestado demanda subsidiariamente, transcurridos en exceso los diez días desde su comparecencia.

De las constancias del expediente, surge que la recurrente pide nulidad de la notificación de demanda y rebeldía, aduciendo incumplimiento de lo normado en el art. 141 y 339 del CPCC (fs. 35/36- 4.12.2014). Obra notificación de la demanda a fs. 27/28, declarándose la rebeldía a fs. 30 y dejándose constancia del vencimiento del traslado de 16 días el 30.4.2014. La rebeldía figura notificada el 24.6.2014 a fs. 32/33.

El Código Procesal en relación a esta especial notificación prevé expresamente que se sigan determinadas formalidades, entre otras, la de entregar la citación al demandado en su domicilio real, dejando aviso si no se encontrare (art. 339), sancionando de nulidad la que se cumpla en contravención a ello y restantes prescripciones (arts. 340/345).

La CSJN en la causa "Esquivel, Mabel A. c/ Santaya, Ilda" (Sentencia del 20.8.96, L.L. 1997, E, p. 848/52 con cita de Fallos:280:72, 283:88 y 326) sentó los alcances del principio de trascendencia en relación a los supuesto en que se cuestiona la notificación del traslado de la demanda, estableciendo que la indicación concreta de las defensas que el demandado se vio impedido de oponer, resulta de imposible cumplimiento al no haber tomado conocimiento de la pretensión con anterioridad a la presentación en la causa peticionando la declaración de nulidad (considerando Sexto), agregando que, en tales condiciones, dada la particular significación que reviste el acto impugnado, cabe inferir la existencia del perjuicio por el solo incumplimiento de los recaudos legales, solución que se compadece con la tutela de la garantía constitucional comprometida, cuya vigencia requiere que se confiera al litigante la oportunidad de ser oído y de ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades que establecen las leyes procesales (considerando 7).

Resulta incuestionable que el demandado que introduce el incidente de nulidad de la notificación de la demanda tiene la posibilidad de conocer los términos de ésta; sin embargo el máximo tribunal al adoptar un criterio restrictivo que exime incluso de mencionar las defensas que se ha visto privado de oponer en relación a los alcances del art. 172 del CPCyC, ha querido acentuar el resguardo de las garantías constitucionales del debido proceso y de defensa en juicio en una etapa fundamental del proceso, cual es la constitución de la relación procesal, doctrina que se impone seguir

para restringir los efectos que el segundo párrafo del art. 149 del rito otorga al conocimiento al que pueden acceder las partes de las resoluciones dictadas en la causa por otras vías.

En consecuencia, procede concluir que al abordar una cuestión dirigida a determinar la validez del acto que nos ocupa, corresponde seguir el criterio que mejor resguarde las citadas garantías y que conforme el exacto entendimiento del art. 339 del CPCyC, excluye la posibilidad de que la notificación del traslado de la demanda se cumpla en forma tácita.

Ell Dr. Federico Guillermo Domínguez, Juez de la Suprema Corte de Buenos Aires, en la causa Ac. 83.470, "Gómez, Juan y otro contra Bianchi, María Cecilia. Desalojo" (Sent. 28.12.2005), con cita de antecedentes del máximo Tribunal Nacional, al analizar un supuesto en que se planteó la nulidad de la notificación de la demanda en el domicilio que pertenecía a un ex letrado de la perseguida y no en el real, y en el sentido propiciado aplicable al presente, fundamenta:

"2. … Más allá de si la accionada tenía conocimiento de las actuaciones, de acuerdo a las prescripciones legales, formalmente, se la debió notificar también en mi criterio, en el domicilio real, pues se trataba como lo definió, la Excma. Cámara de un proceso autónomo.

3. Para que cada litigio pueda cumplirse con la garantía constitucional generalizada universalmente que asegura un debido proceso como medio para llegar a una solución heterocompositiva legítima y justa, es menester que desde el propio escrito de demanda se posibilite un adecuado y pleno contradictorio dentro del marco de reglas de debate que deben respetarse por todos los sujetos del proceso (cfr: "Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Primera Parte", Adolfo Alvarado Velloso, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, pág. 124).

No se puede tampoco en mi criterio soslayar que siendo el proceso un método de debate dialéctico, es decir, un medio para que las partes dialoguen, es menester, que todo lo que una parte afirma o confirma respecto de la otra sea conocido por ésta a fin de poder controvertir la afirmación o confirmación.

Este derecho es tan elemental (sin su existencia no habría proceso) e importante, que se halla expresa o implícitamente establecido en todas las constituciones antiguas y modernas que en términos más o menos similares, garantizan la inviolabilidad de la defensa en juicio (cfr. Alvarado Velloso, Adolfo, obra citada, pág. 178).

4. En general, desde el momento de la presentación de la demanda se producen diferentes efectos jurídicos y al rescatar -conforme viene planteado el caso: la notificación de la misma- desde que ésta acontece, ocurren efectos sustanciales y procesales.

El Código Procesal Civil y Comercial contempla expresamente en su art. 135 los supuestos en que la notificación deberá llevarse a cabo mediante cédula para garantizar el derecho de defensa, y entre ellos se encuentra, el traslado de la demanda. La especial trascendencia de este acto motiva que la ley disponga (art. 338 del C.P.C.C.) que sea practicada en el domicilio real.

La omisión de tales requisitos acarrea, como acontece en la especie, la nulidad de lo actuado porque esta circunstancia implica la imposibilidad de la defensa en juicio, sin que exista en mi criterio -y como lo señala el juez al que adhiero con la cita de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- razón para anticipar las defensas que se han de hacer valer, cuando por otra parte ignoraría el accionado precisamente sobre lo que se le demanda.

En tales condiciones corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento atacado, a fin que la demandada tenga oportunidad de ser oída y defender en un proceso regular su derecho. Conforme se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la garantía constitucional de defensa en juicio requiere se otorgue a los interesados ocasión adecuada para su audiencia y prueba, en la forma y con las solemnidades dispuestas por las leyes procesales ("Fallos", 267:293, 268:231 y otros).

Por otra parte de acuerdo a lo dispuesto en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se requiere la posibilidad plena de audiencia y esto trae de consuno, en mi criterio, una efectiva citación que permita un total conocimiento de la acusación o demanda cursada…".

En orden a las consideraciones expuestas, haciendo lugar al recurso interpuesto, se habrá de revocar el auto apelado, debiendo continuar el trámite de las actuaciones mediante la sustanciación del incidente de nulidad articulado por la demandada.

III.- Sin costas, atento tratarse de una cuestión suscitada con el tribunal y no haber mediado controversia con las actoras (art. 68 2da parte del CPCyC).

El Dr. Ghisini, dijo:

Adhiero a la solución propiciada por el vocal preopinante. No obstante, me permito agregar que, en el caso bajo estudio es menester analizar puntualmente la forma cómo fueron practicadas las diligencias en cuestión.

En efecto, surge de las constancias de la causa que, en primer lugar, el oficial notificador se constituyó el día 25 de marzo de 2014, a las 15,00 horas en el domicilio real denunciado de una Sociedad Anónima y al requerir la presencia del interesado, responde a sus llamados una persona que dijo ser empleada y que aquel vive allí, por lo que se procede a notificar haciéndole entrega de un duplicado de igual tenor que el presente a quien firma al pie (cfr. Cédula de notificación de fs. 27/28 vta.).

En segundo término, al notificar la rebeldía (fs. 33 y vta.), el notificador al constituirse en el mismo domicilio real denunciado, indica que al haber requerido la presencia del interesado, responde a sus llamados una persona que dijo ser empleada, y manifiesta que aquel vive allí, por lo que procede a notificarle haciéndole entrega de duplicado de igual tenor que la presente.

Bajo este contexto, la parte demandada cuestiona el modo en que se había notificado el traslado de la demanda, concretamente refiere que la cédula de notificación no había sido diligenciada correctamente, al no recibir la cédula el representante legal de la demandada, que al ser una persona jurídica, debió proceder conforme lo dispone el art. 339 del CPCC.

Por ello, sostiene que, esa primera notificación que fue entregada a una persona no individualizada, que según expresa el oficial notificador sería empleada, y que además al no encontrarse el representante legal de la sociedad a notificar, debía dejar aviso de que regresaría al día siguiente, para recién ahí dejar la cédula a una persona que no fuera el representante legal de la destinataria.

Luego, al referirse a la notificación de la comunicación de la rebeldía (fs. 33), menciona que nuevamente el notificador dice haber sido atendido por una persona que dijo ser empleada y no la individualiza ni la hace firmar, ni aclara por qué motivo no lo hace.

Indica entonces, que ambas irregularidades en las comunicaciones que le estaban dirigidas hacen que no pudiera ejercer su derecho de defensa, contestando la demanda y en su caso, impugnando la resolución que declaraba su rebeldía, por lo que solicita la nulidad de ambas, debiendo retro-traerse el proceso a su inicio y cumplir con el traslado de demanda en legal forma.

Sentado lo anterior, no está en discusión que las cédulas de notificación en cuestión –fs. 27/28 vta. y 33 y vta.- fueron cursadas para notificar el traslado de la demanda y la comunicación del decreto de rebeldía, al domicilio social de la demandada sito en ... N° ..., piso: ..., ... de la ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Ahora bien, para aproximarme al tema que aquí interesa, debo recordar que el art. 141 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén establece: "Cuando el notificador no encontrare a la persona a quien va a notificar, entregará la cédula a otra persona de la casa, departamento u oficina, o al encargado del edificio y procederá en la forma dispuesta en el artículo anterior. Si no pudiera entregarla, la fijará en la puerta de acceso correspondiente a esos lugares".

El citado artículo es una norma de carácter general porque rige a todo tipo de notificación por cédula y es la manera en que un oficial notificador debe proceder para diligenciar una cédula.

Esta norma es general, es decir, rige para todo tipo de notificaciones por cédula, y regula el caso del notificador que al constituirse en el domicilio señalado, no encuentra a la persona del requerido, por lo que el artículo autoriza a entregar la cédula a una persona diferente si es de la casa, departamento u oficina a la cual va dirigida, o incluso al encargado del edificio.

La condición, además de la identidad del domicilio, es que estas personas afirmen que el sujeto a notificar efectivamente vive en ese lugar. Sin embargo, este supuesto no es aplicable en los casos especiales de notificación, en donde las exigencias para el acto son mayores, como es el caso del traslado de demanda.

En supuestos especiales como el presente, en virtud del planteo de la parte recurrente, considero oportuno resaltar el distinto efecto que en relación a la notificación del traslado de demanda, provoca que la recepción de la cédula haya sido en cabeza de una empleada de la persona jurídica a que lo haya sido a su representante legal, única persona física con capacidad para actuar en nombre y representación de la sociedad, salvo representación convencional.

La solución propiciada debe ser acorde con el art. 339 del Código Procesal que determina que la cédula solo debe ser entregada en la primera visita si es hallada la persona demandada, pues si no se la encontrare, se le dejará aviso para que espere al día siguiente y si tampoco entonces se le hallare, se procederá según lo prescribe el art. 141.

Vale decir, que frente a una norma específica -art. 339 CPCC-, que regula la notificación del traslado de la demanda, con especial trascendencia en el proceso y por ser la generadora de la relación jurídico – procesal, la ley la reviste de formalidades específicas que tienden al resguardo de la garantía constitucional del debido proceso (Sup. Corte Bs. As., L. 100.834, S 19/12/2012, sumario Juba B56761).

En la apreciación del cumplimiento de los recaudos legales requeridos para la notificación del traslado de la demanda, hay que proceder con criterio estricto. Por ello, en caso de duda sobre la validez del acto, hay que atenerse a la solución que evite conculcar derechos de origen constitucional (Sup. Corte Bs. As., C. 87705, S 23/4/2008, "González, Isabel Mercedes c/ Aguilar, Enrique A. – Hospital Duhau – IOMA s/ Daños y perjuicios", sumario Juba B29702).

En el caso concreto que el requerido vive allí pero no se encuentra, se debió dejar aviso de ley a la persona que atiende al notificador, donde deberá constar el día y hora en que concurrirá nuevamente. Así, lo relativo a la doble concurrencia o notificación que se debe cumplir al dar traslado de la demanda, de gran significación por la importancia del acto, debido a las consecuencias disvaliosas que puede llegar a producir para la accionada, se requiere el cumplimiento de determinadas formalidades para que la notificación llegue al efectivo conocimiento del interesado.

De las constancias de la causa surge que efectivamente no se ha cumplido con la doble notificación, ya que como describiera párrafos más arriba, surge de la diligencia glosada que la cédula (fs. 27/28 vta.), fue entregada en la primera visita a una empleada de la firma y no a su representante legal o aquel con poder suficiente para obligarla.

Consecuentemente, lo estipulado por el art. 339 del Código Procesal no fue cumplimentado, por tanto la recepción de la cédula de fs. 27/28 vta. por una empleada, sin determinarse claramente su relación con la sociedad accionada implica un vicio grave en la formalidad del acto, siendo procedente la nulidad de dicha notificación, además de no haberse dado cumplimiento con la norma citada.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Revocar el auto de fs. 44 y, en consecuencia, deberá sustanciarse el incidente de nulidad articulado por la demandada, de conformidad a lo explicitado en los Considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Sin costas, atento tratarse de una cuestión suscitada con el tribunal y no haber mediado controversia con las actoras (art. 68 2°parte del C.P.C.C.).

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"TECLES CECILIA C/ INST. DE ENFERM. CARDIOVASCULARES SAN PABLO S.R.L. S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 501884/2014) – Interlocutoria: 341/15 – Fecha: 27/08/2015

DERECHO PROCESAL: Excepciones procesales.

JUICIO ORDINARIO. EXCEPCIONES PROCESALES. LITISPENDENCIA. JUICIO EJECUTIVO.

1.- No es procedente la excepción de litispendencia al no darse la tripe identidad de sujeto, objeto y causa que requiere la figura; ya que si bien las dos primeras están presentes, la causa de la obligación que se reclama en el juicio ordinario se funda en las facturas (...) que reclama la actora por una supuesta deuda de la demandada por insumos suministrados a ésta última; el ejecutivo se funda en un cheque de pago diferido librado por la accionada, que fuera rechazado por falta de fondos, en donde está vedada la indagación de la causa en función de tratarse de un título abstracto, autónomo y literal. Por lo tanto, no se puede sostener válidamente que existe identidad de causa entre ambos procesos.

2.- [...] si bien en casos sumamente excepcionales se admitió la posibilidad de plantear la litispendencia entre un juicio conocimiento y uno ejecutivo, ello lo ha sido cuando lo que se ha pretendido a través de un proceso de conocimiento es la consignación anterior de las sumas que con posterioridad ha pretendido ejecutar el demandado; lo cual no se da en un caso como el presente, en donde lo que se pretende es el cobro de facturas por los insumos suministrados a la demandada y por el otro la ejecución de un cheque rechazado por falta de fondos.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 27 de agosto de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "TECLES CECILIA C/ INST. DE ENFERM. CARDIOVASCULARES SAN PABLO S.R.L. S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS" (Expte. Nº 501884/2014) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 3 a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina TORREZ, y

CONSIDERANDO:

I.- Vienen estos autos a estudio del cuerpo para resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandado a fs. 94, contra la resolución que luce a fs. 90/92, que rechaza la excepción de litispendencia, con costas.

En su memorial de fs. 96/98, manifiesta que se agravia por el análisis realizado por el Juez de grado en cuanto considera que no es posible inferir la misma causa en ambos procesos, pues entiende que es derivación lógica que existiendo un juicio ejecutivo en el cual se reclama la misma obligación de pago que la perseguida en los presentes, la causa de la obligación sea la misma.

Aduce que, si bien asiste razón al juzgador en cuanto afirma que en los procesos ejecutivos la indagación de la causa se encuentra vedada por imperativo legal, sostiene que no se requiere dicha indagación para advertir que ambos procesos se encuentran en íntima relación dada la conexidad existente entre los mismos (sujeto, objeto, causa).

Señala que, la excepción previa fue planteada en el marco del juicio de conocimiento y no en el ejecutivo, motivo por el cual resulta procedente analizar siquiera la conexidad existente de dichos juicios idénticos.
Considera que, la relación plasmada en la comparación de los cheques con las facturas es ilógica, en cuanto a la identidad del objeto, afirma que no se trata de comparar los cheques con las facturas, sino que el objeto del proceso hace referencia a aquello que se persigue, es decir a la pretensión.
Alega que, existen en ambos procesos identidad de sujeto, objeto y causa. Cita jurisprudencia.
A fs. 101 y vta. la actora contesta los agravios, solicitando su rechazo con costas.
II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, debemos señalar a modo introductorio que, hay litispendencia si existe otro proceso pendiente entre las mismas partes, en virtud de la misma causa y por el mismo objeto. A través del instituto en cuestión, se pretende evitar que una misma pretensión sea objeto de doble conocimiento, con la consiguiente posibilidad del dictado de sentencias contradictorias.
Para que la defensa de litispendencia sea admisible se requiere, como condición, que un idéntico reclamo sea objeto de un doble conocimiento, que exista otro proceso pendiente entre las mismas partes en virtud de la misma causa por el mismo objeto, es decir se da frente a la coexistencia de dos pretensiones cuyos elementos son idénticos. (Sup. Corte Bs. As., Ac. 81.274, S 19/2/2002, "Castro, Juan B. c/ Banco Comercial de Tres Arroyos s/ Incidente de regulación y cobro de honorarios en Quantin, Emilio. Quiebra", Sumario Juba B26252).
La causa, a los efectos de la excepción de litispendencia, consiste en la invocación de una concreta situación de hecho a la cual el actor asigna una determinada consecuencia jurídica y que tiene por objeto suministrar al juez el concreto sector dentro del cual debe juzgar el caso. (Marcelo López Mesa, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- Ed. La Ley. Pág. 795/796).
En el presente caso, si bien existe identidad entre los sujetos y las posiciones que ocupan en cada uno de los procesos, y hasta podría haber similitud en la pretensión, pues tanto en el juicio ejecutivo como en el ordinario de lo que se trata en definitiva es de lograr el cobro de una suma de dinero; uno a través de la ejecución de cheque y otro a través de facturas impagas, consideramos que ello resulta insuficiente para fundar la excepción de litispendencia planteada, en función de la causa de la obligación.
Así entonces, mientras la causa de la obligación que se reclama en el juicio ordinario se funda en las facturas obrantes a fs. 1/45, que reclama la actora por una supuesta deuda de la demandada por insumos suministrados a ésta última; el ejecutivo se funda en un cheque de pago diferido librado por la accionada, que fuera rechazado por falta de fondos, en donde está vedada la indagación de la causa en función de tratarse de un título abstracto, autónomo y literal. Por lo tanto, no se puede sostener válidamente que existe identidad de causa entre ambos procesos.
Consecuentemente, si bien en casos sumamente excepcionales se admitió la posibilidad de plantear la litispendencia entre un juicio conocimiento y uno ejecutivo, ello lo ha sido cuando lo que se ha pretendido a través de un proceso de conocimiento es la consignación anterior de las sumas que con posterioridad ha pretendido ejecutar el demandado; lo cual no se da en un caso como el presente, en donde lo que se pretende es el cobro de facturas por los insumos suministrados a la demandada y por el otro la ejecución de un cheque rechazado por falta de fondos.
En tal sentido la jurisprudencia se ha dicho: "La excepción de litispendencia, en principio, es improcedente cuando para fundarla se invoca la existencia de un juicio de conocimiento respecto de otro ejecutivo, no sólo porque se sustancia por distintos trámites, sino también por cuanto puede constituir un factor de frustración de la vía sumaria elegida por el accionante. Tal criterio, sin embargo, no es absoluto y excepcionalmente se admite la excepción cuando el juicio de consignación iniciado por el ejecutado reviste características de seriedad puesto que de otro modo se privaría de eficacia a la norma del art. 757 del anterior Cód. Civil. Tal es el caso en que la consignación haya sido iniciada con anterioridad a la promoción del ejecutivo y se encuentre prácticamente en estado de dictar sentencia" (Autos: CASTELAO, Laura Mariana c/ CAPANA, Miguel Ángel s/ EJECUCION DE ALQUILERES - Sala: Civil - Sala E - Tipo de Sentencia: Sentencia Interlocutoria - N° Sent.: C. 116711 - Fecha: 13/10/1992).
Y que: "La excepción de litispendencia no puede servir para ordinarizar el juicio ejecutivo, o sea, para desvirtuar la naturaleza del proceso sumario". (en igual sentido: sala a, 30.3.84, "Yattah, Carlos c/ Yattah, Roberto") Autos: BANCO DE

QUILMES SA C/ KUDRNAC JAROMIR Y RAS EXPORT. SRL. - CAMARA COMERCIAL: A - Mag.: JARAZO VEIRAS - BARRANCOS Y VEDIA - VIALE - Fecha: 30/09/1983).

Además que: "La excepción de litispendencia solo puede fundarse en la existencia de otro juicio ejecutivo, seguido entre las mismas partes, y en virtud del mismo título. Tal conclusión se corresponde con la propia naturaleza del juicio ejecutivo, ya que la pretensión de que se examinara un proceso de conocimiento presuntamente conexo con el de ejecución, solo conduciría -bien que por vía elíptica- a analizar la causa de la obligación, lo que se encuentra vedado en esta clase de procesos (cpr 544). Ello, además, tornaría inoperante la única vía lícita prevista para debatir la reacción sustancial" (Auto: BANCO DE IGUAZU SA C/ CRISTALERIA DE CUYO SA S/ EJEC. - Ref. Norm: CODIGO PROCESAL: 553 - CAMARA COMERCIAL: E - Fecha: 23/06/1987).

Finalmente que: "La litispendencia es totalmente inadmisible cuando quien la opone solo pretende ordinarizar el juicio ejecutivo desvirtuando de ese modo su naturaleza de proceso sumario, introduciendo en el mismo cuestiones cuya dilucidación esta expresamente vedada por la ley (cpr 544-4used). 2. Toda vez que la sentencia dictada en juicio ejecutivo no causa instancia, siendo posible, por consiguiente, la modificación total o parcial del pronunciamiento que contenga mediante sentencia obtenida en juicio ordinario, no cabe argumentar en pro de la excepción de litispendencia opuesta en un juicio ejecutivo y con reverencia a un proceso de conocimiento entre las mismas partes que existe el peligro del escándalo jurídico por posibles pronunciamientos contradictorios. (en igual sentido: sala a, 5.3.82, "BCO. DE GALICIA Y BS. AS. C/ CATERINEU, RICARDO"). (Auto: BANCO EXTERIOR SA C/ BARBEITO ARGENTINO S/ EJEC. - Ref. Norm: CODIGO PROCESAL: 544 INC. 4 - CAMARA COMERCIAL: A - Mag.: VIALE - BARRANCOS Y VEDIA - JARAZO VEIRAS - Fecha: 18/05/1984).

Por todo lo expuesto, es que se rechazará la apelación del demandado en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios, confirmándose en consecuencia la resolución de fs. 90/92, con costas de Alzada a cargo de la demandada, difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución de fs. 90/92, en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios.

2.- Costas de Alzada a cargo de la demandada vencida (art. 68 C.P.C.C.).

3.- Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez – SECRETARIA

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

**"DISTRIBUIDORA OLIVOS S.R.L. C/ IRAIRA JUAN JOSE S/ PEDIDO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 505287/2015) – Interlocutoria: 358/15 – Fecha: 03/09/2015

DERECHO PROCESAL: Procesos de conocimiento.

ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA. PRESUPUESTOS. RECHAZO IN LIMINE. LEY DE CONTRATO DE TRABAJO. ACCIDENTES Y ENFERMEDADES INCULPABLES. PLAZO. REMUNERACION. CONTROL JUNTA MÉDICA.

1.- Cabe confirmar la sentencia que rechaza in limine la acción meramente declarativa, pues, no se explica en qué radica la incertidumbre para habilitar la vía escogida luego que la misma empleadora realizara una junta médica en la que obtuvo un dictamen que ha sostenido y defendido en el tiempo. Más aún, también calificó de antijurídica la conducta del trabajador, teniendo por injustificadas sus ausencias a partir del 06.03.2015, y descartó el encuadramiento del art. 208 de la LCT. Todo ello, mientras el intercambio epistolar es elocuente en que la denunciada es la misma afección, y el trabajador es citado a un nuevo control cuyo resultado no se informa. Lo expuesto evidencia cierto desinterés de la actora en la certeza de los alcances y efectos del contrato de trabajo tal como hasta aquí lo ha venido desarrollando conforme su propio impulso y pretensiones, tratándose aquel de un recaudo esencial para la proponibilidad objetiva de esta acción. (Del voto del Dr. MEDORI, en mayoría).

2.- [...] consideramos que es admisible el trámite previsto en el art. 322 del Código Procesal, para la acción intentada por la empleadora para dirimir la controversia suscitada entre el servicio médico que asesora a la empresa y el médico tratante del actor relativa a su estado de salud, a los fines de evaluar si el operario se encuentra o no en condiciones de trabajar. Ello en función de que, a través de la presente acción, la empresa apunta principalmente a cesar un estado de incertidumbre que puede llegar a derivar en perjuicio para alguna de las partes del contrato y para cuya solución no se previó ningún otro mecanismo legal. (Del voto del Dr. GHISINI, en minoría).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 3 de septiembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "DISTRIBUIDORA OLIVOS S.R.L. C/ IRAIRA JUAN JOSE S/ PEDIDO" (Expte. Nº 505287/2015) venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 1 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,

El Dr. Ghisini, dijo:

I.- Viene la presente causa a estudio para resolver el recurso de apelación interpuesto a fs.54/58 por la parte actora, contra la resolución de fs. 50/51, que rechaza in limine la presente acción.

El apelante expone que le causa agravio que el juez haya rechazado in limine la demanda interpuesta por su parte, tendiente al dictado de una sentencia meramente declarativa, a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre que actualmente afecta la relación de trabajo habida con el empleado de la plantilla de su establecimiento, Señor Juan José Iraira.

Considera que, la resolución se aparta de modo inequívoco de las normas que taxativamente reglamentan la situación sometida a decisión. Por otro lado, afirma que involucra una denegación de justicia, puesto que en su virtud queda clausurado el avance del presente juicio, sin una causa legal que lo justifique.

Expresa que, el a-quo incurre en un error sustancial al interpretar que el carril procesal que contempla el art. 322 del CPCyC, se encuentra vedado a los fines de esclarecer situaciones de falta de certidumbre en relación a los hechos.

Refiere que, tampoco es cierto que su parte no haya justificado el requisito de admisibilidad de la acción relativo a la "inexistencia de otro medio legal apto para poner fin al estado de incertidumbre".

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, debemos decir que para la procedencia de la acción declarativa de certeza se requiere que exista un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica concreta y que esa falta de certeza pueda producir un perjuicio a algunas de las partes de dicha relación.

Teniendo en cuenta ello, se adelanta que el recurso tendrá acogida favorable.

En efecto: consideramos que es admisible el trámite previsto en el art. 322 del Código Procesal, para la acción intentada por la empleadora para dirimir la controversia suscitada entre el servicio médico que asesora a la empresa y el médico tratante del actor relativa a su estado de salud, a los fines de evaluar si el operario se encuentra o no en condiciones de trabajar.

Ello en función de que, a través de la presente acción, la empresa apunta principalmente a cesar un estado de incertidumbre que puede llegar a derivar en perjuicio para alguna de las partes del contrato y para cuya solución no se previó ningún otro mecanismo legal.

Por lo expuesto corresponde revocar la resolución apelada, y continuar con el trámite del presente proceso. Sin costas de Alzada por tratarse de una cuestión suscitada con el Juzgado.

El Dr. Medori, dijo:

I.- Habré de disentir con el voto del colega preopinante, y propiciar la confirmación del pronunciamiento que viene apelado, atento no configurarse los presupuestos del art. 322 del CPCyC, y en orden a los siguientes argumentos; todo ello con expresa imposición en costas a la actora (art. 17 Ley 921 y 68 del CPCyC).

II.- Que coincido con lo conceptualizado hasta aquí, sea por el colega preopinante como el juez de grado, respecto a que la acción declarativa que habilita el art. 322 del CPCyC tiene como presupuestos la necesidad de hacer cesar la incertidumbre sobre la existencia, alcances o modalidades de una relación jurídica, cuando además la falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor, y éste se encuentre impedido de acceder a otro medio legal para ponerle fin en forma inmediata.

Ello a pesar de alcanzar una conclusión contraria, en relación al primero, y compartir parcialmente los fundamentos del segundo.

A.- Que de los antecedentes reunidos en la causa resulta que la actora promueve esta acción el 17.04.2015 luego de haber realizado junta médica el día 06.03.2015 donde se concluyó que el trabajador "presenta angustia al relatar su situación laboral. Se sugiere realizar tratamiento psicológico enfocado a adquirir recursos y/o herramientas para enfrentar situaciones de tensión el cual podrá realizar en forma ambulatoria, sin reposo laboral. En condiciones de alta médica y laboral", resultado que fue notificado al interesado en el mismo acto (fs. 20).

Luego, por carta documento del 16.03.2015 la empleadora intima a prestar tareas bajo apercibimiento de abandono de trabajo, tiene por injustificadas las ausencias desde la fecha del dictamen "a todos los efectos legales", por no advertir la presencia de un trastorno incapacitante y por improcedente el encuadramiento de la situación en las previsiones del art. 208 de la LCT (fs. 33), postura que es ratificada por misiva del 26.03.2015 (fs. 27) y 16.04.2015 (fs. 30) luego que el trabajador invocara el mismo diagnóstico para reclamar sumas indebidamente descontadas de los haberes bajo apercibimiento de considerarse en situación de despido por injuria laboral el 19.03.2015 (fs. 25), y que mantiene el 30.03.2015 (fs. 28).

Finalmente, se acredita notificación a entrevista para el control de ausentismo para el día 13 de abril de 2015 ante el médico de la empleadora (fs. 29).

B.- En orden a los antecedentes que fueron expresamente postulados y aportados por la reclamante, ciertamente no se explica en qué radica la incertidumbre para habilitar la vía escogida luego que la misma empleadora realizara una junta médica en la que obtuvo un dictamen que ha sostenido y defendido en el tiempo.

Más aún, también calificó de antijurídica la conducta del trabajador, teniendo por injustificadas sus ausencias a partir del 06.03.2015, y descartó el encuadramiento del art. 208 de la LCT.

Todo ello, mientras el intercambio epistolar es elocuente en que la denunciada es la misma afección, y el trabajador es citado a un nuevo control cuyo resultado no se informa.

Lo expuesto evidencia cierto desinterés de la actora en la certeza de los alcances y efectos del contrato de trabajo tal como hasta aquí lo ha venido desarrollando conforme su propio impulso y pretensiones, tratándose aquel de un recaudo esencial para la proponibilidad objetiva de esta acción.

Máxime cuando se comprueba que contemporáneamente ensaya la vía de control que el art. 210 de la LCT le habilita como empleadora, resultando inadmisible que una misma cuestión sea factible de ser introducía al conocimiento del tribunal en etapas.

La acción declarativa no está pensada para obtener un hacer compulsivo, y su procedencia se limita a los supuestos en los cuales la declaración de certeza resulta suficiente para satisfacer el interés de la parte actora, y en esa inteligencia no rige cuando ésta admite que en su esfera no existe incertidumbre y ya parte de la premisa de la configuración de una antijuridicidad (Sala VIII, Expte. Nº 217/2011 Sent. Int. Nº 35295 del 14/08/2013 "Consorcio de Propietarios del Edificio Corrientes 2193/99 c/ Carbajal, Luis Ángel s/ desalojo". (Catardo-Pesino)(ISSN 0326 1263 PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO PROSECRETARÍA GENERAL BOLETÍN MENSUAL DE JURISPRUDENCIA Nº 335 AGOSTO, 2013).

La interpretación restrictiva en la aplicación de este remedio procesal en las relaciones de trabajo, particularmente en materia de enfermedades profesionales e inculpables, es sostenida en su máxima expresión por el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro cuando sentó como doctrina obligatoria que:

"La acción declarativa de certeza (art. 322 del CPCC) resulta inaplicable en las causas laborales, cualquiera fuera la pretensión; ya que es deber de los jueces resolver las cuestiones según las normas aplicables y en los supuestos de duda recurrir a las pautas señaladas en los arts. 9, 10 y 11 de la LCT. De ello se colige que el supuesto de incertidumbre alegado sobre el art. 210 LCT es inexistente, toda vez que de la interpretación armónica de los arts. 212 y 254 de la LCT surge que los trabajadores tenían derecho a percibir las indemnizaciones tal como fue sentenciado. En síntesis, no corresponde tramitar en el régimen procesal laboral ninguna acción por el art. 322 del CPCC, lo que debe advertirse para causas futuras, ya que tratándose de enfermedad inculpable o profesional existe un régimen específico para su tratamiento (art. 6, 49 y 56 ley 1504). (Voto de los Dres. Sodero Nievas y Balladini "FUNDACION SARA MARIA FURMAN S/ QUEJA EN: 'F., G. Y OTRO C/ FUNDACION SARA MARIA FURMAN S/ SUMARIO"' Expte. N° 21100/06 – STJ- Voces: ACCION MERAMENTE DECLARATIVA: IMPROCEDENCIA – JUICIO LABORAL – ACCIDENTES Y ENFERMEDADES DEL TRABAJO -Nro. y Texto Sumario: 33700.STJRNSL:SE<67/06> 21-06-06).

III.- Aún coincidiendo en lo principal con el juez de grado, no comparto cuando estima que la actora debe recurrir a un proceso de conocimiento pleno para evaluar los hechos introducidos, como derivación de que su pretensión excede los límites de la acción declarativa de certeza.

A su respecto, si bien es cierto que el art. 277 de la LCT contemplaba que en caso de discrepancia entre el diagnóstico del médico del trabajador y el designado para el control por el empleador, se le imponía al último solicitar que un médico oficial emitiera dictamen, tal regla fue derogada por la Ley 21297 sin que el legislador haya previsto a tal fin un procedimiento equiparable a aquel, sea en sede administrativa ni judicial.

Entonces, no cabe interpretar sino que toda decisión en la materia recaerá en la esfera del principal, quien a tal fin debe ajustar su conducta a los deberes que le impone la Ley de Contrato de Trabajo, tales entre otros, el de actuar de buena fe (art. 63), de protección (art. 77), de ocupación (79), de diligencia e iniciativa (art. 79), mientras que el trabajador afectado detentará en sede judicial el derecho a la revisión de aquella, como la de cualquier otra situación conexa.

Cita Félix A. OLMOS en "El control médico al trabajador del art. 210 de la Ley de Contrato de Trabajo" (Revista de Derecho del Trabajo de Cuyo Número 1 - Mayo 2014):

"Frente a la discrepancia que puede plantearse entre el trabajador y la empresa acerca de la existencia de un impedimento nacido de enfermedad o accidente, es facultad del empleador decidir en base a los fundamentos de cada dictamen o según su naturaleza de la documentación presentada justifica o no las ausencias, haciéndose cargo

de su decisión que, obviamente, será finalmente revisada por los jueces si aquél la cuestiona. No cabe limitar la libertad que el actual texto de la LCT otorga al principal desde las mutaciones introducidas en 1976 para tomar esa decisión responsable, ni corresponde imponerle acudir a juntas médicas, ni someterse a tribunales judiciales ni administrativos como condición previa a tomar tales decisiones" (CNTrab Sala II, "Romero Analía c/ Colorit SA s/ despido", del voto del Dr. Maza, 15/12/2008, Expte N° 4.526/2007, Sentencia N° 96.294).

"Frente a las discrepancias entre los criterios médicos referidos a la capacidad o incapacidad presentada por el trabajador y la ausencia de organismos oficiales donde se pueda dirimir la cuestión, es el empleador quien debe arbitrar -por encontrarse en mejores condiciones fácticas- una prudente solución para determinar la real situación del dependiente (por ej. designar una junta médica con participación de profesionales por ambas partes, requerir la opinión de profesionales de algún organismo público, etc.). Tal obligación resulta de su deber de diligencia consagrado en el art. 79 de la LCT y de la facultad de control prevista por el art. 210 del mismo cuerpo legal" (CNTrab Sala VII, Expte N° 13563/01, Sentencia N° 36961 17/9/03 "Barbé, José c/ Metrovías SA s/ despido" publicado CNAT BOLETÍN TEMÁTICO Enfermedades Inculpables, citado; CNAT Sala I, "Mi Sun Sin c/ Consolidar A.F.J.P. S.A. y otro P/ despido", Sentencia, 28-nov-2007, Cita: MJ-JU-M-35658-AR | MJJ35658). "Sin embargo, cabe recordar que el art. 62 de la LCT ha establecido una regla genérica que determina el modo en que deben actuar las partes del contrato de trabajo para superar aquellas cuestiones que no estén previstas en forma específica. Es indudable que este tipo de controversias debe resolverse por primacía del principio de buena fe, con criterio de colaboración y solidaridad, teniendo en cuenta que lo que se halla en juego es nada más ni nada menos que el ingreso económico que la ley ha previsto como sucedáneo del salario, único modo que, como regla, tiene el dependiente para atender a sus necesidades vitales y las de su familia" (Conf. CNTrab Sala X, "C. G. C. c/ Transporte Automotor Plaza S.A. s/ Accidente – Ley 9688", B.O.1:2-jul-2006, Cita: MJ-JU-M-8665-AR | MJJ8665).

"Producido el desacuerdo entre los médicos, en la práctica, suele observarse que el empleador con sustento en la opinión de su facultativo, emplaza al trabajador a presentarse a trabajar bajo apercibimiento de abandono de trabajo, llegando en algunos casos a finiquitar el contrato. Cabe señalar que se ha resuelto que no es admisible que el empleador intime al trabajador a reintegrarse al trabajo, y ante la persistencia de la ausencia extinga el contrato invocando el abandono de trabajo, pues no puede ser presumida la intención de no volver al trabajo, si el trabajador invoca su enfermedad como causa de la no prestación de servicios" (CNTrab Sala VII, 20/3/97 "Corradi, Roberto c/ Promotora del Buen Ayre SA s/ despido"; CNTrab, Sala III, 31/3/08 " Villa, María c/ Autopistas Del Sol SA s/ despido"; CNATrab, Sala IV,. 16/7/08 "Ríos Martínez, Aníbal c/Metalúrgica Bernal SA y otros s/ despido"; CNTrab, Sala VII,. 20/4/09 " Solís, Elida c/ UPCN Seccional Río Negro s/ despido").

IV.- Será entonces en los términos vertidos que propiciaré al acuerdo el rechazo de la apelación interpuesta y para que se confirme la resolución grado, con costas a la recurrente en su calidad de vencida (art. 17 Ley 921 y 68 CPCyC).

V.- Regúlanse los honorarios del Dr. ... por su labor ante la Alzada y en el doble carácter en la suma de $1.000,00 (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 15, 39 s.s. y c.c. Ley 1594).

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con el Dr. Jorge PASCUARELLI, quien manifiesta:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto del Dr. Medori, adhiero al mismo.

Por todo ello, la SALA III POR MAYORIA,

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución dictada a fs. 50/51, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (arts. 17 Ley 921 y 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de Alzada, al Dr. ..., letrado apoderado de la actora, en la suma de PESOS UN MIL ($1.000) (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr. Jorge Pascuarelli

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"BANCO DE LA PAMPA S.E.M. C/ LUCERO JOSE ADRIAN S/ PREPARA VIA EJECUTIVA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 476548/2012) – Interlocutoria: 362/15 – Fecha: 08/09/2015

DERECHO PROCESAL: Organización de la justicia.

DEFENSOR OFICIAL. DEFENSOR DE AUSENTES. DEBERES Y FACULTADES. LOCALIZACION DEL DEMANDADO.

Es improcedente que la señora Defensora Oficial se agravie de su nombramiento, pretendiendo endilgar a la parte actora deberes de localización del paradero del accionado, que son propios de su función, de conformidad con lo previsto por el art. 343 del CPCyC, y es el juez quien debe evaluar la conducta desplegada por la parte y no la defensora, quien en caso de considerarla insuficiente, tiene la obligación legal de ampliar la búsqueda. La ley establece para los Defensores Oficiales la actividad que deben realizar en el carácter de funcionarios públicos, cuya intervención en el juicio hace a la función estatal de asegurar, objetivamente, la existencia de un verdadero proceso contencioso en ejercicio del derecho constitucional de la defensa en juicio. Es en ese carácter que están sujetos a cumplir con normas reglamentarias establecidas al efecto; y su intervención asegura la defensa de los derechos del ausente en mérito a la raigambre constitucional que tiene la Defensa Oficial.

**Texto completo:**

Neuquén, 8 de septiembre de 2015.-

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "BANCO DE LA PAMPA S.E.M. CONTRA LUCERO JOSE ADRIAN S/ PREPARA VIA EJECUTIVA" (EXP N° 476548/2012) venidos en apelación del JUZGADO DE JUICIOS EJECUTIVOS N° 3, a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Patricia M. CLERICI, por encontrarse apartado de la causa el Dr. Marcelo J. Medori, con la presencia del Secretaria actuante, Dra. Audelina TORREZ, y

CONSIDERANDO:

I.- Vienen estos autos a estudio del cuerpo en virtud del recurso de apelación en subsidio interpuesto a fs. 79 y vta., por la Defensora de Ausentes, contra el auto de fs. 75.

Se alza contra la providencia que la designa, porque considera que el demandado no reviste la calidad de persona ausente, ya que de la lectura del expediente y del informe de la Afip surge que trabaja en la empresa de vigilancia cuya razón social es Rucci e Hijos SRL.

Afirma que se comunicó telefónicamente con la mencionada empresa y que le informaron que el demandado presta servicios como supervisor en la ciudad de Zapala, siendo el domicilio denunciado en calle El Huecú, casa 115, Barrio 180 o 186 viviendas de la ciudad de Zapala.

Corrido traslado, la actora lo contesta a fs. 81, solicitando su rechazo con costas.

II.- Entrando al estudio de la cuestión planteada por señora Defensora Oficial, para que se revoque el auto mediante el cual se la designa como defensora de ausentes de José Adrián Lucero, advertimos que en la presente causa la parte actora luego de haber efectuado una serie de medidas sin éxito para dar con el domicilio del accionado, llega a la citación edictal para que se presente a estar a derecho.

El Tribunal de origen, luego de evaluar que la parte realizó una razonable actividad de búsqueda por las vías usuales, ordena la citación por edictos, cumplido el plazo señalado al efecto, y al no haber comparecido el emplazado Lucero, procede a designar al defensor oficial de ausentes para que lo represente en este proceso.

Así, ante el cuestionamiento de la defensa oficial, advertimos que la ley establece para los Defensores Oficiales la actividad que deben realizar en el carácter de funcionarios públicos, cuya intervención en el juicio hace a la función estatal de asegurar, objetivamente, la existencia de un verdadero proceso contencioso en ejercicio del derecho constitucional de la defensa en juicio. Es en ese carácter que están sujetos a cumplir con normas reglamentarias establecidas al efecto; y su intervención asegura la defensa de los derechos del ausente en mérito a la raigambre constitucional que tiene la Defensa Oficial.

En ese orden, resulta improcedente que la señora Defensora Oficial se agravie de su nombramiento, pretendiendo endilgar a la parte actora deberes de localización del paradero del accionado, que son propios de su función, de conformidad con lo previsto por el art. 343 del CPCyC, y es el juez quien debe evaluar la conducta desplegada por la parte y no la defensora, quien en caso de considerarla insuficiente, tiene la obligación legal de ampliar la búsqueda.

Al respecto ha dicho la jurisprudencia: "No es el Defensor de Ausentes sino al juez a quien compete determinar si se han agotado o no las medidas necesarias para localizar a los demandados. Al primero le cabe la obligación de intentar ubicar el paradero de su representado sin perjuicio de la responsabilidad que al actor le puede corresponder de acuerdo a lo previsto en el art. 145 del CPCC en su última parte. De ahí que de considerar insuficiente la averiguación del paradero de quien da origen a su intervención tiene la obligación legal de ampliar la búsqueda en lugar de solicitar la revocatoria de su designación (art. 341 CPCC y art. 85 Ley 5827)". Referencia Normativa: Cpcb Art. 145 ; Cpcb Art. 341 ; Leyb 5827 Art. 85 Cc0001 Si 56361 Rsi-562-91 I Fecha: 30/09/1991 Caratula: Coronel Angel C/ Pereyra Florentina S/ Prescripción Adquisitiva Mag. Votantes: Montes De Oca - Furst – Arazi.-

"La notificación por edictos no trae aparejada certeza alguna del efectivo conocimiento por parte del destinatario de aquello que se le pretende hacer saber; por el contrario, es sabido que las más de las veces acaba por ser una mera formalidad, aunque necesaria en muchos casos por razones que no viene al caso reseñar aquí. De todas maneras, de esa ausencia de certeza es consciente la propia ley procesal, al establecer la intervención del defensor oficial en caso de que, por ejemplo, el demandado con domicilio desconocido y "notificado por edictos" del traslado de la demanda, no compareciere a contestarlo. ¿Por qué razón se otorga esa intervención?

Sencillamente porque se sabe que es muy probable que, a pesar de la formalidad de la publicación edictal, el requerido no haya tenido efectivo conocimiento del acto que pretende anoticiársele; y siendo que las consecuencias de la incontestación de la demanda lo dejan en un estado de indefensión, la ley intenta proteger su derecho de defensa en juicio designándole un defensor oficial". (Cám. Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala 2°, 13/12/2007, "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Lamoth, Oscar S." (Expte. 130.622, publ. Lexix 70042387).

Por ello, corresponde el rechazo del recurso deducido por la Defensora Oficial, sin costas de Alzada.

Por lo expuesto, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar el auto de fs. 75, rechazando la apelación interpuesta.

2.- Sin costas de Alzada.

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini -Dra. Patricia Clerici

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"ABOJER ILEANA EDITH C/ PIRE RAYEN AUTOMOTORES S.A. Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACION E/A 507835"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 3216/2015) – Interlocutoria: 363/15 – Fecha: 08/09/2015

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. JUSTICIA GRATUITA. ALCANCE. TASA DE JUSTICIA. CONTRIBUCION AL COLEGIO DE ABOGADOS. BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS. ALCANCE.

> Cabe confirmar el auto mediante el cual se le hace saber a la parte actora que el beneficio de gratuidad consagrado en el art. 12 de la Ley 2268, comprende sólo la exención del pago de la Tasa de Justicia y la Contribución al Colegio de Abogados, sin incluir las costas ni los honorarios. Ello es así, pues, [...] el beneficio de gratuidad consagrado en las normas tuitivas del Derecho del Consumidor, no puede ser asimilado al alcance que se le otorga al de litigar sin gastos, pues son dos institutos que, si bien reconocen un fundamento común, tienen características propias que los diferencian. Así, el beneficio de litigar sin gastos tiene un alcance mayor, ya que abarca el período comprendido desde el comienzo de las actuaciones judiciales (pago de tasas y sellados) hasta su finalización (eximición de costas); mientras que el de "justicia gratuita" se refiere al acceso a la justicia, a la gratuidad del servicio que presta el estado, que no debe verse conculcado con imposiciones económicas, como el pago previo de la tasa y la contribución. De allí que, una vez que al consumidor se le garantiza el acceso a la justicia, el mismo, como un litigante más, queda sometido a los avatares del proceso, incluido el pago de las costas.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 8 de septiembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "ABOJER ILEANA EDITH C/ PIRE RAYEN AUTOMOTORES S.A. Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACION E/A 507835" (Expte. INC Nº 3216/2015) venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 1 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

I.- Vienen estos autos a estudio para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de fs. 22 vta., mediante el cual se le hace saber que el beneficio de gratuidad consagrado en el art. 12 de la Ley 2268, comprende sólo la exención del pago de la Tasa de Justicia y la Contribución al Colegio de Abogados, sin incluir las costas ni los honorarios.

En su memorial expresa que la restricción invocada, en cuanto a que el beneficio de gratuidad consagrado en la Ley de Defensa del Consumidor, no comprende las costas del juicio, controvierte el texto expreso del art. 53 de la Ley Nacional N° 24.240 y del Art. 12 Ley Provincial N° 2268.

Afirma que, si el legislador Nacional como el Provincial han establecido el beneficio de la justicia gratuita, mal pudo pretender que el mismo se vea limitado sólo a la Tasa de Justicia y Contribución al Colegio de Abogados, pues en tal caso así lo hubiese expresado, eximiendo al consumidor exclusivamente del pago de los mismos.

Aduce que, la interpretación del alcance de la norma y de la expresión no puede ser otro que la gratuidad del proceso respecto de todos los gastos y costas, ya que de otro modo, no se hubiese previsto expresamente la posibilidad del demandado -proveedor- de realizar el incidente tendiente a acreditar la solvencia del consumidor, conforme lo prevé el art. 53 in fine de la Ley 24.240. Cita jurisprudencia, efectúa algunas consideraciones y, solicita que se haga lugar al recurso articulado.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, advertimos que si bien esta temática ha dado lugar a distintas interpretaciones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, nos inclinamos por la postura que considera que el alcance de la gratuidad acordada tanto en el ámbito nacional por la Ley 24.240, como en el provincial con la Ley N° 2268, en cuanto consagran el "beneficio de justicia gratuita", no puede ser considerada sinónimo de "beneficio de litigar sin gastos", para eximir al peticionante del pago de las costas que se devenguen durante la tramitación del juicio.

Ello es así, porque el beneficio de gratuidad consagrado en las normas tuitivas del Derecho del Consumidor, no puede ser asimilado al alcance que se le otorga al de litigar sin gastos, pues son dos institutos que, si bien reconocen un fundamento común, tienen características propias que los diferencian.

Así, el beneficio de litigar sin gastos tiene un alcance mayor, ya que abarca el período comprendido desde el comienzo de las actuaciones judiciales (pago de tasas y sellados) hasta su finalización (eximición de costas); mientras que el de "justicia gratuita" se refiere al acceso a la justicia, a la gratuidad del servicio que presta el estado, que no debe verse conculcado con imposiciones económicas, como el pago previo de la tasa y la contribución.

De allí que, una vez que al consumidor se le garantiza el acceso a la justicia, el mismo, como un litigante más, queda sometido a los avatares del proceso, incluido el pago de las costas.

En el sentido expuesto, la jurisprudencia se ha pronunciado diciendo:

"Cabe diferenciar los términos "beneficio de justicia gratuita" que emplea la ley 26361 y "beneficio de litigar sin gastos". Dichos institutos reconocen un fundamento común aunque revisten características propias que los distinguen entre sí. Desde tal perspectiva cabe desentrañar el alcance que la Ley de Defensa del Consumidor otorga al concepto de "justicia gratuita". Un análisis semántico del tema revela diferencias entre ambos conceptos, mientras que "litigar sin gastos" abarca desde el comienzo de las actuaciones judiciales, pago de tasas y sellados hasta su finalización (eximición de costas), el término "justicia gratuita" refiere indudablemente al acceso a la justicia, que no debe ser conculcado por imposiciones económicas. Una vez franqueado dicho acceso, el litigante queda sometido a los avatares del proceso incluidas las costas, las que no son de resorte estatal, sino que constituyen una retribución al trabajo profesional de los letrados y demás auxiliares de la justicia, de carácter alimentario. En ese orden de ideas, los antecedentes parlamentarios vinculados con la cuestión permiten arribar a igual conclusión en punto a que la justicia gratuita no implica un avance sobre las costas de los procesos que regula la ley mencionada. (CCCU02 CU 6693 S Fecha: 04/06/2010 Juez: ROJAS (SD) Caratula: De la Cruz Mariano Ramón c/ Renault Argentina S.A. y Otra s/ Sumarísimo Mag. Votantes: ROJAS-MARCO-AHUMADA).

III.- Por ello esta Sala III

RESUELVE:

1.- No hacer lugar al recurso de apelación articulado a fs. 23/28, confirmándose el auto atacado en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravio.

2.- Sin costas por tratarse de una cuestión suscitada entre la parte y el tribunal.

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez – SECRETARIA

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

**"E.P.E.N. C/ COOP.DE SERV. PUBL. PLOTTIER LTD S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 347865/2007) – Interlocutoria: 364/15 – Fecha: 08/09/2015
DERECHO PROCESAL: MEDIDA CAUTELAR.

EMBARGO. INTERVENCION JUDICIAL. INTERVENTOR RECAUDADOR. IMPUESTOS. INGRESOS BRUTOS DE LA CAJA DIARIA.

Corresponde revocar la resolución interlocutoria en donde se le ordena a la interventora de caja designada que al momento de efectivizar la medida deberá exceptuar los tributos: cánon municipal, IVA y ley 23.681, por tratarse de rubros impositivos. Ello es así, toda vez que la magistrada no da demasiados fundamentos para resolver la modificación de una medida de carácter ejecutorio que se encuentra en cumplimiento hace años -más de ocho- y consiste en la retención del 10% de los ingresos brutos de la caja diaria. Y ciertamente no se comprueba razón alguna que de sustento a lo peticionado –por la demandada-, atento a que no se basa en un cambio de la situación fáctica sin ofrecer sustitución alguna; luego, se pretende la deducción de rubros impositivos a su cargo solamente aduciendo ser agente de retención (...), cuando ello implicaría reducir de los alcances del embargo, tanto como, una severa dificultad en su ejecución.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 8 de septiembre de 2015
Y VISTOS:
En acuerdo estos autos caratulados "E.P.E.N. C/ COOP. DE SERV. PUBL. PLOTTIER LTD S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS" (Expte. Nº 347865/2007) venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 2 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,
CONSIDERANDO:
I.- Que la parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria del 11 de junio del 2015 (fs. 628), presentando memorial a fs. 632/634.
Argumenta que la juez de grado incurre en arbitrariedad al revisar una medida ejecutiva consentida y firme hace más de ocho años, sin que se haya modificado la situación fáctica, se trata de una intervención de caja del 10%, limitada por ser una prestadora de servicio público, ahora reducida por gastos e impuestos, dificultándose el cobro de la deuda de un ente que garantiza la energía eléctrica en la provincia e ignorando la realidad comercial de las partes. Por otro lado, destaca que la disposición es de imposible cumplimiento.

Solicita se revoque el fallo recurrido, dejando sin efecto lo ordenado.

Corrido el pertinente traslado la parte demandada no contesta.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis hace lugar al planteo formulado por la ejecutada y ordena a la interventora de caja designada que al momento de efectivizar la medida deberá exceptuar los tributos: cánon municipal, IVA y ley 23.681, por tratarse de rubros impositivos.

Ciertamente, el embargo preventivo por intervención de la caja fue dispuesto el 20 de abril 2007 (fs. 59), en el porcentaje fijado por tratarse de una prestadora de servicios públicos y que la misma se encontraba afectada por otros embargos, especificándose que la propuesta debería controlar diariamente los ingresos brutos hasta cubrir la suma indicada; se hace lugar a la demanda interpuesta el 18 de febrero del 2008 (fs. 261/262); el embargo es convertido en ejecutorio (fs. 342); limitándose el mismo sobre cuentas bancarias al 30% (fs. 397/398); se dicta sentencia de trance y remate (fs. 468).

El artículo 203 del Código Procesal establece expresamente que: "El deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere..". (cfme. arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 743 del Cód. Civ. y Com.; y 195 y ss. del Cód. Proc.).

"Una de las características principales de toda medida precautoria es su mutabilidad; de ahí la posibilidad, una vez decretada, de pedir su ampliación, mejora o sustitución (art. 203). En sentido concordante, aparece la provisoriedad de la institución en cuya virtud podrá requerirse su levantamiento cuando cesaran las circunstancias que la determinaron. Ello es consecuencia de que el auto que decreta una medida cautelar no causa estado porque puede solicitarse su cambio, sustitución o levantamiento, pero siempre que hayan cambiado las circunstancias de hecho o de derecho por las cuales fue anteriormente decretada o denegada." (p. 64, t. 2, CPCC Fassi-Yañez).

En el caso concreto a estudio, la magistrada no da demasiados fundamentos para resolver la modificación de una medida de carácter ejecutorio que se encuentra en cumplimiento hace años y consiste en la retención del 10% de los ingresos brutos de la caja diaria.

Y ciertamente no se comprueba razón alguna que de sustento a lo peticionado, atento a que no se basa en un cambio de la situación fáctica sin ofrecer sustitución alguna; luego, se pretende la deducción de rubros impositivos a su cargo solamente aduciendo ser agente de retención (fs. 622), cuando ello implicaría reducir de los alcances del embargo, tanto como, una severa dificultad en su ejecución.

"Es de la esencia de las medidas cautelares, su mutabilidad, pero la razón de tal esencia se justifica a través de la acreditación de las circunstancias que justifiquen el cambio y por supuesto, ellas avaladas por las constancias que efectivamente se desprendan del expediente. La sola petición de modificar la medida ya dispuesta no resulta suficiente, pues debe acreditarse su necesidad; ello así, pues el juzgador debe formar convicción al respecto por cuanto debe mantener "...adecuadamente protegido el crédito que garantizan y al mismo tiempo que no se cause innecesariamente perjuicio al deudor"." (Medidas cautelares, modificación de medidas cautelares, SUMARIO DE FALLO, 26 de Marzo de 2002, Id Infojus: SUQ0013759, Fuente del sumario: OFICIAL, FALLOS A LOS QUE APLICA, L., E. E. c/ D.B., H. y Otros s/ Laboral s/ Embargo Preventivo, INTERLOCUTORIO. CAMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERIA).

III.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteara el recurso, deberá hacerse lugar a la apelación, revocando el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas en la alzada a la accionada.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Revocar la resolución dictada a fs. 628 y vta. en todo cuanto ha sido materia de agravios.

2.- Imponer las costas en la alzada a la accionada (art. 69 C.P.C.C.).

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"RISCHMANN MICHEL J C/ DIEU JOSE ALEJANDRO S/ EJEC. HON. EN AUTOS (43949/10)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 115/2012) – Interlocutoria: 370/15 – Fecha: 08/09/2015

DERECHO PROCESAL: EJECUCION DE HONORARIOS.

HONORARIOS DEL ABOGADO. MONTO DE LA EJECUCION. PLANILLA. IMPUESTO AL VALOR AGREGADO.

Habrá de revocarse el auto en donde se le ordena al letrado que excluya el I.V.A sobre los honorarios, en función de que la ejecución se inició sólo por capital. Ello es así, toda vez que con independencia de que se haya reclamado I.V.A sobre honorarios, el mismo constituye un impuesto que grava indefectiblemente a los emolumentos, por lo tanto, salvo renuncia expresa, forma parte del capital reclamado, por lo que debe ser incluido en la planilla de liquidación tal como lo solicita el actor.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 8 de septiembre del año 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "RISCHMANN MICHEL J C/ DIEU JOSE ALEJANDRO S/ EJEC. HON. EN AUTOS (43949/10)" (Expte. INC N° 115/2012) venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 1 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

Viene la presente causa a estudio en virtud del recurso de apelación formulado a fs. 27 y vta. por el Dr. Michel RISCHMANN contra el auto de fs. 26 que ordena se excluya el IVA sobre los honorarios, en función de que la ejecución se inicio solo por capital.

Analizada la causa, consideramos que le asiste razón al actor en cuanto a que con independencia de que se haya reclamado IVA sobre honorarios, el mismo constituye un impuesto que grava indefectiblemente a los emolumentos, por lo tanto, salvo renuncia expresa, forma parte del capital reclamado, por lo que debe ser incluido en la planilla de liquidación tal como lo solicita el actor.

A los fines de la percepción del IVA sobre los honorarios, basta que el profesional que debía cobrar sus honorarios denuncie su condición frente al IVA momentos previos al libramiento del cheque, sin que sea necesaria una petición o aclaración al respecto con anterioridad a dicha oportunidad.

Por lo tanto, como ya lo adelantáramos, se hará lugar al recurso de apelación articulado, y en consecuencia se revocara el previo de fs. 26. Sin costas por tratarse de una cuestión suscitada entre la parte y el tribunal.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Dejar sin efecto el previo de fs. 26, debiéndose incluir en la planilla y en la presente ejecución el IVA sobre los honorarios del profesional apelante.

2.- Sin costas por tratarse de una cuestión suscitada entre la parte y el tribunal.

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - Secretaria

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

**"TRONCOSO ROBERTO FERNANDO C/ OLIVERA CARLOS FABIAN Y OTRO S/ D. y P. USO AUTOMOTOR C/ LESIÓN O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 468590/2013) - Sentencia: 109/15 – Fecha: 13/08/2015

DERECHO CIVIL: DAÑOS Y PERJUICIOS.

AUTOMOTOR. GASTOS DE REPARACION. QUANTUM INDEMNIZATORIO. PRESUPUESTOS ACOMPAÑADOS. DICTAMEN PERICIAL. APRECIACION DE LA PRUEBA. PRIVACION DE USO. VEHICULO PARTICULAR. INCREMENTO INDEMNIZATORIO.

1.- Debe rechazarse un incremento del quantum sobre el rubro "gastos de reparación" del vehículo, toda vez que dichos gastos fueron determinados en función de los presupuestos adjuntados por el propio apelante, por lo que el importe otorgado en la sentencia, ($15.622) [...], se ajusta a lo expresamente peticionado en el escrito de demanda. Por otra parte, la pericia no resulta suficiente para incrementar el monto por sobre los que dan cuenta los propios presupuestos acompañados y reconocidos en autos. Ello en función de que si bien el perito en su dictamen (...), al contestar el punto 6 referente al rubro en cuestión, detalla los trabajos a realizar, no da mayores precisiones en relación a que presupuestos, informes y demás antecedentes que se ha servido para determinar el importe de tales trabajos ($23.854).

2.- Corresponde incrementar el monto reconocido sobre el rubro "privación de uso del automotor", en el sub lite de uso particular, ya que habiéndose probado que el vehículo del actor, –en función de los daños descriptos en la pericial (...)- para su reparación insumiría aproximadamente 15 días, en función de las facultades conferidas por el art. 165 del Código Procesal, estimo prudente que por tal concepto se fije la suma reclamada en la demanda ($2.000), [...].

**Texto completo:**

NEUQUEN, 13 de agosto de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "TRONCOSO ROBERTO FERNANDO C/ OLIVERA CARLOS FABIAN Y OTRO S/ D. y P. X USO AUTOMOTOR. C/ LESIÓN O MUERTE" (Expte. Nº 468590/2012) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 2 a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina TORREZ, y de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- Viene la presente causa a estudio, a fin de resolver el recurso de apelación que a fs. 148 interpone la parte actora contra la sentencia de fs. 143/146 vta.

En sus agravios de fs. 164/166, considera bajo el importe otorgado en la sentencia en concepto de gastos de reparación de la unidad siniestrada. Señala que, si bien la sentenciante otorgó el monto solicitado en la demanda, de acuerdo a los presupuestos acompañados ($15.622), el perito accidentológico determinó que el monto de reparación es más alto, ascendiendo el mismo a $23.854.

Afirma que, su parte inicio demanda por la suma de $26.622 o lo que en más o menos surja de las probanzas de autos.

En segundo lugar, se agravia por el rechazo del rubro privación de uso del automotor. Sostiene que, dicha privación no solo debe ser indemnizada cuando el vehículo es utilizado en una actividad rentada, sino que la sola indisponibilidad y el hecho de tener que acudir a otros medios a los fines de movilizarse, provoca un daño que debe ser indemnizado.

A fs. 175/178, la parte demanda contesta el traslado de los agravios, solicitando se decrete su deserción por falta de cumplimiento de lo dispuesto por el art. 265 del Ordenamiento Procesal.

Subsidiariamente contesta, solicitando su rechazo con costas.

II- La cuestión controvertida en la apelación, se refiere en primer lugar al quantum del rubro "gastos de reparación", y adelanto que la pretensión del demandante de elevar su monto resulta improcedente.

En efecto, los gastos de reparación fueron determinados en función de los presupuestos adjuntados por el propio apelante, por lo que el importe otorgado en la sentencia, en lo que respecta a este rubro, se ajusta a lo expresamente peticionado en el escrito de demanda.

Sin perjuicio de ello, en el caso, aun cuando en su demanda el actor haya expresado: "…y/o en lo que en más o en menos surja de la probanza de autos…", lo cual habilitaría a incrementar el monto reclamado en caso de comprobarse que lo peticionado resulta insuficiente, considero que la prueba pericial mecánica no resulta suficiente para el logro de tal cometido.

En cuanto a dicha prueba pericial cabe recordar que… En relación con la valoración de la prueba pericial, esta Cámara de Apelaciones ha sostenido: "[…] que, si bien hemos dicho que en principio debe estarse a lo que resulta de la pericia, ello es así, siempre y cuando se den los presupuestos del artículo 476 del Código de rito. Por otro lado, las conclusiones a que se arriban en dicha prueba no obligan, necesariamente, al magistrado, quien puede y debe apartarse de las conclusiones que allí se expresan cuando las mismas carecen de fundamento como ocurre en el caso" (Sala II, in re "BLANCO JORGE RAUL Y OTRO C/ FERROSUR ROCA S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" Expte. Nº 339356/6).

En ese sentido se tiene dicho que: "La prueba de peritos es un juicio de valor sobre cuestiones respecto de las cuales se requieren conocimientos especiales (art. 457, Código procesal), opinión técnica que el juez no se encuentra obligado a seguir inexorablemente (cfr. Sala III, "Guzmán", fallo del 22.11.1983), pero tampoco puede ignorarlo arbitrariamente (ED., 89-495). En principio, la labor judicial indica que debe ceñirse a la apreciación pericial, pero valorar su contenido de acuerdo a la competencia del emisor; los principios científicos en que se funda el informe; la aplicación de las reglas de la sana crítica a sus conclusiones y fundamentos; las observaciones o impugnaciones que se hagan al dictamen; y el contenido de los demás elementos de convicción que se desprendan de la causa que corroboren o controviertan aquél (cfr. argumento del art. 477 del mismo cuerpo legal)" (CNac. de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala 1, 1992/99, "Morel Daiana Ayelen c/ Hospital de Pediatria S.A.M.I.C. Prof. Dr. Juan Garrahan s/ daños y perjuicios", 8/05/03).

Por lo tanto, como ya lo adelantará, la pericia no resulta suficiente para incrementar el monto por sobre los que dan cuenta los propios presupuestos acompañados y reconocidos en autos. Ello en función de que si bien el perito en su dictamen de fs. 114/118, al contestar el punto 6 referente al rubro en cuestión, detalla los trabajos a realizar, no da mayores precisiones en relación a que presupuestos, informes y demás antecedentes que se ha servido para determinar el importe de tales trabajos.

Por lo tanto, considero que sin perjuicio de reconocer merito al especialista en su trabajo pericial, sobre este punto en particular la misma no resulta suficiente para elevar el importe correspondiente a "gastos de reparación" del vehículo del actor en la forma pretendida por éste, por lo que el presente agravio será rechazado.

En lo referente al rubro "privación de uso del automotor", diré que cuando se trata de un vehículo afectado al uso particular, la sola privación de su uso produce una pérdida susceptible de apreciación pecuniaria, pues el hecho de privar a otro de un rodado es ya un daño resarcible, sin que sea exigible una prueba adicional.

En ese sentido, la Jurisprudencia se ha pronunciado diciendo que:

"La sola privación del uso del automotor, durante el tiempo que razonablemente pueden insumir los arreglos, comporta un daño resarcible porque afecta uno de los atributos del dominio. No es necesario que se lo destine a un uso comercial; en los casos en que así ocurre, a aquel daño se agrega el lucro cesante que, en esos supuestos, debe ser probado" (Autos: SEOANE ELSA MARTA c/ FORMICA LUIS ALBERTO Y OTRO s/ COBRO DE PESOS - Nº Sent.: 46113- Magistrados: CARDO BURNICHON - Civil - Sala G - Fecha: 07/06/1989).

"El solo hecho de verse ante la privación del vehículo importa un perjuicio indemnizable, pues cabe presumir que quien tiene un automotor es para usarlo, sea para su trabajo, comodidad o esparcimiento" (Autos: GIORGETTI JORGE A. Y OTRA c/ SOLIMO A. Y-U OTROS s/ SUMARIO - DAÑOS Y PERJUICIOS - Nº Sent.: 48421- Magistrados: VALDO MIRAS - Civil - Sala E - Fecha: 02/08/1989).

"El resarcimiento por privación de uso del automotor debe ser estimado prudencialmente teniendo en cuenta el tiempo razonablemente necesario para la reparación del vehículo dañado, sin que quepa agravar la responsabilidad del deudor por la demora incurrida por el damnificado para llevar a cabo esta tarea, aun cuando ella provenga de una supuesta falta de fondos, pues no existe al respecto una relación de causalidad adecuada" (L.D.T: Sumario N° 17025 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 7/2006). Autos: BAINER Marcelo Benjamín c/ PAGANINI Elba Rosa s/ DAÑOS y PERJUICIOS. - Nº Sent.: BL: Fallo completo publicado en: DiarioJudicial.com del 28/06/2006. Magistrados: ZANNINI, GALMARINI, POSSE SAGUIER. - Sala F. - Fecha: 08/03/2006 - Nro. Exp.: L.440507).

Por lo tanto, habiéndose probado que el vehículo del actor, –en función de los daños descriptos en la pericial de fs. 114/118- para su reparación insumiría aproximadamente 15 días, el rubro en cuestión resulta procedente.

En función de las facultades conferidas por el art. 165 del Código Procesal, estimo prudente que por tal concepto se fije la suma reclamada en la demanda ($2.000), con más los intereses determinados en la sentencia de primera instancia.

Por tales motivos habrá de revocarse la sentencia en este punto, haciendo lugar a la "privación de uso", que se fija en la suma de $2.000 con más sus respectivos intereses.

III.- Por lo expuesto y disposiciones legales citadas, propongo al Acuerdo que se revoque parcialmente la sentencia apelada, y en consecuencia, de conformidad con lo analizado precedentemente, se eleve la condena en la suma de $2.000, en concepto de "Privación de Uso automotor", con más los intereses fijados en la sentencia de grado. En función del resultado parcialmente obtenido, las costas de Alzada se impondrán por su orden.

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 parcialmente la sentencia de fs. 143/146 vta., elevándose el monto de condena que arriba a la suma de PESOS DIECISIETE MIL SEISCIENTOS VEINTIDOS ($17.622), con más los intereses fijados en la instancia de grado, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.
2.- Imponer las costas de Alzada por su orden (art. 68 2° apartado del C.P.C.C.).
3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).
4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.
Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ MERCADO CIUDAD DE BUENOS AIRES S.A. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 490944/2013) – Sentencia: 114/15 – Fecha: 27/08/2015

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

EJECUCIÓN FISCAL. IMPUESTO INMOBILIARIO. CAUSA DE LA OBLIGACIÓN. ANALISIS. EXCEPCIÓN DE INHABILIDAD DE TÍTULO. FALTA DE LEGITIMACION PASIVA. INFORME DE DOMINIO. INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE.

1.- [...] esta Cámara y en particular el suscripto ha denegado el análisis de la causa del título en numerosos pronunciamientos. Sin embargo dicha postura ha admitido varias excepciones toda vez que no se trata de un principio riguroso, inflexible y aplicable siempre y en toda circunstancia. Se trata de una hipótesis verosímil pero, que frente la evidencia de la improcedencia del reclamo, debe ceder ante la realidad por cuanto la función del juez es hacer justicia en el caso concreto y no aferrarse inútilmente a posturas puramente formales.

2.- Conforme informe de dominio de los inmuebles individualizados [...], la demandada no detenta la titularidad de dominio de los referidos inmuebles desde el año 1966, por lo tanto entiendo que la excepción de inhabilidad de título (falta de legitimación pasiva) habrá de prosperar.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 27 de agosto de 2015.
Y VISTOS:
En acuerdo estos autos caratulados: "PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ MERCADO CIUDAD DE BUENOS AIRES S.A. S/ APREMIO", (Expte. N° 490944/2013) venidos en apelación del Juzgado de JUICIOS EJECUTIVOS N° 2, a esta SALA III

integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI Y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. AUDELINA TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. GHISINI dijo:

I.- La sentencia de fs. 78/82 hace lugar a la excepción de inhabilidad de titulo fundada en la falta de legitimación pasiva opuesta interpuesta por la demandada y en consecuencia rechaza la demanda con costas.

A fs. 85 apela la parte actora quien presenta el memorial a fs. 87/92, en donde manifiesta que, habiendo consultado con la base de datos de la Dirección Provincial de Rentas, se comprueba que el demandado, si bien no es titular de las mencionadas nomenclaturas, sí lo es como responsable de pago con relación a los inmuebles que se ejecutan.

Aduce que, a efectos de acreditar dicho extremo se acompañó junto con la contestación de la demandada la nota donde la DPR informa a la Fiscalía de Estado que el demandado es responsable de dichos inmuebles.

Sostiene que, si bien los artículos: 136, 141, 18, 17 y 22 establecen en principio quiénes resultan ser contribuyentes del tributo inmobiliario, la plataforma fáctica de autos debe analizarse también a la luz de los arts. 28, 36, 149 y 37 del CF, al resultar de ellos que, en tanto producida cualquier modificación relativa al hecho imponible que da nacimiento al impuesto, ésta debe ser comunicada a la Dirección Provincial de Rentas, siendo los contribuyentes responsables de ello, en tanto la determinación de las obligaciones fiscales se efectúa sobre la base de declaraciones juradas que los contribuyentes y demás responsables presentan a la Dirección y sobre la base de las constancias de sus registros.

La normativa fiscal mantiene, como consecuencia del incumplimiento de su deber tributario de comunicar a la Dirección Provincial de Rentas cualquier cambio de su situación que pueda dar origen a nuevos hechos imponibles, o modificar o extinguir hechos imponibles existentes, al demandado de autos como responsable solidario obligado al pago de los impuestos y contribuciones que de ellas resulten hasta que dicho cumplimiento se perfeccione.

A fs. 94/96 vta. la parte demandada en primer lugar la deserción del recurso por no reunir los requisitos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente, contesta el traslado del memorial y pide su rechazo con costas.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, principio por recordar que esta Cámara y en particular el suscripto ha denegado el análisis de la causa del título en numerosos pronunciamientos.

Sin embargo dicha postura ha admitido varias excepciones toda vez que no se trata de un principio riguroso, inflexible y aplicable siempre y en toda circunstancia. Se trata de una hipótesis verosímil pero, que frente la evidencia de la improcedencia del reclamo, debe ceder ante la realidad por cuanto la función del juez es hacer justicia en el caso concreto y no aferrarse inútilmente a posturas puramente formales.

En el caso de autos se persigue el cobro por parte de la Provincia de la boleta de deuda de fs. 2/5 contra Mercado Ciudad de Buenos Aires S.A., en concepto de impuestos de los inmuebles identificados con Nomenclatura Catastral n° 092405350220000 y 09240536200000, correspondiente a los periodos 2007, 2008, 2011.

Conforme informe de dominio de los inmuebles individualizados en el párrafo anterior, (fs. 43/46), la demandada no detenta la titularidad de dominio de los referidos inmuebles desde el año 1966, por lo tanto entiendo que la excepción de inhabilidad de título (falta de legitimación pasiva) habrá de prosperar.

En el sentido expuesto la jurisprudencia se ha pronunciado diciendo que:

"Las llamadas obligaciones "propter rem", obligaciones ambulatorias u obligaciones reales son aquellas que descansan sobre determinada relación de señorío sobre una cosa y nacen, se desplazan y se extinguen con esa relación de señorío. De lo dicho se desprende que si la cosa se transmite, la obligación sigue a la cosa y pesa sobre el nuevo propietario, quedando liberado el anterior (arts. 2416, 3266, 3268 in fine y 575 del Código Civil). Así es inseparable la calidad de deudor de la condición de propietario de la cosa en razón de la cual ha surgido la obligación. La persona del deudor no se determina sino en el momento en que la obligación se haga valer." Cc0001 Si 51657 RSI-59-90 I. 20/02/1990. Weskamp O.A.J. C/ Marantelli Pedro y Alonso O. S/ Cobro Ejecutivo. Mag. Votantes: Montes De Oca - Furst - Arazi.

"El argumento de haberse promovido la demanda contra "y/o quien en definitiva resulte propietario del inmueble", tener la deuda reclamada la naturaleza de una obligación propter rem, o no participar la sentencia ejecutiva del carácter de definitiva, no autoriza el cambio de carátula de las actuaciones en el supuesto que -con posterioridad a la

sentencia- se advierta que el demandado no es el titular del dominio del inmueble." Cc0100 Sn 7614 RSI-588-5 I. 27/10/2005. Juez: Telechea (sd). Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos C/ Orcato Eduardo César y/o quien resulte propietario y/o poseedor a título de dueño S/ Apremio. Mag. Votantes: Telechea-Porthé).

"En cuanto a la excepción de falta de legitimación pasiva, es cierto que por más restrictiva que fuera la interpretación que se hiciera de las defensas que puede articular el ejecutado en un juicio de apremio, ello nunca podría llegar a que a alguien se lo condene a pagar una deuda por un tributo de cuyo pago está eximido o que por otros motivos no está obligado a oblar (art. 6 del Dec. Ley 9122/78).- (L.D.T: Cc0000 Tl 10686 Rsd-158-21 S Fecha: 10/12/1992 Carátula: Municipalidad De Tres Lomas C/ Balbín, Pablo Manuel Y Otros S/ Apremio).

En segundo lugar, y en relación al art. 28, esta Sala se ha pronunciado diciendo: ".. es dable efectuar una disquisición puesto que, el mentado artículo 28 (primer párrafo) impone la obligación al contribuyente –y demás responsables- de "comunicar" a la Dirección Provincial de Rentas las circunstancias descriptas en la norma (a la cual me remito en honor a la brevedad) sin implicar ello, una "declaración" en los términos del artículo 37 de la misma ley".

En tal sentido, se puede tener por cumplimentada la "comunicación" que prevé la norma, ya que, al haberse realizado la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, indudablemente la escritura a inscribir contaba con el visado correspondiente del organismo recaudador.

En definitiva, propicio pues, el rechazo del recurso, confirmando la sentencia recurrida con costas de Alzada a cargo de la actora, debiendose regular los honorarios correspondientes a esta Alzada, de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 LA.

Tal mi Voto.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 78/82, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la actora vencida (art. 558 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez – SECRETARIA

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

**"LEON PABLO ADRIAN C/ PRESELLO GUILLERMO OMAR Y OTRO S/ DESPIDO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 343357/2006) – Sentencia: 115/15 – Fecha: 27/08/2015

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO INDIRECTO. VENTA CALLEJERA. CONTRATO DE TRABAJO. RELACION DE DEPENDENCIA. NOTAS TIPIFICANTES. PRUEBA. VALORACION DE LA PRUEBA. CERTIFICADO DE TRABAJO. MULTA. COSTAS.

1.- Corresponde confirmar el rechazo de la demanda por despido indirecto dirigida contra la codemandada Saturno Hogar S.A, pues, más allá de considerar que el demandado haya podido efectuar las gestiones pertinentes a los fines de concretar la venta de productos provenientes de la sociedad mencionada y de algunas otras, necesariamente no implica que ésta firma adquiera el carácter de empleadora del accionante, sino que para ello, debe además, demostrarse la existencia de los demás elementos que integran el contrato de trabajo (subordinación, pago de haberes, poder de dirección, etc.), extremos que no ha logrado comprobar el actor. De lo contrario, el sólo hecho de comercializar –mediante venta callejera- un producto adquirido de un negocio o de un fabricante, convertiría, por esa sola circunstancia a cualquiera de éstos en empleadores, cuestión que no puede ser aceptada.

2.- En relación a las certificaciones del art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo, ello no necesariamente guarda vinculación con las indemnizaciones por despido indirecto, pues cualquiera sea la causa del distracto, el trabajador tiene derecho a exigir las mismas de su empleador, por lo que el hecho de que el a quo las haya otorgado, a pesar de haber rechazado las indemnizaciones por despido indirecto no probado, no resulta ser suficiente para revocar el fallo apelado –que otorgó la multa-.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 27 de agosto de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "LEON PABLO ADRIAN C/ PRESELLO GUILLERMO OMAR Y OTRO S/ DESPIDO", (Expte. Nº 343.357/2006), venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral Nº 3 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.- Vienen estos autos a la Alzada a propósito de la apelación que, contra la sentencia de fs. 203/209 vta., formula el actor a fs. 213/220, cuyo traslado no es contestado por las demandadas.

Dicha resolución, rechaza en todas sus partes la demanda interpuesta por Pablo A. León contra Saturno Hogar S.A., y hace lugar parcialmente a la acción contra el demandado Guillermo O. Presello, y condena a éste último a abonarle al reclamante la suma de $3.931, en concepto de indemnizaciones por vacaciones no gozadas, el proporcional del sueldo anual complementario año 2005 y entrega de certificados de trabajo de aportes y contribuciones, bajo apercibimiento de astreintes, con más sus intereses.

II.- El actor en su recurso considera que a pesar de que en la sentencia se tuvo por reconocido que el Sr. Guillermo Presello, es gerente de marketing de la firma Saturno Hogar, se rechaza la demanda dirigida contra ésta última.

Argumenta que, el a quo ratifica que Presello es contactado por el actor con el objeto de tener acceso a la mercadería que vende Saturno Hogar, por lo que entiende que con ello queda sentada una base fáctica que indudablemente involucra a la mencionada firma.

Afirma que, la mercadería a la que el Sr. Presello tenía acceso era propiedad de Saturno y ella era vendida por el actor y otros grupos de venta callejera y domiciliaria que reportaban ganancias a su propietaria, vale decir a Saturno Hogar, conforme se reconoce la sentencia.

Sostiene que, el juez incurre en contradicción al afirmar que este tipo de vinculación de modo alguno se encuentra probado, desconociéndose lo mencionado en el párrafo anterior y, la confección ficta del accionado Presello, de

donde surge que: el actor trabajaba para Saturno Hogar y Presello; que el trabajo consistía en ventas de productos de Saturno Hogar; además, se efectuaron precisiones sobre comisiones y modalidad de venta, circunstancias todas éstas no valoradas al momento de dictar la sentencia.

Asimismo, se agravia por el total desconocimiento del a quo de los testimonios que se encarga de transcribir y, que a su entender, constituyen claras pruebas de la relación laboral invocada. Sin embargo el juez no hace lugar a la indemnización por despido reclamada, lo cual constituye un grave perjuicio para su parte.

Dice que el Tribunal pretende desvirtuar todo lo afirmado respecto de la relación laboral existente entre Presello y el actor, cuestionando la forma en que se llevó a cabo la desvinculación. En este aspecto, pretende el juez desconocer la intimación efectuada por su parte mediante carta documento que se adjuntara a autos, cuya recepción fue rechazada por los accionados.

Sostiene que, con la prueba aportada se ha logrado acreditar que las mercaderías vendidas eran propiedad de Saturno Hogar, y que a pesar de ello el Juez lo desvincula de la relación laboral invocada en autos. Y que no cabe ninguna duda que el beneficiario directo de las ventas realizadas por el grupo que integraba el actor y dirigía Presello, era la demandada Saturno.

Critica que, a pesar de haber impuesto a Presello la obligación de entregar el certificado de trabajo, la certificación de aportes y contribuciones, imponiendo una sanción conminatoria en caso de incumplimiento, no haya hecho lugar a las demás indemnizaciones reclamadas con motivo del despido que invoca.

Por último, se agravia por la forma en que se impusieron las costas.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, debo decir que, en relación a la valoración de la prueba testimonial rendida en la causa, interpreto que la misma si bien ha resultado suficiente para probar la relación laboral existente entre el actor y el Sr. Presello, resulta insuficiente para vincular a Saturno Hogar S.A. como empleadora del Sr. León.

En efecto, aún cuando se encuentre reconocido en autos que el Sr. Presello era Gerente de Saturno Hogar S.A., tal circunstancia no resulta suficiente para responsabilizar a la mencionada firma frente al actor por la relación de trabajo que – según la sentencia de primera instancia- se ha logrado probar entre León y Presello.

Así pues, el hecho que por su vinculación con Saturno Hogar, el demandado haya podido efectuar las gestiones pertinentes a los fines de concretar la venta de productos provenientes de la sociedad mencionada y de algunas otras, necesariamente no implica que ésta firma adquiera el carácter de empleadora del accionante, sino que para ello, debe además, demostrarse la existencia de los demás elementos que integran el contrato de trabajo (subordinación, pago de haberes, poder de dirección, etc.), extremos que no ha logrado comprobar el actor.

De lo contrario, el sólo hecho de comercializar –mediante venta callejera- un producto adquirido de un negocio o de un fabricante, convertiría, por esa sola circunstancia a cualquiera de éstos en empleadores, cuestión que no puede ser aceptada.

En relación a la confección ficta del Sr. Guillermo Presello, considero que con ella no se puede tener por acreditada la relación laboral entre el demandante y Saturno Hogar; ello es así, toda vez que la confesión debe versar sobre un hecho particular que involucre de manera directa al confesante, por lo que no puede extenderse a terceros que han sido ajenos a dicha confesión.

De allí que, para que esta prueba adquiera relevancia para tener por acreditada la relación laboral entre León y Saturno S.A., la confesión ficta debía provenir de ésta última, pero no de Presello.

Por otra parte, conforme se desprende del auto de fs. 85, el actor no ofreció prueba confesional del representante legal de Saturno Hogar S.A., por lo que tal circunstancia impide que se la tenga por confesa de una prueba que no ha sido ofrecida por el accionante.

Con respecto a las apreciaciones que el apelante efectúa sobre la intimación que dice haber cursado a la empleadora, advierto que ante la negativa de la demandada no ha ofrecido y producido la prueba informativa pertinente, por lo tanto, como bien se afirma en la sentencia, tal extremo no ha quedado probado.

Por ello, todas las consideraciones volcadas en relación a la mencionada intimación no tienen el efecto que pretende otorgarle el recurrente.

Por otra parte, resultan huérfanas de prueba las afirmaciones del apelante en torno a que con el producido de las ventas implementadas –venta callejera- Saturno Hogar S.A. era beneficiaria directa.

En este aspecto la prueba testimonial no favorece al actor, ya que, conforme al testimonio del Sr. Claudio E. Toranzo (ver fs. 118): "...yo hacía tareas de cobrador, el Sr. Presello era gerente de Saturno Hogar, en ese momento. Yo cobraba para Presello o la empresa Equipamientos del Sur que él formaba. La empresa era de Presello, porque nunca tuve contacto con otra persona que no fuera él. El tomaba todas las decisiones...".

A fs. 117 y vta. el Sr. Benito Enrique Guerrero manifestó que conoce al Sr. Presello, "...por el trabajo en ventas, el demandado tiene una empresa y nosotros vendíamos a comisión, su empresa era de venta de equipamientos comerciales y servicios...las comisiones las abonaba la secretaria de Presello, era el que manejaba la empresa...".

En orden a las indemnizaciones pretendidas como consecuencia del despido indirecto invocado, comparto las apreciaciones efectuadas por el magistrado de grado, toda vez que, a mi entender, el actor no ha logrado acreditar la veracidad de la intimación cursada a fin de constituir en mora a su empleadora (ya que ante la negativa del demandado no se ha producido prueba informativa al respecto).

En función de lo expuesto, no ha quedado demostrado que el Sr. Guillermo Presello, haya negado otorgarle tareas al accionante, ni siquiera ello ha quedado acreditado –por no haber sido motivo de posición expresa alguna- a través de la confesión ficta de fs. 83.

Por otra parte, no se atacan en forma concreta las apreciaciones efectuadas por el a quo, en cuanto a la falta del trabajador en hacer efectivo el apercibimiento ante la supuesta intimación –no probada- incumplida.

En relación a las certificaciones del art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo, ello no necesariamente guarda vinculación con las indemnizaciones por despido indirecto, pues cualquiera sea la causa del distracto, el trabajador tiene derecho a exigir las mismas de su empleador, por lo que el hecho de que el a quo las haya otorgado, a pesar de haber rechazado las indemnizaciones por despido indirecto no probado, no resulta ser suficiente para revocar el fallo apelado.

En la instancia anterior, la acción sólo prospera por el pago de los rubros: Vacaciones no Gozadas y proporcional del SAC año 2005, como así en la entrega de certificados del art. 80 de la LCT, por lo que dicha circunstancia amerita distribuir las costas en forma distinta que la establecida en la instancia de grado, en efecto, si bien es reiterada la jurisprudencia de esta Cámara en cuanto que, en materia laboral, no rige en forma absoluta e invariable el principio de imposición de costas al vencido en la medida del éxito obtenido –art. 71 del CPCyC-, que impera en el proceso civil, pues las normas procesales sobre costas deben ser interpretadas conforme a los principios esenciales del Derecho de Trabajo, ello no significa que en todo reclamo laboral el actor se vea liberado de las consecuencias del rechazo integral de la demanda o de su inacogibilidad mayoritaria, pues ello implicaría favorecer indebidamente la promoción de demandas temerarias o aventuradas. (conf. esta Sala en P.S. 1996 -I- 21/23, Juez SAVARIANO (SD) MARTÍ, María Dolores c/ TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. s/ Accidente. Acción Civil; "SALARI LUIS CONTRA REAL PROMOTORA S.C.C. SOBRE DESPIDO", Expte. N° 1056-CA-98; "RODRIGUEZ FIERRO LUISA CONTRA DEPOSITO GUAYMALLEN SRL S/DESPIDO", EXP N° 320219/5 en P.S., 2007, tºIV, fº624/629).

Consecuentemente, interpreto que corresponde que las costas de primera instancia se distribuyan de la siguiente manera: por el rechazo de la demanda contra Saturno Hogar S.A, serán impuestas a cargo del actor, atento a su carácter de vencido; en cuanto a las correspondientes a la demanda dirigida contra el señor Guillermo Presello, se distribuirán por su orden, manteniéndose la regulación de honorarios por encontrarse ajustadas a derecho. Y con relación a las costas de Alzada se serán impuestas en el orden causado, al no haber contestado la contraria el traslado del recurso.

Por los fundamentos expuestos, propongo al Acuerdo la confirmación del fallo de primera instancia, con la salvedad dispuesta en relación a las costas, las que serán distribuidas en la forma mencionada en el párrafo anterior.

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 en su mayor extensión la sentencia de fs. 203/209 vta., modificándola en cuanto a las costas, las que se distribuyen de la siguiente manera: por el rechazo de la demanda contra Saturno Hogar S.A, serán impuestas a cargo del actor, atento a su carácter de vencido; por la demanda dirigida contra el señor Guillermo Presello, se distribuirán por su orden, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, al no haber contestado la contraria el traslado del recurso (art. 68 2° parte del C.P.C.C).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el equivalente al 30% de lo fijado a los mismos en la sentencia de grado (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos al juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"HUMANA PEDRO C/ FLORES NAZARIO Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C /LESION O MUERTE ACUM. EXPTE. 458741/11 "HERMOSILLA BOSQUE MARIA ISABEL C/ FLORES NAZARIO S/ D.Y P."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 444267/2011) – Sentencia: 123/15 – Fecha: 08/09/2015

DERECHO COMERCIAL: SEGUROS.

SEGURO DE AUTOMOTORES. PRIMA. PAGO MEDIANTE TARJETA DE CREDITO. FALTA DE ACREDITACION DEL PAGO. DENUNCIA DEL SINIESTRO. EXCLUSION DE LA COBERTURA. DEBER DE INFORMACION. EXTENSION DE LA CONDENA.

Corresponde hacer extensiva la condena de pago a la aseguradora, pues, en ningún momento ha anoticiado al tomador y asegurado, de la falta de acreditación del pago bancario, como tampoco comunicó la anulación de la póliza, rechazando el siniestro recién ante el reclamo judicial de los actores, con omisión en su caso de responder ante la denuncia formulada, con lo cual, se sorprende a la parte, quien había autorizado el pago vía tarjeta de crédito y formulado la denuncia del evento dañoso, citando en consecuencia. Se evidencia de esta forma el incumplimiento de las cargas informativas específicas, debiendo tener por aceptado el siniestro según apercibimiento legal. Llama la atención que la aseguradora no suspende por falta de pago, sino que directamente anula el contrato, dejando desprotegido al asegurado sin aviso alguno.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 8 de septiembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "HUMANA PEDRO C/ FLORES NAZARIO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE ACUM. EXPTE. 458741/11 "HERMOSILLA BOSQUE MARIA ISABEL C/FLORES NAZARIO S/ D. Y P.", (Expte. Nº 444267/2011), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 6 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, 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 10 de octubre del 2014 (fs. 516/525), expresando agravios a fs. 565/569.

Argumenta que la juez de grado incurre en arbitrariedad al dar por declinada la cobertura del seguro cuando no se ha acreditado la falta de pago de la prima ni se ha notificado al asegurado tal circunstancia, habiendo el mismo autorizado el debito automático para el abono correspondiente y siendo manifiesta la reticencia del productor y la aseguradora en el aporte probatorio. Denuncia que no se le notificó la anulación de póliza hasta la notificación de la presente demanda, violando las obligaciones de información.

Solicita se revoque el fallo recurrido, condenando a la aseguradora a cumplir con el contrato de seguro.

Corrido el pertinente traslado la citada en garantía contesta a fs. 583/585.

Manifiesta que la póliza no se encontraba paga y el asegurado fue avisado por telegrama, no habiendo impugnado los medios de prueba y realizado crítica concreta alguna.

Solicita se rechace la apelación con costas.

La actora contesta a fs. 587/589.

Denuncia violación de los derechos del consumidor, al no informarse al mismo de la falta de acreditación de pagos en forma oportuna, y de los derechos del asegurado, siendo que la aseguradora no rechazo en tiempo la denuncia formulada, tornándose inadmisible la tardía declinación frente al reclamo.

Solicita se haga extensiva la condena a la aseguradora.

La parte actora interpone recurso de apelación, expresando agravios a fs. 571/580.

Arguye que se ha cuantificado en forma reducida el daño físico y moral en el caso del Sr. Humana, desestimando en forma injusta los gastos asistenciales, de traslado y tratamientos. Asimismo, para la Sra. Hermosilla, se ha rechazado el daño físico, gastos asistenciales y tratamientos, apartándose de la pericia médica, y minimizando el daño moral. También, se otorga bajo monto en concepto de privación del uso de automotor.

Reserva el caso federal y solicita se eleve el monto de condena.

Corrido el correspondiente traslado el demandado no contesta y la citada contesta extemporáneamente a fs. 593/594.

Apelan honorarios por bajos el Dr. Imaz a fs. 528/531, el Dr. Pereyra a fs. 539, y el Acc. Poblet a fs. 541.

II.- Entrando al estudio de las cuestiones traídas a entendimiento resulta que la decisión en crisis hace lugar a la demanda en concepto de daños y perjuicios contra el demandado, liberando a la aseguradora en razón de la declinación de cobertura por falta de pago de la prima, según pericia contable e informativa producida. Cuantifica el daño sufrido por los actores, desestimando rubros por falta de prueba.

-Agravios de la parte demandada. La magistrada acoge la defensa de falta de legitimación pasiva incoada por la aseguradora, en virtud de lo informado por los peritos contadores, que no se pago la 1 y 2 cuota, por lo cual se anuló la póliza el 30.9.10, no encontrándose vigente el seguro al momento del accidente 2.10.10 y no habiendo el accionado formulado denuncia del siniestro. El recurrente aduce que había autorizado el pago por debito automático de su tarjeta de crédito, y que la aseguradora omitió dar aviso de la anulación mencionada, renovando inclusive el contrato, y reservando información al perito.

De las constancias de autos, surge que el demandado afirma haber denunciado el accidente de tránsito ante la Dirección Provincial y ante la propia aseguradora, citándola en garantía (fs. 36 vta. y 37 vta.); al contestar la misma, la

aseguradora no desconoce expresamente este hecho (fs. 65 y ss.), en el marco de lo dispuesto por el art. 356 inc. 1 del CPCC, de manera que resulta ser un hecho no controvertido.

Obra copia de la póliza en cuestión, con detalle del plan de pago y constancia de cobertura con especificación del medio de pago, tarjeta de crédito (fs. 491/497); asimismo, nota de anulación por falta de pago (fs. 306); y el productor de seguros confirma la forma de pago por tarjeta de crédito, asegurando que no se debitaron pagos para la póliza citada, sin dar los motivos concretos (fs. 257).

La pericia contable en los libros de la aseguradora, informa: la fecha de vigencia de la póliza n° 3409203, 2.8.10/2.2.11, el valor de la prima $550,51, la anulación por falta de pago del 30.9.10, no habiéndose aportado información sobre la denuncia del siniestro y sobre el pago de la prima, y habiéndose comunicado al asegurado la declinación de la cobertura recién el 6.5.11 por telegrama tras la notificación de la presente demanda (fs. 463/467).

La pericia contable realizada en el expediente acumulado da cuenta de similares datos, agregando que no se pagaron la 1 y 2 cuota, por lo cual se procedió a la anulación, detallando el plan de pagos (fs. 262/263).

El derecho a la información adecuada, veraz y oportuna del consumidor, cuenta con raigambre constitucional (cfme. arts. 42 de la const. Nac.; 55 de la Const. Prov.; y 4 de la ley 24.240 Defensa del Consumidor); y es obligación contractual de la aseguradora en particular brindar la información específica que hace a la póliza y a la cobertura del siniestro, al punto que se considera aceptación tácita del mismo ante el silencio de la empresa en el plazo de treinta días de denunciado (art. 56 de la ley 17.418).

"Recordemos que una característica distintiva del consumidor, más allá de la entidad que se le otorgue a la hora de delimitar el ámbito de aplicación de la ley, es su vulnerabilidad, frente al otro polo de la relación de consumo: el proveedor de bienes y servicios. Una clara demostración de este aspecto se presenta en el terreno de la información donde se ha expresado que "Los extremos señalados no son otros que la representación de la conjunción contractual de la profesionalidad con los profanos que caracteriza a este sector de los contratos". Así, el proveedor concentra frente al consumidor un poder que deriva del conocimiento específico en su área de actividad comercial, considerándoselo "experto"; a diferencia de su contraparte, novato en la materia, que se informa a través del mercado (se presume el desconocimiento del consumidor medio). En virtud de estas y otras asimetrías, conforme a los fines que inspiraron su dictado (favor debilis), la LDC otorga una tutela particular frente a la situación descripta e impone el deber de informar a cargo del proveedor (art. 4); en concordancia con el artículo 42 de la Constitución Nacional, que consagra el derecho a la información de los consumidores o usuarios." (El derecho a la información, doctrina del día, por Nager, María Agustina, publicado en la Revista La Ley CABA de La Ley, febrero 2012).

En el caso concreto, la aseguradora en ningún momento ha anoticiado al tomador y asegurado, de la falta de acreditación del pago bancario, como tampoco comunicó la anulación de la póliza, rechazando el siniestro recién ante el reclamo judicial de los actores, con omisión en su caso de responder ante la denuncia formulada, con lo cual, se sorprende a la parte, quien había autorizado el pago vía tarjeta de crédito y formulado la denuncia del evento dañoso, citando en consecuencia. Se evidencia de esta forma el incumplimiento de las cargas informativas específicas, debiendo tener por aceptado el siniestro según apercibimiento legal. Llama la atención que la aseguradora no suspende por falta de pago, sino que directamente anula el contrato, dejando desprotegido al asegurado sin aviso alguno.

Considero que no se han definido con claridad los hechos de la causa, consentidos y controvertidos, para analizar luego la prueba producida (cfme. arts. 364, 377 y 386 del CPCC), confundiéndose los mismos y sobrevalorándose medios probatorios que se basan en la información brindada exclusivamente por la propia parte interesada, sin dar cuenta inclusive de su origen, tal lo menciona el recurrente. Resalto que los peritos trabajaron sobre la documentación e información aportada por la aseguradora, luego se introduce en calidad de informativa datos aseverados por el representante comercial y el apoderado de la misma firma. Todo ello con abstracción de las obligaciones legales concretas de las partes y de la función social del seguro.

"En contratos por adhesión como el que nos ocupa se dilata el campo obligacional correspondiente a las obligaciones principales; ambas partes deben -en el respeto por el derecho ajeno- cooperar útilmente al cumplimiento positivo de

las expectativas de la otra. Existen deberes de conducta que sirven de contenido ético y aunque secundarios y agregados a los esenciales programados por las partes, dilatan el débito obligacional (Morello A.M. – Stiglitz R., La doctrina del acto propio, LL, 1984-A-866). A tal fin existen cargas de transmisión, de diligencia, de información, de cooperación, que esperan las partes entre sí. Trátase de comportamientos añadidos a las prestaciones principales, y que representan condiciones de manifestaciones de conductas correctas de cada parte en función de la exigencia de un proceder equivalente de la otra (cfr. De los Mozos, J. L., El Principio de la Buena Fe. Ed. Bosch, Barcelona, 1965, p. 210). Estas reglas secundarias de conducta -sean de fuente legal, estipuladas por las partes o implícitamente acordadas- exorbitan los deberes estructurales del contrato, pero aún como accesorias de estos últimos constituyen contenido contractual, debiendo ser observadas de buena fe (cfr. Stiglitz, R., Derecho de Seguros, t. II, p. 89); amplían el espectro de las prestaciones literalmente comprometidas por las partes. De allí que resulte necesario exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conductas perjudiciales, debiendo desestimarse toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza suscitada en el otro contratante (CSJN, in re: "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Comentes", del 03/03/92, JA, 1992-1-570); a lo anterior se suma el hecho que la suspensión de la cobertura debe ser anoticiada al asegurado en el plazo del art. 56 de la ley de seguros, ya que, un comportamiento adecuado a la buena fe debida impone al asegurador pronunciarse acerca del derecho del asegurado (art. 56 in fine L.S) (cfr. C.N.Com., esta Sala, in re: "Dúo Fast Latina c. Instituto ítalo Argentino de Seg.", del 04/09/98, LL, 1999-B-855; bis ídem, in re: "Matos de De Marco, S. c. La Libertad Cía. de Seg.", del 10/09/96, LL, 1997-C-244; ter ídem, in re: "Avícola Cañuelas S.A. c. Instituto Italo Argentino de Seg.", del 18/03/82. JA, 1982-1V-611; quater ídem, in re: "Vergara, A. c. La Agrícola Cía. de Seg.", del 30/05/1986; Stiglitz, R., Derecho de Seguros, t. II, T. III, p. 65) (conf. elDialAA380D; DEFENSOR DEL ASEGURADO, BUENOS AIRES, 19 de abril de 2012, Expediente DA nº 121/12, Resolución DA nº 119/12, Dr. Jorge Luis Maiorano).

La jurisprudencia ha dicho en tal sentido que: SEGURO. Falta de pago de la prima. Exclusión de cobertura. Alcances del art. 56 de la ley 17.418. Plazo para rechazar el siniestro. Renuncia tácita a la exclusión de cobertura.

"Aun cuando la cobertura se encuentre suspendida por falta de pago de la póliza, si la aseguradora receptó la denuncia del siniestro sin objeción y dejó transcurrir el plazo de 30 días sin expedirse ni requerir información complementaria, opera una renuncia tácita a la invocación de la exclusión de cobertura, a la suspensión de la garantía o a las caducidades por inobservancia de cargas, porque la sola omisión de la aseguradora de pronunciarse produce efectos jurídicos en tanto la norma del art. 56 de la ley 17.418 le impone la obligación legal de explicarse en los términos del art. 919 del Código Civil. (Sumario N° 17530 de la Base de datos de la Secretaria de Jurisprudencia de la Cámara Civil)." (Auto: CESTONA, Néstor Darío c/ ADOBBATI, Luis Antonio y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS. - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. - Sala: Sala D. - Mag.: VILAR, BRILLA DE SERRAT. - Tipo de Sentencia: Libre - Fecha: 20/06/2007 - Nro. Exp. : D465500 – LDT).

SEGUROS: PRIMA. Pago. Mora. Efectos. "Cuando en un contrato de seguro existe un intermediario -emisora de tarjeta de crédito- encargado de debitar al asegurado las primas correspondientes a cada periodo, siguiendo directivas del asegurador, la suspensión de la cobertura por falta de pago, debe interpretarse con criterio restrictivo, ya que su aplicación automática e irrestricta puede conducir a resultados disvaliosos al favorecer a la entidad aseguradora en detrimento del asegurado."(Auto: PEREZ LINARES, MONICA C/ MAPFRE ACONCAGUA CIA. ARGENTINA DE SEGUROS SA S/ ORDINARIO. - CAMARA COMERCIAL: A. - Mag.: MIGUEZ - KÖLLIKER FRERS. - Fecha: 29/06/2006- LDT).

Por lo expuesto, deberá extenderse la condena dictada a la aseguradora en los términos del contrato de seguro, a cumplir en el plazo estipulado y bajo apercibimiento de ejecución, teniendo en cuenta fundamentalmente el incumplimiento de las obligaciones de información y expedirse frente al asegurado-consumidor, destacando que de haberse avisado al mismo de la falta de acreditación, si hubiera podido subsanar la situación, sin dejar en estado de desprotección y ejecutando las expectativas contractuales.

-Agravios de la parte actora. Sr. Humana. A) Daño físico. Se reconoce una indemnización de $140.000, en base a una incapacidad del 20%, edad 31 años y salario de $4.000, conforme la fórmula Vuotto I, tal fuera solicitado por el demandante (fs. 6 vta.). El recurrente se limita a disconformarse, efectuando argumentaciones generales y utilizando

otra fórmula distinta a la requerida en un principio y conforme los mismos datos. De manera, que se introduce una cuestión novedosa, vedada por el art. 277 del CPCC.

B) Gastos asistenciales. Son rechazados en virtud de que se informa la cobertura 100% por la obra social del accionante. El apelante se queja, refiriendo que los hospitales públicos no cubren todas las prestaciones, más de ninguna manera confronta el fundamento concreto de la sentenciante, conforme art. 265 del CPCC.

C) Gastos de traslado. Se admiten $700, en razón del tratamiento kinésico efectuado, sin perjuicio de la falta de prueba concreta. Se queja del rechazo del rubro, lo que resulta totalmente incongruente.

D) Tratamientos. La jueza vuelve a hacer hincapié en la cobertura del 100% por la obra social para desestimar este rubro. El apelante se agravia, manifestando que en el futuro puede no tener la obra social, introduciendo otra vez hechos novedosos.

E) Daño moral. Se fijan $10.000, en virtud de la poca gravedad del hecho, las secuelas físicas padecidas y las circunstancias personales descriptas. Sólo se efectúan apreciaciones generales, tornando insuficiente el agravio.

Sra. Hermosilla. A)Daño físico. El rubro es rechazado por la juzgadora en razón de la falta de explicación de la relación causal de la cervicalgia diagnosticada, acreditándose la falta de atención hospitalaria en el momento del accidente y con posterioridad sin lesiones incapacitantes. El recurrente aduce que se evidencia con claridad la vinculación entre el diagnostico inicial de rectificación cervical y el informado por el perito de cervicalgia, con lo cual, el apartamiento de las conclusiones periciales resulta totalmente infundado.

De las actuaciones producidas surge que la actora individualiza concretamente la patología denunciada "cervicalgia traumática con compromiso neurológico" (fs. 13 vta.); el informe hospitalario da cuenta de la atención tras el accidente, con trauma de cráneo sin perdida de conocimiento, trauma cervical, cefaleas sin foco neurológico, RX columna cervical rectificada (fs. 132); y el perito médico establece contractura del cuello, limitación de movimientos por dolor, cervicalgia 8% y alteración moderada en el equilibrio y concentración 4%, total 12% de incapacidad, encontrando nexo cronológico, topográfico y etiológico, sin antecedentes de otro tipo (fs. 191/192 y 207).

Ciertamente, se puede observar una línea de coherencia entre el informe médico inicial y actual en relación a la denunciada caída hacia atrás en el accidente de tránsito investigado y la lesión de cuello, no encontrando antecedentes concretos que conspiren contra tal diagnostico, para justificar el apartamiento de la opinión técnica. Más si aparece carente de respaldo el dictamen neurológico ya que no se han efectuado estudios complementarios ni se refieren indicadores específicos al respecto, tampoco se evidencian en la pericia psicológica producida (fs. 163/170).

"Los daños físicos y la consiguiente incapacidad deben acreditarse mediante la prueba pericial. El dictamen del experto tiene importancia no sólo para mensurar la índole de las lesiones y su gravitación negativa en la capacidad del sujeto, sino también con el objeto de esclarecer la relación causal con el accidente. La valoración jurisdiccional del tema motivo del dictamen implica una aprehensión cognoscitiva mediata, porque el magistrado no posee los conocimientos científicos que le permitan comprender en forma directa la materia sobre la que versa el informe del experto. Consecuentemente, la determinación del valor probatorio del peritaje debe efectuarse verificando los juicios del experto mediante un análisis lógico y de sentido común. "(CNCiv, sala H, 29.12.99, Goldberg c. Expreso Caraza s. daños y perjuicios, su. 15, p. 53, t.2 Derecho de daños en accidentes de tránsito, Daray).

Por lo cual, considero apropiado reconocer incapacidad sobreviniente por el diagnostico de cervicalgia 8%, edad 26 años y salario $2.000, tomando como parámetro la fórmula utilizada por la decidora, ascendiendo la indemnización por tal concepto a la suma de $30.000.

B) Gastos asistenciales. Son desestimados ante la falta de razonabilidad de su existencia, no exigiendo prueba contundente. El recurrente se agravia, alegando respecto la falta de prueba, con lo que, resulta nuevamente incongruente.

C) Daño moral. Se cuantifica en $5.000, de acuerdo a las circunstancias acreditadas, atacándose su importe con meras generalizaciones, lo que resulta insuficiente.

D) Tratamiento psicológico. Es desestimado ante la falta de prueba de la necesidad del mismo, se queja de las conclusiones de la pericia psicológica, introduciendo tardíamente una impugnación.

E) Privación de uso. Se reconocen $1.000, por diez días de reparación conforme lo informado por el perito, sin que se haya cuestionado tal conclusión, quejándose en cuanto el facultativo expresa que por el origen de los repuestos es factible que el tiempo de reparación pueda superarse ampliamente.

Ciertamente, el perito dice textualmente: "Sobre este tipo de birodado, atento su origen (China), es factible que el tiempo de reparación del motovehículo pueda superarse ampliamente al detallado en el párrafo anterior, dado a que puede acontecer que al no conseguirse en el mercado alguna de las partes a reponer debe importárselas desde el exterior, inclusive puede que algunas directamente no se las consiga" (fs. 285).

"La privación de uso del rodado abarca, no solamente el tiempo de indisposición de la unidad a los fines de su puesta en condiciones, sino también por la espera de turnos en talleres, la dificultad en la ubicación de ciertos repuestos, los trámites y revisaciones previas a la decisión del arreglo, el tiempo insumido en la repación mismas, etcétera." (CNCiv, sala J, 27.2..97, Capalbo c/ Torres s. daños y perjuicios, sum. 31, p. 410, t. 1, ídem).

Por ello, procede su incremento a $1.500, de conformidad a lo preceptuado en el art. 165 del CPCC.

Finalmente, en relación a las apelaciones honorarias, estése a la adecuación ordenada.

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se plantearon los recursos, propicio hacer lugar a la apelación demandada y actora según lo expresado, modificando el fallo recurrido en lo que hace al monto de condena, incrementándose a la suma de $190.567, y extendiendo la condena de pago a la aseguradora Escudo Seguros S.A., en los términos del contrato suscripto, con costas en primera instancia a cargo de las demandadas vencidas y en la alzada a cargo de la aseguradora por el primer recurso y por su orden por el segundo, a cuyo efecto deberán adecuarse y regularse los honorarios profesionales con ajuste a la ley arancelaria, computándose a tal fin capital mas intereses (art. 20 Ley 1594).

Tal mi voto.

El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Revocar parcialmente la sentencia dictada a fs. 516/525 vta., haciendo extensiva la condena de pago a la aseguradora Escudo Seguros S.A., en los términos del contrato suscripto, y elevando el monto de condena a la suma total de PESOS CIENTO NOVENTA MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE ($190.567), de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que deberán adecuarse oportunamente al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), computándose a tal fin capital mas intereses (art. 20 Ley 1594), deviniendo abstracto el tratamiento de las apelaciones arancelarias incoadas.

3.- Imponer las costas de Alzada a las demandadas vencidas (art. 68 C.P.C.C.).

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, agréguese copia de la presente en los autos acumulados "HERMOSILLA BOSQUE MARIA ISABEL C/ FLORES NAZARIO S/ D. Y P." (EXPTE. 458741/11) y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez – SECRETARIA

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

**"CONTI PATRICIA C/ GRAND CRU 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.: 3176/2011) – Acuerdo: 08/15 – Fecha: 18/03/2015

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO INDIRECTO. PRESUNCION DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO. VENTA DE VINOS. VIAJANTE DE COMERCIO. REGIMEN JURÍDICO. ELEMENTOS TIPIFICANTES. VALORACION DE LA PRUEBA. DIFERENCIAS SALARIALES. MULTA ART. 2 LEY 25323.

1.- Teniendo en cuenta que la demandada al contestar demanda no negó la prestación de servicios, sino que alegó que el vínculo fue de naturaleza comercial, como vendedora cuentapropista o distribuidora independiente, tal circunstancia torna aplicable la presunción del artículo 23 de la LCT, de manera que era la accionada quien tenía que desvirtuar los alcances presuntivos de la norma y así probar que por las circunstancias, las relaciones o las causas que hayan motivado tal vínculo, o prestación de servicios, hubiese tenido otra naturaleza jurídica o que la actora haya prestado los servicios como un empresario o trabajador autónomo.

2.- Un sector de la jurisprudencia y la doctrina considera que la mencionada norma -artículo 23 de la LCT- sólo manda presumir la existencia de un contrato y que debe acreditarse la dependencia (Justo López y Vázquez Vialard, conf. Fernández Madrid, Juan Carlos; "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Tomo I, pág. 695); sin embargo, comparto la interpretación que sostiene que sólo debe probarse la prestación de servicios, ya que en lo que atañe a la subordinación el propio texto de la norma refiere que "el hecho de la prestación de los servicios" hará presumir la existencia de un "contrato de trabajo" y si esto es así, el contrato de trabajo encuentra su nota típica en la dependencia (art. 21 de la L.C.T.), consecuentemente, acreditada la prestación de servicios y presumido el contrato de trabajo, no es necesario probar la subordinación, porque la norma la presume; si además, hubiere que probar que el trabajo fue desempeñado bajo dependencia, la presunción quedaría vacía de contenido y carecería de sentido, además de resultar tautológica, siendo ésta la opinión predominante (conf. Fernández Madrid, Juan Carlos; Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Tomo I, pág. 695 con cita de Perugini y fs. 696/699).

3.- La demandada, tanto en su contestación de demanda como en los agravios, afirma que la actora era distribuidora de vinos, es decir que unía a las partes un contrato innominado de distribución, lo cual no ha sido demostrado en autos. En este

aspecto, corresponde advertir que el distribuidor es un auxiliar autónomo que está frente a un establecimiento propio y compra al fabricante o concesionario exclusivo para revender a los minoristas, caracterización que no surge de la prueba rendida, no se ha demostrado que la actora comprara para vender (conf. Fernández Madrid, Juan Carlos; Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Tomo I, pág. 616).

4.- [...] resulta inconmovible la decisión en crisis en tanto tiene por acreditado que la actora trabajaba para la demandada como viajante de comercio en los términos de la ley 14.546. Ello es así, pues, la demandada estaba obligaba a desarrollar una actividad probatoria idónea para demostrar que se trataba de un representante y no de un viajante, es decir, que existió una actividad comercial y no laboral, que se trataba de una empresaria autónoma, extremo que no se encuentra acreditado en la especie con la suficiente entidad como para desvirtuar la presunción legal, por el contrario, existen abundantes elementos que corroboran dicha presunción y que dan cuenta de la relación de dependencia en los términos del art. 2 de la ley 14.546 -Régimen Jurídico de los Viajantes de Comercio-.

5.- Resulta aplicable al sub lite la multa fijada en el art. 2 de la ley 25.323. Señalo que el precedente que cita la quejosa, de la anterior Cámara hoy disuelta, más allá de que la suscripta comparta la solución o no, no resulta aplicable al sub lite ya que se refiere a un supuesto fáctico diferente, en el cual la demandada había pagado la indemnización pero de forma insuficiente, que no es el caso de autos donde se ha negado la relación laboral.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los dieciocho (18) días del mes de marzo del año 2015, se reúne en Acuerdo la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con las señoras Vocales, doctoras Gabriela B. Calaccio y Alejandra Barroso, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Mariel Lázaro, para dictar sentencia en estos autos caratulados: "CONTI PATRICIA C/ GRAND CRU S.A. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS", (Expte. Nro.: 3176, Año: 2011), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia de Villa La Angostura, con asiento en la ciudad de Villa La Angostura.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. Alejandra Barroso, dijo:

1. Llegan los autos a esta instancia por recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y expresión de agravios de fs. 277/279 vta., contra la sentencia que hace lugar a la demanda interpuesta de fecha 28 de julio de 2014 (fs. 264/273).

La actora contesta el traslado de la expresión de agravios conforme surge del escrito de fs. 285/289.

2. a) En su primera queja sostiene que resulta aplicable al caso la teoría de los actos propios, con fundamento en los términos de la primer misiva remitida por la actora, en la cual, si bien expresa que inició la relación laboral como viajante de comercio, sin embargo afirma que estima una facturación promedio de $ 1.600,00, es decir que la propia actora utiliza la palabra facturación.

Considera que ante la dualidad de conductas, la posterior contrapuesta a la anterior, carece de eficacia jurídica.

Argumenta que de la prueba producida, que menciona, se encuentra demostrado que la actora es una empresaria que vendía numerosos productos y de maneras diferentes, pero siempre como empresaria, como comerciante y de allí la facturación que realizara su mandante a UVAS TINTAS, de propiedad de la actora.

Que, conforme el criterio del a quo, nos encontraríamos ante un potencial reclamo en idénticas condiciones frente a las más de 15 bodegas que comercializaban con UVAS TINTAS de Patricia Conti, todo lo cual llevaría las relaciones comerciales a un absurdo, atentando contra el tráfico comercial de productos.

Afirma que la relación que vinculaba a las partes era la de un contrato innominado de distribución.

b) En su segundo agravio argumenta que no resulta aplicable al caso la ley 14.546, que no existió entre las partes relación de trabajo subordinado, que la actora jamás tuvo obligación de cumplir una jornada legal y su cometido resultaba absolutamente ajeno al propio de la actividad de esa parte.

Que la actora disponía de amplias facultades para organizar sus tareas propias, su prioridad de productos y atender sus clientes particulares, tanto en su local comercial como a sus clientes por diferentes bodegas. Las actividades desarrolladas por la actora no eran continuas, no se garantizaba un mínimo de ventas, sino que eran ventas según las necesidades de los clientes.

Expresa que la aplicación de las normas civiles es inexcusable y que no existió una relación de subordinación con las notas tipificantes de una relación de trabajo.

c) En su cuarto agravio (en realidad el tercero) se queja de las diferencias salariales determinadas por el a quo, expresando que la relación comercial era complementaria de sus demás rubros de venta que competían en forma directa con los productos de su mandante.

Reitera que no existen diferencias salariales porque no existió relación laboral, sino que era una relación comercial y de venta de productos, no existía exclusividad y competían dentro de su distribución. Sostiene la aplicación del CC 308/75 y la improcedencia de las diferencias.

d) En su quinto agravio (cuarto en realidad) manifiesta que la sentencia omite aplicar el art. 1 de la ley 14.456, en tanto excluye concertar negocios con varios comerciantes y/o industriales cuando las mercaderías sean de idéntica calidad y características, lo cual es evidente en el presente caso y surge de la documental agregada por la actora que la misma comercializaba vinos de idéntica calidad y características, lo cual también resulta de las pruebas testimoniales y de la informativa.

Agrega que las ventas existían a favor de UVAS TINTAS o de terceros, dependiendo de la modalidad libremente elegida por la actora, ya sea para su comercio o para sus clientes, a quienes les ofrecía toda la gama de bodegas en venta, usufructuando dos tarifas.

No tenía remuneración fija, sino que dependía de la cantidad de productos que compraba para su local, y el riesgo era total de su comercio.

e) En su sexto agravio (quinto en realidad) cuestiona el cálculo de las diferencias salariales por no surgir en forma concreta de la documentación aportada por las partes, teniendo la sentencia identidad con la demanda, solicitando la producción de la prueba pericial contable oportunamente peticionada por esa parte (Punto V, apartado E de la contestación de demanda).

f) En su sexta queja reitera que la relación entre las partes resulta un contrato innominado de distribución y la solución del conflicto debe ubicarse en las disposiciones generales sobre contratos.

Afirma que se encuentra probado que ambas partes eran dos empresas independientes sin que existiera dependencia técnica ni de ningún tipo.

g) En su octavo agravio (en realidad séptimo) cuestiona la aplicación del incremento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323, solicitando se aplique el segundo párrafo del artículo mencionado, con cita de un precedente de esta Sala.

Realiza otras consideraciones, cita jurisprudencia que hace a su derecho y peticiona se revoque la sentencia apelada, con costas.

3. En su contestación, la demandada sostiene que la actora nada dice en su queja de la propia prueba agregada, consistente en facturas de UVAS TINTAS por comisiones que la actora facturaba a la demandada.

Expresa que el escrito no resulta una crítica concreta y razonada de la sentencia recurrida, sino que más bien parece un alegato, pero no refiere en momento alguno qué valoración sería desacertada, omite considerar que no se acreditó que la actora fuera distribuidora o vendedora independiente, omite considerar que la ley 14.546 no requiere exclusividad, como también que se demostró que la relación de los clientes era con la actora y que la zona quedó probada.

Agrega que la demandada no ha desvirtuado la presunción que surge del art. 11 de la ley 14.546.

En orden al monto de las diferencias salariales, indica que ninguna prueba rendida en sentido contrario existe en la causa y es la propia demandada quien acompaña las facturas.

Con relación al C.C. 308/75, expresa que en ningún momento invocó la apelante la aplicación de este C.C., el cual, por otro lado, sólo es aplicable a las partes signatarias y ni la actora ni la demandada han suscripto dicho convenio, además de consignar que su plazo de vigencia ha expirado.

Con respecto a la pericia peticionada, expresa que nada ha dicho la apelante de la pericia de parte efectuada, de la que surge que las ventas realizadas por la actora en forma directa fueron facturadas por la demandada.

Tampoco ha demostrado la parte que la actora se vinculara por un contrato de distribución, o que fuera empresaria independiente.

Con relación a la nota de exclusividad, afirma que la misma no es nota típica del viajante y que debe ser materia de pacto expreso.

Manifiesta que el recurso carece de fundamentación, y no controvierte la interpretación legal o de los hechos en que se funda el fallo, por lo que entiende debe declarárselo desierto.

En orden al incremento indemnizatorio, expresa que, conforme los antecedentes de este caso, la jurisprudencia de esta Sala que cita resulta inaplicable.

Realiza otras consideraciones, a las que me remito en honor a la brevedad, y solicita se decrete desierto el recurso interpuesto confirmando la sentencia apelada en todas sus partes, con costas.

4. En forma preliminar, he de consignar que considero que la queja traída cumple, aunque mínimamente, con la exigencia legal del art. 265 del C.P.C.C.

En esta cuestión, y conforme ya lo he expresado en anteriores precedentes, la jurisprudencia sostiene que: "…Este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 265 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional. De allí entonces que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto. Ahora bien, no obstante tal amplitud en la apreciación de la técnica recursiva, existe un mínimo por debajo del cual las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como agravios en el sentido que exige la ley de forma, no resultando legalmente viable discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista (conf. C. N. Civ., esta Sala, Expte. Nº 70.098/98 "Agrozonda S. A. c/ Jara de Perazzo, Susana Ventura y otros s/ escrituración" y Expte. Nº 60.974/99 "Agrozonda S. A. c/ Santurbide S. A. y otros s/ daños y perjuicios" del 14/8/09; Idem., id., Expte. Nº 43.055/99, "Vivanco, Ángela Beatriz c/ Erguy, Marisa Beatriz y otros s/ daños y perjuicios" del 21/12/09)….(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, "Scott, Sonia Lorena c/ Guerra Cruz, Angelina s/daños y perjuicios", 27/10/2011, Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/67333/2011)."

He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica).

También, puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir al apelante en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimentes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean.

5. Sentado lo anterior, ingresaré seguidamente al tratamiento de las críticas del recurrente.

a) Por una cuestión de orden lógico y metodológico principiaré por el replanteo en esta instancia de la prueba pericial que el quejoso desliza en su sexto agravio adelantando desde ya que el mismo no puede prosperar.

Lo peticionado carece de fundamento normativo, teniendo en cuenta que no se trata de una prueba denegada ni respecto de la cual hubiere mediado declaración de negligencia de conformidad con lo dispuesto por el art. 260 inc. 2 del C.P.C.C..

Surge de autos que la prueba pericial ofrecida por el apelante en su escrito de demanda fue admitida (fs. 67 vta.), pero la misma no fue impulsada conforme resulta de la certificación obrante a fs. 244 vta. y se tuvo por desistida por providencia de fs. 245. Estas circunstancias no fueron cuestionadas por la ahora apelante y llegan firmes a esta instancia, destacando que aún en su escrito de expresión de agravios la recurrente nada dice al respecto, limitándose a solicitar se produzca la prueba pericial sin ninguna fundamentación.

En este caso, no se dan ninguno de los recaudos previstos por el art. 260 del C.P.C.C..

El replanteo de prueba en segunda instancia por otro lado tiene, en general, carácter restrictivo y excepcional, y debe ser pedido en forma directa y principal, lo cual no ocurre en autos.

Por esta vía no puede suplirse la negligencia en que la litigante pudiera haber incurrido al no ejercer en tiempo y forma los derechos que la legislación le confiere. Destaco, también, que se ha introducido la petición como un agravio más y no concretamente como una petición directa.

En consecuencia, no encontrando basamento jurídico que permita dar entidad al planteo que se formula en esta instancia, entiendo que no corresponde hacer lugar al mismo.

b) Seguidamente, he de tratar los restantes agravios, procediendo a considerar en forma conjunta la crítica que se refiere a la caracterización del vínculo como laboral, específicamente en los términos de la ley 14.546, Estatuto del Viajante de Comercio, para luego, de corresponder, continuar con los agravios que cuestionan la procedencia de las diferencias salariales y la aplicación de la multa del art. 2 de la ley 25.323; a fin de ordenar el tratamiento de los planteos.

I. Memorando suscintamente las cuestiones debatidas en autos, tengo que la actora promueve demanda afirmando que mantuvo una relación laboral con la demandada como viajante de comercio (ley 14.546), indicando fecha de ingreso, zona asignada y causa del despido indirecto, entre otras cuestiones.

La demandada, por su parte, niega la relación laboral, afirmando que el vínculo era comercial, dado que unía a las partes un contrato innominado de distribución y atribuye a la actora el carácter de empresaria.

La sentencia, por su parte, da por probado que la actora se desempeñó en calidad de viajante de comercio para la demandada desde el mes de diciembre de 2005 y hasta el 9 de mayo de 2011, fecha en que se consideró injuriada y despedida; se tuvo por acreditada la zona en que actuaba y que representaba a la empresa demandada en el ofrecimiento, ventas y cobranzas de sus productos, teniendo por no acreditado que fuese distribuidora o vendedora independiente (fs. 266).

II. Conforme los términos en que quedara trabada la litis y el tenor de los agravios, corresponde decidir en primer lugar si entre las partes medió una vinculación autónoma o un contrato de trabajo.

A fin de ordenar el análisis probatorio en el marco de la queja vertida, tengo en primer lugar que la demandada, si bien negó la relación laboral, sin embargo reconoció la prestación de servicios por parte de la actora (conf. fs. 47vta. último párrafo), esto es, la venta de productos de la demandada en una determinada zona y que por esas ventas percibía una comisión. Observo que, expresamente, afirma a fs. 48 primer párrafo que "…ofrecía los productos de mi representada y hacía el nexo, luego mi mandante los vendía…".

Cabe destacar que viajante de comercio es aquel trabajador que personalmente y en forma habitual realiza operaciones de venta en nombre de uno o más comerciantes e industriales, relativas al negocio de sus representados y conforme a las órdenes e instrucciones de éstos, percibiendo por ello una remuneración (art. 1° de la ley 14.546).

Teniendo en cuenta que la demandada al contestar demanda no negó la prestación de servicios, sino que alegó que el vínculo fue de naturaleza comercial, como vendedora cuentapropista o distribuidora independiente, tal circunstancia torna aplicable la presunción del artículo 23 de la LCT, de manera que era la accionada quien tenía que desvirtuar los alcances presuntivos de la norma y así probar que por las circunstancias, las relaciones o las causas que hayan motivado tal vínculo, o prestación de servicios, hubiese tenido otra naturaleza jurídica o que la actora haya prestado los servicios como un empresario o trabajador autónomo.

Un sector de la jurisprudencia y la doctrina considera que la mencionada norma sólo manda presumir la existencia de un contrato y que debe acreditarse la dependencia (Justo López y Vázquez Vialard, conf. Fernández Madrid, Juan Carlos; "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Tomo I, pág. 695); sin embargo, comparto la interpretación que sostiene que sólo debe probarse la prestación de servicios, ya que en lo que atañe a la subordinación el propio texto de la norma refiere que "el hecho de la prestación de los servicios" hará presumir la existencia de un "contrato de trabajo" y si esto es así, el contrato de trabajo encuentra su nota típica en la dependencia (art. 21 de la L.C.T.), consecuentemente, acreditada la prestación de servicios y presumido el contrato de trabajo, no es necesario probar la subordinación, porque la norma la presume; si además, hubiere que probar que el trabajo fue desempeñado bajo dependencia, la presunción quedaría vacía de contenido y carecería de sentido, además de resultar tautológica, siendo ésta la opinión predominante (conf. Fernández Madrid, Juan Carlos; Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Tomo I, pág. 695 con cita de Perugini y fs. 696/699).

En este sentido, se afirma que: "La opinión predominante sostiene que "el reconocimiento de la prestación de servicios torna operativa la presunción del art. 23 de la L.C.T. y obliga a la demandada a aportar la prueba tendiente a desvirtuar tal extremo. Así, si el demandado reconoció que el actor prestaba servicios personales a cambio del pago de una comisión, lo que en principio implicaría la admisión de una relación de trabajo en los términos del art. 21 de la L.C.T. y no probado que el actor fuese empresario, se impone el encuadre normativo de la relación dentro del marco de la ley 14.456" (CNTrab., Sala VI, 4/9/86, "Giovinazzo, Jorge c/ Olycon, S.A., T. y S.S.", 1987, pág. 151) (citado en Fernández Madrid; op. cit. pág. 696).

Sin perjuicio de esta posición, también se ha expresado en casos como el de autos que: "… siempre se debe tener en cuenta que las exigencias relativas a la comprobación de subordinación se deben atemperar en el caso de los viajantes, y dentro de éstos, particularmente en el de los que se desempeñan en forma no exclusiva, pues desenvuelven una actividad librada en gran parte a su propio criterio, voluntad y capacidad, sin que por ello dejen de ser ejecutores dependientes de la casa mandante (CNAT, Sala III, 30/6/61, "Morello, Juan José c/ Benvenuto S.A., inédito)" (conf. Alvarez Chávez; Régimen jurídico de los viajantes de comercio, págs. 40/41).

A su vez, el art. 2 de la ley 14.546 expresa que se entenderá que existe relación de dependencia cuando se acredita alguno o algunos de los requisitos que enumera. Esta enumeración ha sido descalificada por la doctrina, habiendo establecido la jurisprudencia que es orientativa para el juez/a en la determinación de la verdadera relación que haya existido entre las partes (conf. Deveali, Mario L.; Tratado de derecho del trabajo, Tomo III, págs. 299/302); pero en definitiva, la presencia de los elementos enumerados abona la existencia de la relación de dependencia o subordinación.

La contestación de demanda se estructuró con fundamento en la existencia de una relación jurídica autónoma y no subordinada, reconociendo la intermediación en las ventas y el pago de una comisión, por lo tanto, sostuvo la existencia de un elemento impeditivo para la aplicación del régimen jurídico del viajante de comercio, y consecuentemente, se encontraba gravada con la carga de acreditar su afirmación.

Sin perjuicio de estas consideraciones, entiendo que en este caso existe también prueba directa de la relación laboral, conforme es analizado y se tiene por demostrado en la sentencia en crisis, valoraciones que, por otro lado, no han sido motivo de crítica del recurrente, lo que habré de argumentar más adelante.

Conforme expresa la demandada en sus agravios, tengo que, de las constancias de fs. 126/151, resulta que la actora facturaba mediante talonarios propios donde figura como titular de un comercio cuyo nombre de fantasía es UVAS TINTAS, consignándose como "representaciones y distribución"; sin embargo, se puede observar que dichas facturas instrumentan las comisiones que se abonaban a la actora y desde el año 2006 al 2010.

Del informe de fs. 165 de la bodega Humberto Canale, resulta que dicha empresa manifiesta que la actora, a través de su organización, distribuía vinos finos emitiendo facturas por comisiones como contraprestación; en similares términos se expide el informe obrante a fs. 166, de la empresa Bodega Tres Blasones S.A., donde se afirma que la empresa "Representaciones y distribución Uvas Tintas Patricia Conti", distribuye productos comercializados por esa bodega.

De lo informado a fs. 174 por la empresa Santa Sylvia S.A., surge que la actora cobraba las ventas efectuadas por esa bodega, percibiendo una comisión, y que la mercadería era remitida directamente por la bodega mediante encomienda.

Del informe remitido por la Dirección Provincial de Rentas obrante a fs. 76/80, si bien a fs. 76 figura la actora con inicio de actividades en la venta al por mayor de vinos con fecha 1 de enero de 2011, sin embargo, a fs. 80, se afirma que la actora se encuentra inscripta en la actividad de Venta de productos en General y Venta al por mayor de vinos, desde el 4 de agosto de 1997.

Con estos elementos, la recurrente pretende demostrar concretamente que la actora era una empresaria, que la relación que uniera a las partes era comercial, de distribución, y que en ese carácter facturaba a la demandada por las comisiones sobre las ventas que realizaba.

Sin embargo, advierto que no se hace cargo ni controvierte con argumento alguno el razonamiento del a quo cuando afirma que, si bien en la prueba informativa se sostiene que la actora tenía la representación de otros productos en la zona, no se informa si esta vinculación fue en el mismo período, es decir, en concurrencia con "Grand Cru S.A.", lo cual no permite una adecuada valoración.

Destaca además el sentenciante que la ley aplicable no requiere exclusividad, concluyendo por estos motivos, que estas circunstancias resultan irrelevantes a los fines de la decisión, argumentación que comparto.

Por otro lado, no ha demostrado la demandada que estos productos que vendía la actora para otras bodegas fueran de la misma calidad y características (art. 1 ley 14.546), circunstancia que no surge de autos; siendo que la prueba ofrecida a tales fines, pericial contable, Punto V, E), 6) del escrito de contestación de demanda (fs. 51), se tuvo por desistida por no haber sido impulsada por la parte interesada.

A su vez, del informe de fs. 166 surge que lo que distribuía la actora para la Bodega Tres Blasones eran diferentes licores; y el informe de fs. 165 sólo menciona "vinos finos", y sabido es que los vinos pueden ser de muy diferentes características y calidades no idénticas, no habiéndose producido prueba alguna para acreditar este extremo.

Asimismo, se ha sostenido que: "… la violación del art. 1 de la ley que consagra la prohibición de que los viajantes concierten negocios por cuenta de varios comerciantes, respecto de mercaderías de idéntica calidad y característica, no cambia la naturaleza jurídica de la relación laboral ni determina la inaplicabilidad del estatuto mencionado: sólo puede invocarse la nulidad del pacto o esgrimirse el hecho como causa de despido" (Cám.Ap.Trab.Cap., Sala V, en fallo del 18/6/62, citado en Deveali, Mario L.; Tratado de derecho del trabajo, Tomo III, pág. 307).

En estos términos, considero que estas circunstancias no resultan suficientes para acreditar que la vinculación que unía a la actora con la demandada, concretamente, fuese un contrato de representación o distribución, es decir, de carácter comercial.

Los informes refieren a la vinculación que tenía la actora con otras bodegas y no específicamente con la demandada.

Tampoco resultan suficientes las constancias o inscripciones impositivas, o las facturas por comisiones con el membrete de UVAS TINTAS, atento el principio de primacía de la realidad, lo cual significa que, en derecho del trabajo, lo que interesa y que debe servir como regla de interpretación son los hechos reales probados.

En este sentido: "La calificación que las partes den al contrato carece de relevancia para encuadrarlo jurídicamente. Por tanto estaremos frente a un contrato de trabajo toda vez que sus elementos configurantes surjan de los hechos probados aunque las partes le hayan dado una calificación errónea o hayan pretendido simular otra figura". "La

calificación que las partes, testigos y terceros atribuyen a la relación contractual y que se controvierte en pleito, no interesa, sino que la verdadera naturaleza del vínculo debe resultar de la realidad probada en juicio" (Ctrab, Paraná, mayo 30-980, "Puig, Carlos M. c/ Bazzana de Acevedo, Ana M. y otra", SP, La Ley, 981-231) (Fernández Madrid; op. cit., pág. 693 y cita al pie de página).

La demandada, tanto en su contestación de demanda como en los agravios, afirma que la actora era distribuidora de vinos, es decir que unía a las partes un contrato innominado de distribución, lo cual no ha sido demostrado en autos.

En este aspecto, corresponde advertir que el distribuidor es un auxiliar autónomo que está frente a un establecimiento propio y compra al fabricante o concesionario exclusivo para revender a los minoristas, caracterización que no surge de la prueba rendida, no se ha demostrado que la actora comprara para vender (conf. Fernández Madrid, Juan Carlos; Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Tomo I, pág. 616).

III. Sentado lo anterior, he de agregar que, por el contrario, de las constancias de la causa surgen elementos característicos de la actividad de viajante de comercio, los que fueran pormenorizadamente analizados por el a quo y cuya valoración no fuera motivo de cuestionamiento en esta Alzada.

La demandada estaba obligaba a desarrollar una actividad probatoria idónea para demostrar que se trataba de un representante y no de un viajante, es decir, que existió una actividad comercial y no laboral, que se trataba de una empresaria autónoma, extremo que no se encuentra acreditado en la especie con la suficiente entidad como para desvirtuar la presunción legal, por el contrario, existen abundantes elementos que corroboran dicha presunción y que dan cuenta de la relación de dependencia en los términos del art. 2 de la ley 14.546.

La sentencia valora la prueba documental consistente en 4 talonarios de recibos por ventas firmados algunos de ellos por la actora por la firma demandada, recibos con membrete de la firma "Grand Cru S.A.", ventas realizadas en los años 2006, 2007 y 2008; valora asimismo los mails acompañados por la actora como prueba documental, aplicando a tales fines lo dispuesto por el art. 356 inc. 1 del C.P.C.C., por no haber sido desconocidos en la contestación de demanda, lo que no ha sido motivo de crítica del apelante.

Valorando estos elementos, encuentra acreditadas las liquidaciones de comisiones, que éstas estaban fijadas en el 10% de los pedidos, las constancias de envíos y fundamentalmente que las ventas las coordinaba para la empresa demandada en distintas zonas de la región, apreciaciones todas, y que no fueran motivo de crítica por el apelante.

Seguidamente, efectúa un valoración de los testimonios rendidos en autos de Damián Edgar Mondito (fs. 157/157 vta.); Néstor Martín Bianchini (fs. 158/158 vta.); Leonardo Morcella (fs. 159/160); Eduardo Manuel Troncoso (fs. 161/161 vta.); Martín Zorreguieta (fs. 162/162 vta.); Pablo Adrián Quiroga (fs. 189); Gustavo Roberto Trecco (fs. 236/236 vta.); Gustavo Rubén Ivanoff (fs. 241/241 vta.), que tampoco fuera cuestionada en esta instancia.

Asimismo, la sentencia valora la prueba pericial contable de donde resulta la facturación de la empresa demandada a los clientes que atendía la actora entre Febrero de 2006 a Febrero de 2011 (fs. 205/209).

Finalmente, valora la prueba informativa, expresando que los comercios donde la actora vendía los productos de la demandada informan que lo hizo entre los años 2006 a 2010 y que no había otro vendedor de la empresa que hiciera las visitas para ventas y cobranzas, no informando visitas directas desde la empresa.

A su vez, las empresas de transporte detallan los envíos de mercaderías a los compradores visitados por la actora, e informan que los mismos fueron remitidos por la demandada y abonados por ésta (fs. 163/164 y 156).

Toda la prueba reseñada resulta conteste y concordante y no ha sido impugnada o desacreditada por la demandada, ni motivo de crítica alguna en esta instancia.

Estos elementos corroboran la prestación de servicios personales de la actora en forma habitual, que vendía por cuenta y orden de la demandada, que la mercadería era remitida por "Grand Cru S.A." a los clientes abonando los respectivos fletes, y, fundamentalmente, que el riesgo económico de la operación no estaba a cargo de la actora, sino de la demandada. Esto último resulta definitorio, siendo que la ajenidad del trabajador al riesgo empresario es una característica esencial del contrato de trabajo, es decir, que la autonomía se define por la asunción de los riesgos. Resulta en forma clara que la mercadería no era comprada por la actora ni estaba en consignación para luego

revenderla y obtener la ganancia de la diferencia de precios que obtenía y que era facturada por "Grand Cru S.A." (conf. pericial contable, fs. 205/209).

Las consideraciones valorativas del juez de grado anterior en torno a las circunstancias que surgirían acreditadas a través de los distintos elementos de juicio precedentemente reseñados, no han sido objeto de crítica concreta y razonada alguna por lo que, llegan firmes a esta Alzada y resultan irrevisables.

En orden a esta cuestión, la jurisprudencia ha expresado: "… 2 - Si se encuentra demostrado que el trabajador vendía por cuenta y orden de la demandada, lo que implica que el riesgo económico de la operación no estaba a cargo del actor sino de la accionada, debe considerarse que medió entre las partes un contrato de trabajo y no un contrato de representación, como alegara la empresa demandada —en el caso, se lo encuadró como viajante de comercio—, pues la ajenidad del trabajador al riesgo empresario es una característica esencial del contrato de trabajo, es decir, que la autonomía se define por la asunción del riesgo por el trabajador al cual quedan transferidas las consecuencias de su actividad. 3 - Corresponde considerar que medió entre las partes un contrato de trabajo, pese a que la demandada manifieste que existía un contrato de representación, si se encuentra probado que la mercadería no era comprada por el actor ni estaba en consignación, sino que por el contrario éste la vendía liquidándosele por la tarea una comisión…. 5 - Lo determinante para tener por acreditada la existencia de un contrato de trabajo y no la de un contrato comercial —en el caso, de representación— es la subordinación económica, que se configura cuando se abona regularmente una contraprestación económica a cambio de las tareas pactadas, ello con independencia de que la remuneración convenida se hubiera establecido en un porcentaje de las ventas, al que la demandada denomina beneficios, pues ello no priva el carácter remuneratorio de las mismas, ni menos que no se verifique una verdadera relación laboral dependiente entre las partes…" (Cámara de Apelaciones del Trabajo de Resistencia, sala II, "Navarro, Toribio Torcuato c/ Muresco S.A.", 10/06/2010, Publicado en La Ley Online).

Por lo considerado, entiendo que resulta inconmovible la decisión en crisis en tanto tiene por acreditado que la actora trabajaba para la demandada como viajante de comercio en los términos de la ley 14.546.

c) Sentado lo anterior, he de ingresar a la queja en orden a la procedencia de las diferencias salariales por las que prospera la demanda.

En este punto, he de adelantar que le asiste razón al apelante.

La actora reclamó oportunamente, y el a quo hizo lugar, a diferencias salariales no prescriptas resultantes de la aplicación al caso de la garantía mínima de remuneración para viajantes exclusivos prevista en el art. 16 del CCT N° 308/75.

La garantía mínima de remuneración está prevista en el art. 16 del CCT 308/75 (con las modificaciones introducidas por los sucesivos Acuerdos paritarios, conf. para el caso Acuerdo de fecha 20/10/11, Exp. N° 14661616/11, homologado por Resolución (ST) 128/12), para viajantes exclusivos, es decir los que trabajan para un único empleador, y en el presente caso no fue alegado por la actora que se desempeñara con carácter de exclusividad para la demandada, por el contrario, se insistió en que el carácter de exclusivo no resulta determinante para configurar la relación laboral en los términos de la ley 14.546.

Destaco que no se trata de la cuestión de la aplicación de la presunción del art. 11 de la ley 14.546, sino de la correcta interpretación y aplicación de lo dispuesto por un convenio colectivo de trabajo que rige la actividad.

Tengo en cuenta que la actora denuncia que percibía comisiones del 10% de las ventas y que su remuneración ascendía a un monto promedio mensual de $ 1.600,00, circunstancias que han de tenerse por ciertas atento la inversión de la carga probatoria dispuesta por el art. 11 de la ley 14.546 y presunciones establecidas por los arts. 52, 53 y 55 de la LCT, ante la falta de prueba en contrario y de toda documentación vinculada a la intervención de la actora como viajante de comercio (art. 10 ley 14.546), y que, además llegan firmes.

Sin embargo, también reclama diferencias salariales teniendo en cuenta la remuneración efectivamente percibida ($1.600,00.-) y las escalas salariales mínimas garantizadas a los viajantes exclusivos, lo cual no resulta procedente atento las circunstancias acreditadas y reconocidas en autos.

Es decir, no se trata de la controversia sobre el monto o el cobro de remuneraciones por parte del trabajador, sino de la aplicación de la garantía mínima establecida en el convenio colectivo de trabajo, lo cual ha sido motivo de agravio concreto.

Por otro lado, el CCT 308/75 se encuentra vigente y rige para la actividad, siendo aplicable a todos los trabajadores vendedores externos, viajantes exclusivos o no exclusivos, de empresas industriales, comerciales o de servicios, y su aplicabilidad está determinada por las personerías gremiales de las entidades sindicales y la representación del sector empresario con el reconocimiento de la autoridad de aplicación, es decir, aplicable a todas las empresas que tengan dependientes vendedores externos, sean o no afiliadas o adheridas a las entidades representativas del sector empresario de todo el territorio de la República Argentina (conf. Acuerdo de fecha 20/10/11, Exp. Nº 14661616/11, homologado por Resolución (ST) 128/12, Acuerdo de fecha 26/8/13, Exp. MTEySS Nº 1.573.933/13 y Acuerdo 1524/14 homologado por Resolución Nº 1905/14), todo de conformidad con el régimen de convenciones colectivas (ley 14.250).

En este aspecto, y a tenor de los términos de la contestación de agravios, ninguna afirmación ha efectuado la actora en orden a descartar que las partes se encuentren dentro de la representatividad de las entidades empleadoras y asociaciones sindicales signatarias del convenio y que emerge de sus respectivas personerías gremiales.

Además, se ha tenido por acreditado que la demandada empleaba a la actora como trabajadora de la actividad incluida en dicho convenio colectivo.

En este sentido: "…Los convenios colectivos de trabajo, como fruto de la autonomía privada colectiva de negociación, sirven para reglar las condiciones de trabajo y las relaciones entre los trabajadores de un determinado oficio o actividad y los empleadores de la actividad o que empleen dependientes de tal oficio, resultando sus contenidos de aplicación obligatoria a todos los empleadores comprendidos en esa definición (empleadores de la actividad respectiva o que empleen personas que desempeñen ese oficio)…" (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X, "Bortolotti, Ciro c/ Epicor Software Argentina S.A., 19/9/06, del voto del Dr. Maza, la ley on line).

Es decir, el convenio resulta aplicable a quienes lo suscribieron y a quienes estos representan, y en el caso, a quien ha sido empleador de "viajantes".

d) Finalmente, la recurrente solicita se la exima del pago de la multa del art. 2 de la ley 25.323 con fundamento en el último párrafo de la citada norma e invocando el precedente de la ex Cámara en Todos los Fueros de San Martín de los Andes, que fuera disuelta por el art. 47 de la ley 2891.

Señalo que el precedente que cita la quejosa, de la anterior Cámara hoy disuelta, más allá de que la suscripta comparta la solución o no, no resulta aplicable al sub lite ya que se refiere a un supuesto fáctico diferente, en el cual la demandada había pagado la indemnización pero de forma insuficiente, que no es el caso de autos donde se ha negado la relación laboral.

Por estas razones, no existiendo ningún motivo para reducir o eximir de la multa a la demandada, el agravio no puede prosperar.

6. Por lo expuesto, y en consideración a la modificación propiciada, corresponde revocar parcialmente la sentencia recurrida, siendo que la misma ha de prosperar por la suma de $ 78.313,34 (pesos setenta y ocho mil trescientos trece con treinta y cuatro centavos), con más los intereses y en el plazo establecido en la sentencia, los cuales no han sido motivo de agravios.

Destaco que, sin perjuicio de la solución que propongo al Acuerdo, no habiendo sido motivo de queja alguna el cálculo de los restantes rubros por los cuales prospera la demanda, los mismos resultan irrevisables en esta Alzada.

7. Las costas de esta instancia serán impuestas en forma proporcional a los respectivos vencimientos, fijando en este voto un 70% a cargo de la demandada y un 30% a cargo de la actora con el beneficio otorgado por el art. 16 de la ley 921 y art. 20 de la LCT (art. 71 del C.P.C.C., de aplicación supletoria).

La regulación de honorarios se difiere para el momento procesal oportuno, de conformidad con lo dispuesto por el art. 51 de la Ley 921; con más IVA en caso de corresponder.

8. Por todo lo expuesto, he de proponer al Acuerdo:

a) Revocar parcialmente la sentencia apelada estableciendo el monto que la demandada debe abonar a la actora en la suma de $ 78.313,34 (pesos setenta y ocho mil trescientos trece con treinta y cuatro centavos pesos), con más los intereses y en el plazo establecido en la decisión recurrida.

b) Las costas corresponde imponerlas en un 70% a cargo de la demandada y un 30% a cargo de la actora con el beneficio previsto por el art. 16 de la ley 921 y 20 de la LCT, difiriendo la regulación de honorarios de esta instancia para el momento procesal oportuno, de conformidad con lo dispuesto por el art. 51 de la Ley 921, con más IVA en caso de corresponder. Mi voto.

A su turno, la Dra. Gabriela B. Calaccio, dijo:

Por compartir los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, adhiero a los mismos. Así voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto y revocar la sentencia recurrida, la que procede por la suma de $ 78.313,34 (pesos setenta y ocho mil trescientos trece con treinta y cuatro centavos), con más los intereses y en el plazo establecido en la sentencia de grado.

II.- Imponer las costas en un 70% a cargo de la demandada y un 30% a cargo de la actora, con el beneficio previsto por el art. 16 de la ley 921 y 20 de la LCT, difiriendo la regulación de honorarios de esta instancia para el momento procesal oportuno, de conformidad con lo dispuesto por el art. 51 de la Ley 921, con más IVA en caso de corresponder.

III.-Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse a origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dra. Alejandra Barroso

Registro de Sentencias Definitivas N°: 08/2015

Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

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

**"GUARINO MARIO ROBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 31639/2012) – Acuerdo: 11/15 – Fecha: 18/03/2015

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

COSTAS. AMPARO. CUESTION ABSTRACTA. COSTAS POR SU ORDEN.

> Cabe confirmar la resolución de la instancia de origen ya que el impugnante ha consentido la sentencia que declaró abstracta la cuestión, limitándose su impugnación al cuestionamiento del criterio adoptado por el a-quo al haber impuesto las costas por su orden. [...] Cabe recordar que las costas, como cuestión accesoria, dependen de la suerte de lo principal. Por vía de principio, si éste se ha tornado abstracto, expedirse sobre el tema a efectos de determinar quién habría de haber cargado con ellas, conduciría a variar su naturaleza de accesorias.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los dieciocho (18) días del mes de Marzo del año 2015, se reúne en Acuerdo la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada por los señores Vocales, doctores María Julia Barrese y Pablo G. Furlotti, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Mariel Lázaro, para dictar sentencia en estos autos caratulados: "GUARINO MARIO ROBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION DE AMPARO", (Expte. Nro.: 31639, Año: 2012), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. María Julia Barrese, dijo:

I.- A fojas 302/307 se dictó sentencia de primera instancia, por medio de la cual el Sr. Juez interviniente declaró abstracto el tratamiento de la presente acción de amparo, imponiendo las costas en el orden causado, en virtud de la inexistencia de una parte vencida, con cita de jurisprudencia que consideró aplicable al supuesto y de lo dispuesto por el art. 68, segunda parte del C.P.C. y C.

II.- Contra el pronunciamiento citado se alza la parte actora, a través de su letrado apoderado, a fs. 312/313 vta.

Conferido el pertinente traslado, el mismo no fue contestado por la Municipalidad demandada.

III.- Mediante el recurso de apelación interpuesto el accionante cuestiona la imposición de costas dispuesta en el resolutorio de grado, expresando su disconformidad por cuanto, a su entender, el a-quo no ha considerado la verosimilitud de su derecho que fuera reconocida por la antigua Cámara en todos los Fueros de la IV Circunscripción Judicial al haberle otorgado protección cautelar en el incidente de apelación labrado en autos. Dice que el judicante no ha tomado en consideración que su parte ha debido acudir a esta vía a efectos de que no le fuera aplicado el art. 4 de la ordenanza municipal nro. 911/11, debido a que los inspectores de la demandada le labraron reiteradamente actas de infracción invocando el incumplimiento de la norma mencionada. Invoca las imprecisiones que, a su entender, padece la norma antes referida, aludiendo a la injusticia que importa que su parte deba soportar parte de las costas de esta acción, aun cuando su tratamiento devino abstracto.

IV.- Análisis de los Agravios: La suerte adversa del recurso se encuentra sellada toda vez que en el caso, el impugnante ha consentido la sentencia que declaró abstracta la cuestión, limitándose su impugnación al cuestionamiento del criterio adoptado por el a-quo al haber impuesto las costas por su orden, luego de analizar que en el caso su licencia comercial para la explotación del local que giraba bajo el nombre de "ENIGMA" se había extinguido a la fecha del dictado del pronunciamiento.

Me remito a lo resuelto por el Tribunal Supremo Nacional en un supuesto análogo al planteado por medio de la impugnación en análisis, en el que se ha dicho que: "al no existir una conclusión que configure un pronunciamiento declarativo sobre el derecho de los litigantes para fundar la decisión sobre las costas con base en el principio objetivo de la derrota, dicha condenación debe distribuirse en el orden causado" [cfr. autos "Novello, Rafael Víctor (Apoderado de la Unión Cívica Radical) y otros s. Impugnación candidatura a Diputado Nacional" resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación; 14-08-2012; Rubinzal Online; RC J 7056/12].

Cabe recordar que las costas, como cuestión accesoria, dependen de la suerte de lo principal. Por vía de principio, si éste se ha tornado abstracto, expedirse sobre el tema a efectos de determinar quién habría de haber cargado con ellas, conduciría a variar su naturaleza de accesorias.

Avala el criterio del juzgador la abundante jurisprudencia emitida por diversos Tribunales Superiores provinciales que, de seguido, reseñaré.

En efecto, se ha sostenido en esta materia que: "Si la cuestión se ha tornado abstracta no cabe, en rigor, considerar vencida a ninguna de las partes" (Cfr. autos: "Herederos de Carmen Dominga Melidoni vs. Centro de Especialistas de Análisis Clínicos del Distrito N° II de la Provincia de Buenos Aires s. Acción de amparo" de la Suprema Corte de Justicia, Buenos Aires; 17-11-2004; Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires; RC J 10961/11, www.rubinzalonline.com.ar).

Del mismo modo, se ha entendido que: "Si la cuestión ha devenido abstracta, tornándose inoficioso un pronunciamiento por parte del Tribunal, las costas deben imponerse por su orden desde que el examen sobre la cuestión sustancial que dio lugar al recurso no puede ser efectuado, cancelándose de esa manera todo juicio que permite asignar a cualquiera de las partes la condición necesaria de vencedora o vencida" (cfr. autos "Lartigau, Aída Mónica vs. Comuna de Ibarlucea s. Medida cautelar autónoma – Apelación", Corte Suprema de Justicia, Santa Fe; 08-05-2008; Secretaría de Informática del Poder Judicial de Santa Fe; RC J 16101/13, www.rubinzalonline.com.ar).

Asimismo, se ha dicho que: "La ausencia de vencimiento surge del hecho de que el juez de la anterior instancia, al declarar abstracta la cuestión de fondo -por sustracción de materia- no puede ingresar a su mérito para imponer las costas, pues ello le esta vedado por la forma en que el fallo dispuso que concluyera el proceso" (cfr. autos Artigas, Lidia Mercedes vs. López Ortiz, María Eugenia s. Amparo – Recurso de apelación /// Corte de Justicia, Salta; 07-12-2010; Sumarios Oficiales Poder Judicial de Salta; RC J 1297/13, www.rubinzalonline.com.ar).

En virtud de lo hasta aquí apuntado, no existiendo a mi juicio motivo alguno articulado por el recurrente que me conduzca a apartarme del mencionado principio jurisprudencial, voto por la desestimación de la apelación deducida, con costas en el orden causado, atento a que la contraparte no ha dado respuesta a los agravios sub examine (art. 68 segunda parte del CPCyC, aplicable en función de lo normado en el art. 23 de la ley 1981). Mi voto.

A su turno, el Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

Por compartir los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, adhiero a los mismos. Así voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia definitiva recaída en primera instancia y, en consecuencia, confirmarla en todo aquéllo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, por ausencia de contradicción (art. 68, segundo párrafo, del C.P.C. y C.), regulando los honorarios del Dr. ..., en su carácter de apoderado de la actora recurrente, en la suma de PESOS DOS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SIETE CON SESENTA CENTAVOS ($2.367,6) (Cfr. arts. 6 y 15, L.A.). Los honorarios deberán ser abonados 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 el beneficiario acredite su condición de "responsable inscripto" frente al tributo. Todo bajo apercibimiento de ejecución.

III.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Sentencias Definitivas N°: 11/2015

Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

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

**"GUARINO MARIO ROBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 38269/2014) – Acuerdo: 12/15 – Fecha: 18/03/2015

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

HONORARIOS DEL ABOGADO. ACCION DE AMPARO. PAUTAS.

> [...] en materia de honorarios, cabe señalar que el art. 36 de la LA vigente no establece un techo a tomar en consideración a la hora de procederse a la fijación de los emolumentos profesionales en los procesos de amparo sino que fija un piso mínimo de veinte (20) JUS, al disponer la aplicación de las normas establecidas en el art. 6. No obstante ello, encuentro que en el caso, los emolumentos establecidos por el a quo, si bien guardan relación con la importancia de la labor profesional desarrollada por los letrados intervinientes, no se condicen con su extensión ni con la complejidad de la litis, por lo que propongo al Acuerdo que los mismos sean reducidos tomando en consideración las pautas arancelarias que emergen de la normativa citada.

**Texto completo:**

En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los dieciocho (18) días del mes de marzo del año 2015, se reúne en Acuerdo la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada por los señores Vocales, doctores María Julia Barrese y Pablo G. Furlotti, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Mariel Lázaro, para dictar sentencia en estos autos caratulados: "GUARINO MARIO ROBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION DE AMPARO", (Expte. Nro.: 38269, Año: 2014), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. María Julia Barrese, dijo:

I. A fojas 148/155 se dictó sentencia de primera instancia, por medio de la cual el Sr. Juez interviniente rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la ordenanza municipal Nro. 10.009/2014 y de la disposición SEH 320, formulado por el actor en su escrito inicial y desestimó la acción de amparo interpuesta por Mario Roberto Guarino contra la Municipalidad de San Martín de los Andes, con costas a su cargo.

II. Contra el pronunciamiento citado se alza la parte actora, a través de su letrado apoderado, a fs. 161/166. Conferido el pertinente traslado, el mismo fue contestado por el letrado representante de la Municipalidad demandada a fs. 168/172, requiriendo el rechazo del recurso de apelación deducido por la amparista y que se impongan las costas a la parte recurrente.

III. Descripción de los Agravios:

A. Expresa el amparista que el sentenciante ha realizado una errónea apreciación y valoración de los hechos y constancias obrantes en la causa, lo que derivó en el dictado una sentencia injusta y arbitraria, al haber rechazado el planteo de inconstitucionalidad y consecuentemente, desestimado la acción de amparo e impuesto las costas a su parte.

Se agravia por el rechazo del pedido de inconstitucionalidad de la ordenanza 10.009/14 y de la disposición SEH 320. Critica las aseveraciones del Sr. Fiscal interviniente y las del Sr. Juez referentes a la ausencia de fundamentación de su planteo, argumentando que en el escrito inicial su parte se ha explayado sobradamente sobre los motivos por los cuales las disposiciones municipales cuestionadas resultan inconstitucionales. Refiere que es absurdo pretender un capítulo autónomo en el que se argumente sobre la inconstitucionalidad pretendida. Sostiene que de la sola lectura de las normas municipales tachadas de inconstitucionales se desprenden los vicios que afectan su validez, en tanto surge palmaria la vulneración de derechos adquiridos por su parte.

Argumenta que dichas normas no solo carecen de validez constitucional, sino que han sido dictadas encontrándose vigente una medida cautelar sobre la ordenanza 9.111/11, que lo beneficiaba. Párrafos más abajo, insiste en que las disposiciones legales atacadas no han respetado la vigencia de una medida cautelar que suspendía la ejecución del

art. 4 de la ordenanza Nro. 9.111/11, respecto de su parte. Argumenta que los Sres. Concejales han omitido acatar dicha orden judicial.

Dice que las normas cuestionadas afectan derechos patrimoniales de su parte y los derechos constitucionales de trabajar, ejercer industria lícita y el comercio, reconocidos constitucionalmente.

B. Luego, centra su queja en el rechazo de la acción de amparo expresando que el a quo ha confundido la pretensión esgrimida por su parte en el escrito inicial, por cuanto la misma no consistía en que se le renovara la licencia comercial en los mismos términos que la originariamente concedida, -tal como se ha consignado erróneamente en el considerando IX de la sentencia-. Afirma que su petición apuntaba al cese inmediato de la decisión asumida por la demandada al disponer la baja de la mencionada licencia. En tal sentido, considera que el judicante ha afectado el principio de congruencia, que impone la necesaria conformidad de la sentencia con las pretensiones deducidas en juicio. Luego de citar doctrina referente al postulado aludido, concluye que en el considerando IX, el a quo ha analizado una cuestión diversa a la planteada en el escrito de demanda, habiéndose expedido sobre hechos que no han sido planteados por su parte en los capítulos V y VI del escrito de demanda, a los que se remite y en los que sostiene haber desarrollado acabadamente la falta de motivación suficiente de los actos cuestionados y su irrazonabilidad e ilegalidad manifiestas.

Expresa que la actividad administrativa impugnada violenta principios fundamentales del procedimiento administrativo como los de razonabilidad y justicia, el de legalidad, el del debido procedimiento adjetivo, el de instrucción.

De seguido, sostiene que la baja de su licencia comercial ha sido arbitraria e intempestivamente dispuesta, al no haberle permitido a su parte la impugnación del mencionado acto, ni la previsión de alguna alternativa para continuar con su actividad y mantener la fuente de trabajo de sus empleados, o en su defecto, la búsqueda de otro local comercial o la provisión del dinero necesario para indemnizar a quienes trabajaban en el establecimiento.

C. Finalmente, la amparista se agravia por la imposición de costas y por el monto de los honorarios profesionales que fueran regulados por el a quo en la sentencia puesta en crisis.

Refiere que las costas no pueden ser soportadas por su parte, dado que no solo pudo haberse creído con derecho a litigar sino que, además, debido a que el a quo no se expidió sobre las cuestiones planteadas en el escrito de demanda.

En cuanto a los honorarios fijados, estima que los mismos son excesivos y no guardan relación con la extensión, calidad e importancia de la labor profesional desarrollada en autos.

Critica la aplicación del art. 36 de la ley 1594 refiriendo que para que proceda la regulación de honorarios por la inconstitucionalidad planteada, ésta debió haber sido deducida en una acción autónoma y no en el amparo.

Refiere que los emolumentos de los profesionales intervinientes por la demandada debieron ser regulados en el mínimo legal dado que la extensión de tal labor así lo ameritaba.

Por último, manifiesta su preocupación por la demora que imputa a los funcionarios intervinientes en la tramitación de este amparo.

IV. La contestación de la parte demandada:

En primer lugar, manifiesta la accionada que el escrito de apelación consiste en una mera reiteración de las expresiones vertidas por la amparista en la presentación de esta acción. Concluye que la impugnación no es más que una muestra de disgusto con lo resuelto en la sentencia cuestionada. Por ello, entiende la demandada que la amparista no ha cumplimentado las exigencias del art. 265 del ritual.

Sin perjuicio de ello, de seguido contesta el memorial, previendo que este Cuerpo pueda considerar el tratamiento del recurso impetrado.

Contrariamente a lo argumentado por su contraparte al expresar agravios, la accionada defiende el decisorio atacado, argumentando que dada la trascendencia jurídica que reviste el pedido de inconstitucionalidad efectuado por el amparista, no resulta suficiente la fundamentación consistente en generalizaciones del tipo de las incluidas en el escrito de inicio, sustentado en referencias genéricas a derechos constitucionales que el actor denuncia como afectados por la actuación de los órganos de la municipalidad demandada.

De seguido, refiere que el recurrente no ha efectuado una crítica razonada y concreta de los fundamentos dados por el a quo para sustentar el rechazo del pedido de inconstitucionalidad desarrollados en los Considerandos VII y VIII de la sentencia impugnada.

Sostiene que el impugnante ha falseado los hechos al referir que la ordenanza Nro. 10.009/14 ha violado la orden judicial emergente del dictado de la medida cautelar dispuesta por los integrantes de la Cámara de Apelaciones interviniente en los autos "Guarino, Mario Roberto c/ Municipalidad de San Martín de los Andes s/ Acción de Amparo s/ Incidente de Apelación" –Expte. 636/12. Afirma la accionada que, por el contrario, la ordenanza Nro. 10.009/14 fue motivada en el incumplimiento que imputa al Sr. Guarino, de las reglas bajo las cuales se le habían otorgado los usos condicionados, mediante la ordenanza particular Nro. 8.728/10 que, a su vez, permitieron el dictado de la Resolución SEH Nro. 1.107/10, por la cual se le otorgó al actor la Licencia Comercial Nro. 5.062 para la habilitación de un local destinado a la actividad comercial, por el rubro principal Confitería, anexo I, Show en vivo/Salón de Fiestas. Relata que dicha licencia comercial se encontraba sujeta al cumplimiento de las condiciones de insonorización y a las observaciones que surgieran de las evaluaciones de la Dirección de Bromatología y de la Subsecretaría de Gestión Ambiental.

Se explaya sobre las innumerables infracciones cometidas por el actor, que fueron comprobadas por las autoridades municipales durante el tiempo en el que funcionó el local "Enigma".

Refiere que el accionante pretende que no se le apliquen las normas generales vigentes dentro del ejido municipal y desconoce las atribuciones de su poderdante para regular actividades comerciales dentro de su territorio.

Transcribe un párrafo de su contestación de demanda en el que se hiciera hincapié en las potestades inherentes al poder de policía municipal y al alcance que a su criterio, poseía la medida cautelar decretada en el expediente 31.369/12, concluyendo que no existe ilegalidad o arbitrariedad en el accionar de la Municipalidad de San Martín de los Andes.

Refiere que no es veraz que la Ordenanza 10.009/2014 fuera motivada en el incumplimiento por parte del actor del art. 4 de la ordenanza 9.111/11. Por el contrario, según lo manifiesta, la derogación de la ordenanza 8.728/10 se debió a la realización dentro del local comercial, de actividades no incluidas en los usos condicionados, dado que el actor utilizó el local para realizar actividades propias de una boite o discoteca y no como salón de fiesta o para la realización de espectáculos en vivo. Remite al diario de Sesiones del Concejo Deliberante a efectos de la verificación de la motivación de la ordenanza cuestionada. Culmina dicho aspecto de su escrito de responde, insistiendo en que no existió por parte de las autoridades municipales un ejercicio arbitrario o ilegal de sus atribuciones sino que por el contrario, la actividad cuestionada fue realizada dentro de los límites constitucionales que ciñen la reglamentación de los derechos individuales, en el marco del poder de policía municipal.

Finalmente, requiere el rechazo del agravio referido a la imposición de costas y al cuestionamiento del monto de los emolumentos profesionales fijados por el a quo.

En lo que hace al primer aspecto de la queja planteada por su contendiente, la demandada lo refuta, afirmando que no existen motivos suficientes, en el caso sub examine, para que el a quo se aparte del principio objetivo de la derrota, por cuanto los argumentos del recurrente no alcanzan para refutar la aplicación del mencionado postulado ni tampoco es real que el a quo se hubiera pronunciado de manera incongruente al momento de resolver.

Luego, en relación al agravio vinculado con los montos de los honorarios que fueran fijados por el judicante, dice que es errónea la interpretación del art. 36 de la LA que el apelante realiza, puesto que de dicha norma no emerge que para que proceda la regulación por un pedido de inconstitucionalidad, el mismo debe ser formulado en el marco de la Ley 2.130. Refiere que el mencionado artículo resulta aplicable en el ámbito de diversas acciones, entre las que menciona al amparo y que debe ser relacionado con las previsiones de la Ley 2.130, que prevé la posibilidad inherente a que el afectado acuda a la justicia ordinaria a efectos de dilucidar una cuestión constitucional, cuando se extingue la competencia originaria del Tribunal Superior de Justicia. Además, considera aplicable al sub examine lo normado en el art. 7 de la ley 1.594 para el supuesto de acumulación de acciones.

Finalmente, tilda de ofensiva la manifestación del letrado apoderado del accionante en relación a la importancia y extensión de la labor profesional que desarrollaran los letrados intervinientes por su parte.

V. Análisis de los agravios y de su contestación:

A. Avocada al tratamiento de los agravios que fundan el recurso observo, desde ya, que el mismo no logra traspasar el valladar dispuesto por el art. 265 del Código de Forma, en cuanto el remedio procesal impetrado necesariamente debe contener una crítica razonada y concreta de la resolución puesta en crisis.

En efecto, el recurrente no se ha hecho cargo de los argumentos que el judicante ha expuesto como fundamento del rechazo de la acción intentada, limitándose en su presentación a exponer su disconformidad con los términos del resolutorio sin haber demostrado, concretamente, donde radicaba o en que consistía la arbitrariedad, la ilegitimidad o la desproporción manifiesta de la conducta de la Administración Municipal cuya protección judicial requiere.

Coincido con la contraparte en que el accionante no ha cumplimentado los recaudos sustanciales que conduzcan a concluir, en forma clara y contundente, que la normativa municipal impugnada sea violatoria de las previsiones constitucionales que denuncia, a poco que se advierta que debe mediar una adecuada proporcionalidad entre el planteo inherente al confronte constitucional sometido a conocimiento de la justicia y las consecuencias que conlleva el mismo.

Esta misma Sala, aunque con otra integración, ha sostenido que: "La fundamentación del recurso se lleva a cabo a través de un escrito denominado expresión de agravios que traduce el acto mediante el cual el recurrente refuta total o parcialmente las conclusiones establecidas por la sentencia en lo que atañe a la apreciación de los hechos o la prueba o la aplicación de las normas jurídicas. La expresión de agravios debe contener un análisis concreto razonado y crítico de la sentencia recurrida, debiendo destacar los errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen, especificando con exactitud los fundamentos de las objeciones, no siendo las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general idóneas para mantener la apelación, sino que deben precisarse, punto por punto, los errores, las omisiones y demás deficiencias que se le atribuyan, especificando con exactitud los fundamentos de las objeciones" (cfr. Esta Cámara, Sala II, RSD Nro. 47/2014 en autos "SIFUENTES AMERICO C/ MUNICIPALIDAD DE CHOS MALAL S/ ACCION DE AMPARO", con cita del "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", comentado y anotado Jorge L. Kielmanovich, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, P. 446/447).

En el supuesto que nos ocupa, el impugnante reitera en su presentación ante la Alzada, los escuetos y laxos argumentos con los que intenta sustentar su pretensión inicial en la que pone en tela de juicio el accionar municipal plasmado en la Ordenanza Nro. 10.009/14 y en la disposición SEH 320. Fundamenta su pedido mediante una poco eficiente argumentación que apunta a la vulneración de una serie de derechos constitucionales invocados y en la supuesta violación de una orden judicial dictada por la otrora Cámara en todos los Fueros de la IV Circunscripción Judicial, en el marco de un proceso cautelar, por medio del cual se dispuso suspender la ejecución de una orden de clausura del local comercial llamado "Enigma", cuya explotación ejercía el amparista, como asimismo, determinó la suspensión de la aplicación del art. 4 de la Ordenanza Nro. 9.111/11, que le exigía optar a cuál o cuáles de las actividades habilitadas con anterioridad, daría de baja.

Cabe señalar que los insuficientes fundamentos vertidos por el quejoso en la litis y, específicamente, en esta expresión de agravios mediante los cuales ha intentado sustentar el planteo de inconstitucionalidad de las disposiciones administrativas atacadas inhiben a este poder judicial la posibilidad de efectuar el test de validez constitucional requerido, dado que, como es sabido, la actividad de los órganos del Estado –en el caso, del poder legislativo municipal- goza de la presunción de validez inherente a toda la actuación de los poderes públicos.

Si bien, dicha presunción no es absoluta, sino una mera presunción simple o "iuris tantum" –art. 55 inc. a) de la ley 1284, a la que adhiere la Municipalidad demandada mediante la ordenanza Nro. 6.320/05-, para ser desvirtuada por el interesado, éste debe alegar y demostrar, en su caso, que el acto controvierte al orden jurídico, ya sea en el ámbito administrativo, ya en el ámbito judicial, extremos que en el caso no se vislumbran con el grado de nitidez requerido, tal como lo ha expresado el a quo.

En cuanto a la supuesta vulneración de la orden judicial decretada en el incidente Nro. 636/2012, debo poner de resalto que la parte apelante no ha argumentado convincentemente en el libelo recursivo sobre la violación imputada. El mero confronte de las abundantes actuaciones administrativas glosadas a los presentes, permite concluir que la actividad actualmente impugnada, lejos de originarse en la prescripción contenida en el art. 4 de la Ordenanza Nro. 9.111/11, cuya suspensión se dispuso cautelarmente respecto del actor en sede judicial, se encuentra motivada fácticamente en los reiterados incumplimientos detectados por los órganos del Poder Administrador Municipal a las restantes prescripciones normativas contenidas en la mencionada ordenanza, que reglamenta la actividad comercial desarrollada por el amparista. Dicha actividad, a partir de la sanción de la norma de alcance general citada ha quedado encorsetada en sus disposiciones.

Coincido con la demandada en que la ordenanza de alcance general referida no es más que la expresión legítima del ejercicio del poder de policía municipal, es decir la potestad de restricción y limitación de los derechos individuales por razones de bien común, que, en razón del principio de legalidad y reserva, concierne al Poder Legislativo –en el caso municipal- (cfr. arts. 14, 19 y 28 de la C.N.).

No encuentro fundamentación suficiente en el libelo sub análisis que desvirtúe las conclusiones del sentenciante acerca de la ausencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que requiere la procedencia de la acción de amparo, en tanto el impugnante no ha demostrado a lo largo de este proceso, ni menos aún en la instancia recursiva, la irrazonabilidad en los fines perseguidos por la Municipalidad al ejercer su poder reglamentario, ni la desproporción entre el objeto de la medida de policía y los fines tenidos en miras por la demandada, ni el exceso de limitación o de punición ni menos aún, la violación de la garantía de igualdad por haberse introducido en las normas o en los actos respectivos, el factor de discriminación que atribuye a la actividad municipal cuestionada.

B. En cuanto al postrer agravio relacionado con la imposición de costas no encuentro mérito suficiente en las argumentaciones recursivas que autorice a modificar el criterio seguido por el sentenciante de la anterior instancia.

En este aspecto, las alegaciones del apelante que aluden a su creencia a tener derecho para litigar y a la denunciada violación del principio de congruencia por parte del a quo traslucen una mera disconformidad con las fundamentos adoptados por el sentenciante a la hora de desestimar la acción, sin que se advierta de los términos del escrito recursivo la existencia de serios y fundados motivos que permitan revocar lo decidido en este aspecto.

Finalmente, en materia de honorarios, cabe señalar que el art. 36 de la LA vigente no establece un techo a tomar en consideración a la hora de procederse a la fijación de los emolumentos profesionales en los procesos de amparo sino que fija un piso mínimo de veinte (20) JUS, al disponer la aplicación de las normas establecidas en el art. 6.

No obstante ello, encuentro que en el caso, los emolumentos establecidos por el a quo, si bien guardan relación con la importancia de la labor profesional desarrollada por los letrados intervinientes, no se condicen con su extensión ni con la complejidad de la litis, por lo que propongo al Acuerdo que los mismos sean reducidos tomando en consideración las pautas arancelarias que emergen de la normativa citada.

En consecuencia, mi postura es que se reduzcan los emolumentos correspondientes a los letrados apoderados y patrocinantes de la parte demandada, fijándolos en la suma de Dieciocho Mil Novecientos Cuarenta pesos con Ochenta centavos ($ 18.940,80.-), en tanto que los del letrado de la demandante interviniente en igual carácter, sean reducidos a la suma de Trece Mil Doscientos Cincuenta y Ocho pesos con Cincuenta y Seis centavos ($ 13.258, 56.-), conforme a las pautas otorgadas por el art. 7 de la LA. En cuanto a los emolumentos regulados al Sr. Fiscal de Estado propicio que los mismos sean mantenidos en la suma fijada por el sentenciante de la anterior instancia.

VI. En conclusión, mi propuesta al Acuerdo consiste en declarar desierto el recurso de apelación deducido en lo que hace a los agravios identificados como A y B y acoger de manera parcial el agravio expresado en el punto C; reduciéndose los emolumentos correspondientes a los letrados apoderados y patrocinantes de la parte demandada, Dres. ... y ..., fijándolos en la suma de Dieciocho Mil Novecientos Cuarenta pesos con Ochenta centavos ($ 18.940,80.-), en tanto que los del letrado de la accionante interviniente en igual carácter, Dr. ..., se fijarán en la suma de Trece Mil Doscientos Cincuenta y Ocho pesos con cincuenta y seis centavos ($ 13.258,56.-), por sus actuaciones en la instancia

de grado. En cuanto a los emolumentos regulados al Sr. Fiscal de Estado, propicio que los mismos sean mantenidos en la suma fijada por el sentenciante de la anterior instancia.

Finalmente, en lo que hace a las costas de la instancia recursiva, propicio que conforme al éxito obtenido las mismas sean soportadas en un 80% por la parte recurrente vencida y en un 20% por su contendiente (art. 71 del C.P.C. y C. aplicable por remisión dispuesta en el art. 23 de la ley 1981). Mi voto.

A su turno, el Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

Por compartir los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, adhiero a los mismos. Así voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Declarar desierto el recurso de apelación deducido por la actora, en lo que hace a los agravios identificados como A y B.

II.- Acoger de manera parcial el agravio expresado en el punto C; y en tal sentido, reducir los emolumentos correspondientes a los letrados apoderados y patrocinantes de la parte demandada, Dres. H. B. y E. B., fijándolos en la suma de Dieciocho Mil Novecientos Cuarenta pesos con Ochenta centavos ($ 18.940,80.-), y los del letrado de la accionante interviniente en igual carácter, Dr. L. F. M., estableciéndolos en la suma de Trece Mil Doscientos Cincuenta y Ocho pesos con Cincuenta y Seis centavos ($ 13.258,56.-); por sus actuaciones en la instancia de grado.

III.- Imponer las costas de esta instancia en un 80% por la parte recurrente vencida y en un 20% por su contendiente (art. 71 del C.P.C. y C. aplicable por remisión dispuesta en el art. 23 de la ley 1981), conforme lo considerado.

IV.- Regular los honorarios de Alzada, a los Dres. B. y B., en el doble carácter por la demandada, y en conjunto, en la suma de Pesos Cinco Mil Seiscientos Ochenta y Dos con Veinticuatro centavos ($ 5.682,24.-); y al Dr. F. M., en igual carácter por la actora, en la suma de Pesos Tres Mil Trescientos Catorce con Sesenta y Cuatro centavos ($ 3.314,64.-) (cfr. Arts. 7, 10 y 15 LA).

V.- Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan las actuaciones a origen.

Dra. María Julia Barrese – Dr. Pablo G Furlotti

Registro de Sentencias Definitivas N°: 12/2015

Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

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

**"DE ALVEAR JORGE EMILIO C/ CARVAJAL FERNANDO A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS – MALA PRAXIS"** - 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.: 22339/2008) – Acuerdo: 14/15 – Fecha: 01/04/2015

DERECHO CIVIL: DAÑOS Y PERJUICIOS.

CONTADOR PÚBLICO. MALA PRAXIS. PERICIAL CONTABLE. VALORACION DE LA PRUEBA. HONORARIOS. REGULACION DE HONORARIOS. BASE REGULATORIA. MONTO DEL PROCESO. CONFISCATORIEDAD.

1.- Cabe confirmar el rechazo de la demanda de daños instaurada contra un contador público, en donde se alegó la mala praxis en que habría incurrido el profesional, debido al rechazo del requerimiento administrativo de reorganización de la sociedad unipersonal de propiedad de la actora. Ello es así, pues, el sentenciante ha fundado su decisión en las constancias emergentes de pruebas documentales que contradicen la pretensión actoral, así por ejemplo el escrito emanado del actor donde de puño y letra contesta la vista ante la AFIP-DGI y el escrito de apelación ante el TFN, que dan cuenta de idéntica conclusión desincriminatoria de la responsabilidad imputada al contador, toda vez que de dichas piezas instrumentales se desprende claramente que la falta de inclusión de la deuda al momento de intentarse la reorganización empresaria no se debió a una omisión imputable al demandado, sino a otras circunstancias ajenas a su actuación profesional, de las que tuvo conocimiento el accionante.

2.- [...] he sostenido que corresponde reducir los honorarios regulados en la instancia anterior, en cuanto superan el 33% del monto de la sentencia o transacción, ya que, de ser superiores serían confiscatorios (cfr. cfr. R.I. 303/2011 en autos: "Rosauer, María Mercedes c/ Amoroso, Francisco s/ D.Y.P. Mala Praxis", Expte. CSM N° 270/2010, R.I. Nro. 322/2012, in re "Salazar Gladys del Carmen c/ Bendersky Roberto s/ Daños y Perjuicios Inconstitucionalidad ley 24557", del Registro de la Secretaría Civil de la Cámara en todos los Fueros de la IV Circunscripción Judicial, que integré, entre otras). Por lo tanto, [...] propicio al Acuerdo, en virtud de lo dispuesto por el art. 2 de la ley 2933, se declare abstracto el recurso de apelación deducido por la accionada, correspondiendo dejar sin efecto los estipendios fijados en la decisión que se revisa y remitir los actuados al origen a fin de que, previa liquidación, se fije la base regulatoria y se adecuen los emolumentos profesionales, debiendo respetarse las pautas mencionadas en este voto que imponen como límite, el 33% de los valores en juego.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de Cutral Có, Departamento Confluencia, Provincia del Neuquén, el primer (1) día del mes de Abril del año dos mil quince (2015), se reúne en Acuerdo la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia con Competencia en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales, integrada con los señores Vocales, doctores María Julia Barrese y Dardo Walter Troncoso, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Victoria Boglio, para dictar sentencia en estos autos caratulados: "DE ALVEAR JORGE EMILIO C/ CARVAJAL FERNANDO A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS – MALA PRAXIS" (Expte. Nro. 22339, año 2008), del Registro del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 2 de la ciudad de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. María Julia Barrese, dijo:

I.- A fojas 840/857 se dictó sentencia de primera instancia, por medio de la cual el magistrado de grado rechazó la demanda de daños reclamados con fundamento en una mala praxis profesional, impetrada por Jorge Emilio de Alvear contra el contador Fernando A. Carvajal e impuso las costas a la parte actora vencida. El a quo ha fundado su decisión contraria a la pretensión de la accionante, sustentándose en las pruebas rendidas en estas actuaciones y, en

especial, en el informe de la perito contadora interviniente, habiendo desestimado las impugnaciones efectuadas, oportunamente, por dicha parte a la mencionada pericia.

II.- Contra el fallo citado la parte actora, por intermedio de su letrado apoderado, interpuso recurso de apelación a fs. 870, habiéndose glosado la expresión de agravios a fs. 885/889. Por su parte, el accionado apeló a fs. 871 obrando la respectiva expresión de agravios a fs. 881/882 y vta.

Corridos que fueran los pertinentes traslados, la demandada lo contesta a fs. 891/895 y vta., solicitando el rechazo del recurso interpuesto, en tanto que la accionante no ha contestado el traslado del recurso deducido por la actora.

III.- Por una cuestión metodológica, describiré y abordaré en primer término, los agravios expuestos por la parte actora, por cuanto de su suerte dependerá el tratamiento del agravio de su contendiente en materia de honorarios.

III A.- Los Agravios de la accionante:

El actor cuestiona la sentencia, expresando que el a quo ha basado su pronunciamiento en las conclusiones a las que arribara la perito contadora, que tilda de erróneas. Sostiene la parte actora que el sentenciante de grado ha pasado por alto las impugnaciones efectuadas por su parte al dictamen pericial.

Afirma que su representado ha señalado que de la documentación contable anejada a los presentes -que le fuera entregada a la experta contable- surgen certificaciones emitidas por el demandado de las que se desprende que éste conocía la existencia de la deuda que poseía el actor, especialmente con "Autosur S.A.". Refiere que sugirió a la perito que revisara tal documental, no obstante lo cual la experta se mantuvo en su postura. Solicita a esta Alzada que corrobore dicha documental, en tanto considera que la misma constituye una prueba de la responsabilidad por mala praxis endilgada a la contraria.

Luego, refiere que el demandado ha reconocido en autos que fue el contador de su parte durante años; por tal razón considera inverosímil que aquel desconociera la realidad económica de su cliente, dado que la relación profesional se sustenta en el principio de confiabilidad, en lo referente al intercambio de información.

De seguido, arremete nuevamente sobre las conclusiones de la experticia, en tanto la perito contadora se ha expedido en sentido negativo sobre la probabilidad de éxito que hubiesen tenido la resolución de los recursos administrativos deducidos ante la AFIP y el TFN, argumentando que las respuestas de la perito excedían su marco de actuación, extremo que su parte hizo saber oportunamente al juzgador.

Continúa efectuando críticas a las respuestas brindadas por la profesional inteviniente en calidad de perito contadora en estos autos, afirmando que la experta ha soslayado que el demandado no efectuó las presentaciones correspondientes a un pedido de prórroga ante el organismo administrativo interviniente. A tales efectos, formula una serie de consideraciones acerca del medio postal escogido por el demandado para enviar dicha solicitud, afirmando que éste es responsable de la recepción tardía del requerimiento en sede administrativa.

También, critica el fallo por no haber tomado en consideración el decreto del TFN que resolviera la negligencia en la producción de la prueba pericial contable, que considera otro dato relevante, a efectos de la acreditación de la negligencia del contador Carvajal en perjuicio de su parte.

Párrafos más abajo, reitera que el a quo no ha tomado en consideración que la responsabilidad del demandado se sustenta en el hecho de no haber brindado a su parte la oportunidad de obtener una resolución de la AFIP y del TFN, dadas las omisiones del contador que derivaron en la presentación extemporánea de un recurso administrativo y a la ausencia de realización de la prueba pericial contable ante el TFN.

Vuelve a reiterar su embate sobre la pericial contable producida en autos, argumentando que por sustentarse la misma en meras hipótesis y eventualidades no reúne las condiciones de validez que establece el ordenamiento procesal aplicable y que excede del requerimiento de los puntos periciales propuestos.

Finalmente, trascribe el considerando V de la sentencia del TFN, que a su criterio da cuenta de la negligencia imputada al contador Carvajal.

Concluye requiriendo que, para el caso de no considerarse atendibles sus agravios, se modifique la imposición de costas en la instancia de grado y que de igual forma que las de esta instancia, las mismas sean impuestas por su orden,

atento a que su parte pudo haberse considerado con derecho a litigar, por existir una serie de elementos relevantes que avalan su pretensión.

III. B. Tratamiento de los agravios descriptos:

Sintetizando los agravios de la parte actora encuentro que la misma critica el decisorio adverso que obtuviera en la instancia de grado, argumentando que el sustento fáctico de su pretensión inicial referida a la responsabilidad del contador Carvajal en el rechazo del requerimiento administrativo de reorganización de la sociedad unipersonal de su propiedad, ha quedado demostrado con la prueba rendida en autos. Sostiene que el a-quo, con apoyo en la pericia contable efectuada en los presentes ha desatendido la valoración de otras pruebas que, en su opinión, acreditan que Carvajal contaba con la información necesaria para llevar adelante el procedimiento de reorganización de su empresa. A la vez, aduce que el magistrado de grado omitió valorar las probanzas que dan cuenta que Carvajal es responsable por la falta de presentación temporánea del requerimiento de prórroga para efectuar un descargo ante la AFIP y por la omisión de realizar una pericia contable ante el TFN.

Adelanto que pese al esfuerzo evidenciado por quien impugna el pronunciamiento, el escrito de expresión de agravios carece de fundamentos idóneos a efectos de acreditar la errónea apreciación de la prueba que imputa sentenciante.

En primer lugar, considero que a efectos de desacreditar lo dictaminado por la perito contable en relación con un saber técnico que el juez no posee, es imprescindible presentar elementos de juicio que autoricen a concluir sobre los yerros en los que incurriera el experto. De allí, que no resulte suficiente plantear la disconformidad con lo dictaminado, siendo necesario aducir razones fundadas que autoricen al magistrado a apartarse de un dictamen que no se encuentre reñido con principios lógicos o máximas de experiencia. Entonces, quien impugna debe acompañar la prueba del caso o demostrar fehacientemente que el criterio pericial se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia o bien que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (CNCiv., Sala A, 16-5-2005, "C.J.H. y otro c/ Asistencia Médica Integral Domiciliaria SA y otros" R.C.S: 2005-1067, cit en trabajo doctrinario de Paulette referido supra).

Como integrante de la Cámara en Todos los Fueros de la IV Circunscripción Judicial, he considerado que cuando, como en el caso, "los datos de los expertos no son compartidos por los litigantes, queda a cargo de éstos la prueba de la inexactitud de lo informado, siendo insuficientes las meras objeciones ya que es necesario algo más que disentir; es menester probar, arrimar evidencias capaces de convencer al juez que lo dicho por el especialista es incorrecto, que sus conclusiones son erradas o que los datos proporcionados como sostén de sus afirmaciones son equivocados" (cfr. al respecto, Ac. Nro. 72/2010, voto de la suscripta en autos "Santana Cardo Carmen Rosa Ester y otra c/ Stubrin Darío Fabián s/ Daños y Perjuicios", Expte. CSMA: N° 177/10, y los autos "Rodríguez Serruys María Verónica y otros c/ Stubrin Darío Fabián s/ Daños y Perjuicios" con cita de lo resuelto por la CNCiv. Sala D, 20/12/05, "Artiñian, Ana I c/ Pérez, Juan s/ Daños y Perjuicios", cit. por Daray, ob. cit. T. 3, pág. 373). Se agregó en aquella oportunidad que "para que las observaciones puedan tener favorable acogida, es preciso aportar probanzas de mayor rigor técnico o científico que desmerezcan las conclusiones alcanzadas en la pericia" (cfr. Ac. cit. con jurisprudencia de la CNCiv, Sala E, 3/9/97, "Orillo, Teresa del V. C/ Empresa Cárdenas S.A. s/ daños y perjuicios").

A mi entender, tales exigencias no se han verificado en estas actuaciones, dado que la accionante no ha aportado pruebas de idéntico rigor científico, a efectos de desacreditar la experticia rendida en los presentes.

Por el contrario, debo señalar que a la hora de ponderar las diversas probanzas arrimadas a la causa, el a-quo se ha explayado acerca de la inexistencia de nexo causal entre el pretendido accionar antijurídico endilgado al demandado y el daño. En ejercicio de dicha labor ha sustentado su decisión, no sólo en las conclusiones de la experta contable sino en la abundante prueba documental obrante en esta causa –fs. 7 del expediente administrativo del TFN Nro. 23.280- que da cuenta de que el actor ha reconocido no haber trasmitido el pasivo correspondiente a AUTOSUR S.A., por cuanto dicha empresa no prestó consentimiento con la cesión de su crédito sino hasta luego de lograr que su parte le firmara un pagaré en garantía por la misma suma.

Es decir que el sentenciante ha fundado su decisión en las constancias emergentes de pruebas documentales que contradicen la pretensión actoral, así por ejemplo el escrito emanado del actor donde de puño y letra contesta la vista

ante la AFIP-DGI y el escrito de apelación ante el TFN, que dan cuenta de idéntica conclusión desincriminatoria de la responsabilidad imputada al contador, toda vez que de dichas piezas instrumentales se desprende claramente que la falta de inclusión de la deuda al momento de intentarse la reorganización empresaria no se debió a una omisión imputable al demandado, sino a otras circunstancias ajenas a su actuación profesional, de las que tuvo conocimiento el accionante. Tal como lo ha expresado el accionado al contestar el traslado recursivo, no es posible inferir que su parte tuviera conocimiento de la deuda que el actor poseía con Autosur S.A. de la circunstancia de haber firmado una certificación de manifestación de bienes de su cliente, un año antes del inicio del procedimiento de reorganización de la empresa, atento al tiempo transcurrido desde la suscripción de dicho instrumento y la posibilidad atinente a la cancelación de tal deuda sin que el contador Carvajal tuviera conocimiento de dicha circunstancia.

No encuentro entonces, en la crítica recursiva actoral elementos de peso que conduzcan a la revisión del decisorio, por cuanto no se evidencia un supuesto de absurdo o arbitrariedad en la valoración del material probatorio anejado a estos autos que habilite su modificación.

A esta altura considero pertinente recordar que la obligación constitucional y legal de motivar la sentencia impone al juzgador de grado -entre otros recaudos- tomar en consideración las pruebas fundamentales incorporadas en el juicio y efectuar dicha ponderación conforme a las reglas emergentes de la sana crítica racional. También resulta claro que el recurso que invoca la infracción a las reglas que integran dicho principio, debe contener un análisis integral del cuadro probatorio meritado por el sentenciante, y en función de éste, a su vez, evidenciar la trascendencia de los yerros que denuncia, de acuerdo a lo prescripto por el art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial. Por ello, resulta inconducente una argumentación impugnativa que, como la efectuada en el sub examine se sustenta sólo con reproches que no atienden al completo marco probatorio ponderado en la instancia de grado. En tales supuestos, al no efectuarse un abordaje que agote las distintas premisas que sostienen la conclusión que causa agravio, la crítica no alcanza a enervarla y la decisión transita incólume el control por esta vía impugnatoria de apelación.

Emerge de prestigiosa jurisprudencia que considero aplicable al sub lite que:

"Cuando se pretenden impugnar las conclusiones de un pronunciamiento sobre las cuestiones fácticas de la litis, no basta con presentar la propia versión sobre el mérito de las mismas, como acontece en autos, donde en el escrito recursivo se discurre sobre la propia valoración de los quejosos sobre la prueba producida, sin asumir el juicio crítico de los razonamientos realizados por el sentenciante, demostrando cabalmente que padecen de un error grave, trascendente y fundamental". (cfr. autos R., G. vs. Dirección General de Escuelas y Cultura de la Provincia de Aires s. Daños y perjuicios /// Suprema Corte de Justicia, Buenos Aires; 13-ago-2008; Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires; RC J 276/09, www.rubinzalonline.com.ar).

En atención a lo hasta aquí expuesto, propicio el rechazo del recurso actoral en lo que a la cuestión sustancial refiere.

Abordando la impugnación de la misma parte dirigida a cuestionar el criterio del a quo en materia de imposición de costas, no encuentro motivo suficiente en la fundamentación del agravio referido que me conduzca a desatender al principio objetivo de la derrota que el sentenciante ha aplicado, de conformidad a lo dispuesto por el ritual aplicable. Por tal razón, propicio al Acuerdo la confirmación de la sentencia, también en este aspecto.

IV.- Los agravios del demandado se ciñen a cuestionar la totalidad de los honorarios regulados por el sentenciante en cuanto su importe en conjunto supera el 33% del monto de la demanda. Luego de citar jurisprudencia local y de otros Tribunales nacionales, aduce que en el caso el respeto a dicho tope resulta de máxima ecuanimidad aún cuando la condenada en costas sea su contendiente, por cuanto ésta goza de beneficio de litigar sin gastos. Por tal razón, entiende que quien en definitiva deberá afrontar el pago de los honorarios de los abogados y de los peritos es su mandante.

Principiaré por señalar que la suscripta ya se ha expedido sobre el tópico en numerosos pronunciamientos entre los que se destaca el citado en la expresión de agravios, en el que he sostenido que corresponde reducir los honorarios regulados en la instancia anterior, en cuanto superan el 33% del monto de la sentencia o transacción, ya que, de ser superiores serían confiscatorios (cfr. cfr. R.I. 303/2011 en autos: "Rosauer, María Mercedes c/ Amoroso, Francisco s/ D.Y.P. Mala Praxis", Expte. CSM N° 270/2010, R.I. Nro. 322/2012, in re "Salazar Gladys del Carmen c/ Bendersky Roberto s/ Daños

y Perjuicios Inconstitucionalidad ley 24557", del Registro de la Secretaría Civil de la Cámara en todos los Fueros de la IV Circunscripción Judicial, que integré, entre otras).

La ley arancelaria, con la modificación introducida por la ley 2933 -de aplicación a los presentes en virtud de lo dispuesto por el art. 2 de la mencionada legislación-, en determinados casos importaría la regulación de honorarios desproporcionados, en violación de las garantías constitucionales de propiedad y defensa en juicio, en tanto de así procederse se configuraría un supuesto de confiscatoriedad, al exceder la regulación del 33% de los valores en juego. Con más razón en el supuesto que nos ocupa, en el que la parte actora al promover su acción requiriera el beneficio de litigar sin gastos. Ello exige una interpretación adecuada del art. 20 en su actual redacción, atento a que la inclusión en la demanda de un monto que podría resultar ajeno a los valores en juego, sabiendo que no se habrá de afrontar mayor riesgo en caso de desestimarse la pretensión, no constituye una hipótesis desatendible.

Por ello, propicio al Acuerdo, en virtud de lo dispuesto por el art. 2 de la ley 2933, se declare abstracto el recurso de apelación deducido por la accionada, correspondiendo dejar sin efecto los estipendios fijados en la decisión que se revisa y remitir los actuados al origen a fin de que, previa liquidación, se fije la base regulatoria y se adecuen los emolumentos profesionales, debiendo respetarse las pautas mencionadas en este voto que imponen como límite, el 33% de los valores en juego.

V. Conclusión: Mi propuesta al Acuerdo consiste en la desestimación de la apelación actoral con costas a la parte actora (art. 68 del C.P.C. y C.) y la declaración de abstracto del recurso interpuesto por la demandada, correspondiendo, en mi opinión, en virtud de lo dispuesto por el art. 2 de la ley 2933, dejar sin efecto los estipendios fijados en la sentencia de grado y la remisión de los presentes al origen para que, previa liquidación se fije la base regulatoria y se adecuen los emolumentos profesionales, debiendo respetarse las pautas mencionadas en este voto que imponen como límite del 33% de los valores en juego. Sin costas, conforme a la forma en que se resuelve.

Finalmente, propongo al Acuerdo, diferir la regulación de los honorarios correspondientes a esta instancia hasta que se cuente con pautas para ello. Así voto.

A su turno, el Dr. Dardo Walter Troncoso dijo:

La responsabilidad profesional es aquélla en la que incurren los que ejercen una profesión y faltan a los deberes especiales que ésta les impone y requiere para su configuración los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil.

Por ello, en tanto presupuesto de la responsabilidad jurídica, la relación de causalidad connota las condiciones o factores a los que se atribuyen entidad suficiente para provocar u ocasionar las consecuencias que se constatan y verifican en el mundo natural y en el orden social, tal como lo sostiene Aldo Marcelo Azar ("La relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad civil. Interpretación comparativa del código civil de 1871 con el Proyecto de Código civil y comercial de 2012" en Revista de Derecho de Daños –Problemática actual de la Responsabilidad Civil- "2014-2 pag. 266).

De tal manera que para establecer la causa de un daño es necesario hacer un juicio de probabilidad determinando que aquél 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 (art. 901, C.C.). Vale decir 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 aquélla (arts. 1068, 1074, 1109, 1111, 1113, 1114, del código citado), tal como lo sostuviera la SCJBA en autos "Sandoval, Horacio y otras v. Municipalidad de Cañuelas s/ Daños y perjuicios • 18/02/2009 L.L. Online: 14/152499).

En el caso de autos, el actor imputa al demandado un actuar negligente en tanto su actuación profesional –para la que fue contratado- fracasó en lograr la reorganización de la empresa personal que tenía y transformarla en una sociedad de responsabilidad limitada cuyo efecto principal es que los resultados de la misma no quedan alcanzados por el Impuesto a las Ganancias, conforme el procedimiento que contempla el artículo 77 de la Ley 20.628.

La razón por la que la AFIP-DGI consideró que el caso no quedaba comprendido en el supuesto del artículo 77 de la mencionada norma legal radicó en que no se solicitó la aprobación previa para una transformación parcial, por lo que

mereció el tratamiento de una simple transferencia parcial de fondo de comercio en tanto el "Convenio de venta entre un mismo conjunto económico" celebrado entre Chapelco Rent A Car SRL y el actor no incluyó el pasivo que éste mantenía con la firma Autosur S.A. (fs. 207/214 del expediente AFIP DGI Nro. 2530/05 agregado en copia por cuerda a esas actuaciones).

La cuestión es, entonces, determinar cuál fue el motivo por el cual ese pasivo no fue denunciado ante la AFIP-DGI cuando se promovió el proceso de reorganización comercial.

Y en este sentido he de acordar con el a-quo en cuanto a que no puede imputarse un obrar negligente o imprudente en el profesional demandado, pues se encuentra reconocido por el propio actor que el pasivo con AUTOSUR S,A no se trasfirió en tiempo y forma, sino que se lo hizo en el ejercicio comercial subsiguiente, y esto surge de sus propias manifestaciones obrantes a fojas 224 del expediente administrativo mencionado, en la que el mismo apelante expresa que en su Declaración Jurada de Ganancias del periodo 1999, que presentara con fecha 16 de mayo de 2000, consignó al mismo como una deuda personal habida cuenta que a la fecha de la reorganización la empresa acreedora no había dado conformidad al traspaso del pasivo, y que luego, con fecha 30 de junio de 2000 consiguió la autorización del acreedor para ello, previa firma de un pagaré, por lo que ese pasivo fue luego incorporado a la SRL, según surge del acta de fecha 30 de junio de 2000.

Es decir que el mismo actor ha explicado las causas por las que el pasivo no se incluyó en el pedido de reorganización empresaria, y que por cierto de ninguna manera se vinculan con la conducta desplegada por el contador Carvajal.

En este rumbo, ha dicho la jurisprudencia que "Para que se configure la responsabilidad civil, debe mediar la eficiencia causal de la culpa del demandado en la producción del daño; no bastando con que esa culpa exista sino que es menester que ésta sea la causa eficiente del daño para que se suscite la responsabilidad de aquél". (Sarco, Marcelo Fernando vs. CTI PCS S.A. s. Ordinario /// Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A; 26-05-2009; Rubinzal Online; RC J 3126/09) y que "La existencia de la relación causal adecuada entre el hecho u omisión del demandado y el daño causado, es requisito imprescindible e insoslayable de la responsabilidad civil; es uno de los pilares de la responsabilidad civil y por tanto, debe rechazarse la pretensión resarcitoria si no puede establecerse con certeza la presencia de una adecuada relación causal entre los daños por los que se reclama y el hecho al que se asigna el origen de ellos" (Adarme, Dante Alejandro vs. Muratore, José Luis s. Daños y perjuicios /// Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, Mendoza, Mendoza; 15-03-2012; Rubinzal Online; RC J 3026/12).

Con las consideraciones expuestas a manera de complemento, he de adherir al voto de mi colega, la Dra. Barrese. Mi voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la jurisprudencia citada, y la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia definitiva recaída en primera instancia y, en consecuencia, confirmarla en todo aquello que ha sido materia de agravios para la apelante, con costas de Alzada a su cargo (art. 68 del Código Procesal).

II.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la sentencia de grado (cfr. art. 2, Ley 2933), y, en consecuencia, declarar abstracto el recurso interpuesto por la demandada, debiendo, en origen, procederse a una nueva regulación conforme las pautas detalladas en el considerando IV del presente decisorio. Sin imposición de costas, conforme al modo en que se resuelve.

III.- Diferir la regulación de honorarios de Alzada para el momento procesal oportuno.

IV.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Dardo Walter Troncoso

Registro de Sentencias Definitivas N°: 14/2015

Dra. Victoria Paula Boglio - Secretaria de Cámara

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

**"CARRASCOSA CAROLINA C/ MUN. VILLA LA ANGOSTURA S/ INTERDICTO"** - 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.: 16456/2004) – Acuerdo: 18/15 – Fecha: 16/04/2015

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

INTERDICTOS POSESORIOS. INTERDICTO DE RETENER. TURBACION DE LA POSESION. ACTOS POSESORIOS. PRUEBA DE LA POSESION.

1.- Cabe confirmar la sentencia que rechaza el interdicto de retener. Ello es así, toda vez que la parte actora considera suficiente su carácter de continuadora de la posesión de su antecesor en el dominio, y su carácter de propietaria, para la procedencia de esta vía, sin necesidad de acreditar, precisamente, hechos materiales de posesión. Asimismo, tengo en cuenta que la sentencia en crisis, considera no sólo que no han sido acreditados actos de efectiva posesión o tenencia por parte de la actora, sino que éstos lisa y llanamente no han sido alegados en el escrito de demanda, conclusión que comparto y que, por otro lado, el apelante no cuestiona, sino que, por el contrario, afirma que no corresponde que se le exija al propietario que acredite dichos actos materiales para exteriorizar su posesión.

2.- Con respecto al pago de las tasas municipales por parte de la actora, he de agregar que, atento a que los mismos no son actos posesorios, como la propia recurrente lo reconoce, por lógica, su percepción no puede considerarse el reconocimiento de un acto posesorio.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de Cutral Có, Provincia del Neuquén, a los dieciséis (16) días del mes de abril del año 2015, se reúne en Acuerdo la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con las señores Vocales, doctoras Gabriela B. Calaccio y Alejandra Barroso, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Victoria Paula Boglio, para dictar sentencia en estos autos caratulados: "CARRASCOSA CAROLINA C/ MUN VILLA LA ANGOSTURA S/ INTERDICTO", (Expte. Nro.: 16456, Año: 2004), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia de Villa La Angostura, con asiento en la ciudad Villa La Angostura.
De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. Alejandra Barroso, dijo:

1. Llegan los autos a esta instancia por recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fs. 500), quien expresa agravios de a fs. 506/510 vta., contra la sentencia que rechaza la demanda interpuesta e impone costas, de fecha 29 de agosto de 2014 (fs. 483/493 vta.), los que no merecen respuesta.

2. En forma preliminar, la actora transcribe partes de la sentencia en crisis.

Seguidamente, expresa que el Sr. Gasparini escrituró a su favor el inmueble motivo de esta litis con fecha 6 de mayo de 1966 para luego de muchos años venderlo a su nieta Carolina Carrascosa (fs. 8/11). Manifiesta que no hay una desposesión por parte del Municipio demandado, que el hecho de pagar las tasas retributivas y obtener certificados de libre deuda, si bien reconoce que no constituyen un acto posesorio, sin embargo evidencian que el Sr. Gasparini, anterior propietario y poseedor, se tenía a sí mismo como tal y el municipio de Villa La Angostura también, no concibiéndose un desdoblamiento del ente público como el que surge del fallo.

Afirma que siendo el Sr. Gasparini el propietario y poseedor del inmueble en cuestión, lo cual no fuera puesto en duda en estas actuaciones, la posesión se conserva sólo ánimo, por la sola voluntad, mientras que el Juez pone a cargo de la parte actora, continuadora de esa posesión, la carga de acreditar algún acto material de posesión.

Resume que, el Sr. Gasparini, antecesor en el dominio y cuya posesión inicial nadie ha discutido, la mantuvo permanentemente y al transmitir el dominio transmite a la actora la posesión, quien de tal modo resulta continuadora singular de la posesión de su abuelo.

Con relación a las actuaciones administrativas de fs. 44/132, manifiesta que con fecha 10 de mayo de 1966 se celebró un boleto de compraventa entre Gasparini y un tercero siendo que en la cláusula cuarta se dejó constancia de la cesión en carácter de donación a la Municipalidad de Villa La Angostura del lote en cuestión, afirmando que dicho acto constituyó una promesa de donación que nunca tuvo lugar, manteniéndose el Sr. Gasparini como propietario registral y poseedor del bien.

En estos términos, controvierte el apelante la circunstancia de que el a quo pretenda que la actora acredite actos posesorios.

Argumenta que en el expediente administrativo obrante en autos correspondiente a la prescripción administrativa se omite la intervención de aquél contra quien se pretendía prescribir, en violación de las garantías constitucionales que cita, constituyendo un acto unilateral del municipio que se dice a sí mismo poseedor sin estar ello acreditado en este proceso.

Con cita de elementos probatorios de autos, entre ellos la manifestación de Carlos Almada (fs. 47/48) y el reconocimiento judicial de fs. 480/480 vta., entiende que no hay ninguna actividad municipal que implique actos posesorios.

Manifiesta que de la diligencia de reconocimiento sólo surge la existencia de una antigua traza de una calle cerrada y tres fogones, uno de los cuales se encontraría en el lote objeto de este proceso.

En relación al camino público, manifiesta que ello no es expresión de desposesión total o que importe un acto posesorio sobre la totalidad del terreno, teniendo en cuenta que el camino invadía el terreno del vecino lindero que terminó por cercarlo, obligando a relocalizar la traza del camino (fs. 480).

En orden a la concesión del predio por parte del municipio demandado, expresa que, como resulta de la prueba, las concesiones que se acreditaran se refieren a otro inmueble y de ninguna manera se encuentra acreditada la concesión del lote de propiedad de su mandante.

Concluye que el municipio no ha acreditado acto posesorio alguno, como sostiene la sentencia y que la actora ha recibido la posesión de su abuelo y no le es exigible la realización de actos materiales sino su disponibilidad.

Realiza otras consideraciones, cita jurisprudencia y doctrina que hace a su derecho y peticiona se revoque la sentencia apelada, con costas.

3. En forma preliminar, he de consignar que considero que la queja traída cumple con la exigencia legal del art. 265 del C.P.C.C..

En esta cuestión, y conforme ya lo he expresado en anteriores precedentes, la jurisprudencia sostiene que: "…Este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva

exigida por el art. 265 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional. De allí entonces que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto. Ahora bien, no obstante tal amplitud en la apreciación de la técnica recursiva, existe un mínimo por debajo del cual las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como agravios en el sentido que exige la ley de forma, no resultando legalmente viable discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista (conf. C. N. Civ., esta Sala, Expte. Nº 70.098/98 "Agrozonda S. A. c/ Jara de Perazzo, Susana Ventura y otros s/ escrituración" y Expte. Nº 60.974/99 "Agrozonda S. A. c/ Santurbide S. A. y otros s/ daños y perjuicios" del 14/8/09; Idem., id., Expte. Nº 43.055/99, "Vivanco, Ángela Beatriz c/ Erguy, Marisa Beatriz y otros s/ daños y perjuicios" del 21/12/09)….(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, "Scott, Sonia Lorena c/ Guerra Cruz, Angelina s/ daños y perjuicios", 27/10/2011, Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/67333/2011)".

He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica).

También, puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir al apelante en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimentes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean.

4. a) En forma liminar destaco que la actora ha encausado su pretensión por la vía interdictal, de conformidad con lo normado por los arts. 610 y conc. del C.P.C.C., es decir mediante el interdicto de retener.

Se ha sostenido que esta defensa posesoria tiende a evitar la justicia por mano propia, que son procesos breves y urgentes, que no admiten la discusión sobre la propiedad o el derecho a poseer, sino que sólo protegen el hecho actual de la posesión o incluso de la tenencia (como hecho material: el corpus); protegen la situación del que tiene la cosa con o sin derecho y cualquiera fuera el tiempo de su duración y origen (cfr. "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", A. J. Bueres; E.I. Highton, T 5, pág. 182).

Se expresa en este sentido que el interdicto sólo protege el corpus, que ampara el hecho de la posesión o tenencia sin investigar el título del poseedor sino exclusivamente la situación real y actual. Es decir que, si para recuperar la posesión se requiere ingresar en consideraciones respecto al mejor derecho a poseer, debe recurrirse a otra vía procedimental, no al interdicto.

Consecuentemente, para su procedencia se exige que quien la intente se encuentre en la posesión o tenencia actual de un bien mueble o inmueble y que alguien amenazare perturbarlo o lo perturbase en esa posesión o tenencia mediante actos materiales.

En estos términos, se dispone expresamente que la prueba sólo podrá versar sobre el hecho de la posesión o tenencia invocada por la parte actora, los actos de perturbación y la fecha en que se produjeron.

Cabe destacar entonces que el debate es limitado, sólo deben admitirse las pruebas que tiendan a acreditar el hecho de la posesión y la verdad o falsedad de los hechos perturbatorios atribuidos al demandado, así como la fecha de los hechos, siendo improcedente toda cuestión referente a los títulos o derechos de propiedad, salvo en caso de duda en la posesión (conf. art. 2471 del C.C.; Jofré, Pio S., "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires", pág. 392). Es decir, que el conocimiento judicial ha de ser necesariamente acotado en cuanto a la materia a conocer, reduciéndose a fijar el hecho de la posesión o tenencia y la existencia de la turbación (conf. art. 2469 del C.C.).

La prueba del derecho a poseer sólo puede ser admisible en el supuesto previsto por el art. 2471 del C.C., en cualquier otro caso "la posesión nada tiene en común con el derecho de poseer y será inútil la prueba de ese derecho, tanto

para el actor como para el demandado" (conf. Fenochietto-Arazi; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación…, Tomo 3, pág. 124; Palacio; Derecho Procesal Civil; Tomo VII, pág. 32).

En consecuencia: "… cabe excluir de la naturaleza del interdicto las cuestiones de derecho que pudieran alegar los justiciables, las que quedan imprejuzgadas de la sentencia…" (cfr. Fenochietto, Carlos Eduardo; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación…, Tomo 3, pág. 352).

No corresponde pretender probar cuestiones que hacen al derecho sustancial que pudieren invocar las partes, ni introducir planteos vinculados al derecho de poseer, ya que este será, eventualmente, el objeto de una pretensión con otro objeto y por otra vía, en su caso, reservada al proceso declarativo. Por esta circunstancia, ante las diferentes pretensiones y distinto objeto materia de la respectiva prueba, la sentencia que se dicte en el interdicto no hace cosa juzgada en el petitorio o proceso en el cual las partes intentaran dilucidar sus respectivos derechos.

La decisión en el interdicto debe limitarse al pronunciamiento sobre la retención, el cese de amenazas y la condena en costas, sin declarar el derecho respecto de la posesión o tenencia, temas diferidos a un eventual juicio posterior (conf. Fenochietto, Carlos Eduardo; "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación…", Tomo 3, pág. 355).

b) Sentado brevemente lo anterior, e ingresando al análisis de las quejas vertidas, señalo que en el presente caso correspondía determinar si se ha acreditado, en primer lugar, el hecho de la tenencia o posesión actual de la reclamante, y, en su caso, ingresar a analizar la prueba de los actos de perturbación.

En este sentido se ha expresado: "…Ante la interposición de un interdicto para retener la posesión corresponde comprobar previo a todo el hecho de la posesión del reclamante, y sólo después de probado ello, los actos perturbatorios atribuidos al demandado, pues no estando probado lo primero, no habría derecho que justifique juzgar los segundos…". (cfr. "Ferreira, Eloy Evangelista vs. Vizoso, Jorge Rafael s/ interdicto de retener la posesión", Cámara de Apelaciones en lo civil, comercial, de minas y del trabajo 1ª Nominación, San Fernando del Valle de Catamarca, Catamarca, 13/12/06, Rubinzal online).

Asimismo que: "…En el interdicto de retener la posesión, no debe examinarse si el que invoca la posesión, tiene o no derecho a la ocupación, sino que debe analizarse si esa posesión es actual, efectiva y practicada por el poseedor, y si se manifiestan los actos turbatorios, ya sean éstos clandestinos o violentos…". (cfr. "Salto María Elena vs. Armesto, Arcángel s/ interdicto de retener la posesión", Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial 2ª Nominación, Santiago del Estero, 18/2/13, Rubinzal online).

En consecuencia, analizaré la queja de la recurrente quien cuestiona concretamente que la sentencia no haya tenido por acreditada la posesión o tenencia actual de la actora con relación al inmueble motivo de este litigio, para luego, de corresponder, continuar indagando con respecto a los restantes requisitos previstos por la norma para la procedencia del interdicto y en la medida del agravio.

c) En realidad, el apelante controvierte que a su parte se le exija acreditar actos materiales de posesión, siendo que invoca la posesión de su antecesor en el dominio y su título de propiedad y que, en estas circunstancias, sólo es dirimente la disponibilidad del inmueble.

Es decir, que considera suficiente su carácter de continuadora de la posesión de su antecesor en el dominio, y su carácter de propietaria, para la procedencia de esta vía, sin necesidad de acreditar, precisamente, hechos materiales de posesión.

En estos términos, entiendo que no le asiste razón.

Tengo en cuenta que la sentencia en crisis, considera no sólo que no han sido acreditados actos de efectiva posesión o tenencia por parte de la actora, sino que éstos lisa y llanamente no han sido alegados en el escrito de demanda, conclusión que comparto y que, por otro lado, el apelante no cuestiona, sino que, por el contrario, afirma que no corresponde que se le exija al propietario que acredite dichos actos materiales para exteriorizar su posesión.

En este aspecto, la jurisprudencia ha expresado: "A la luz de los principios que rigen esta acción (interdicto de retener), dónde sólo se decide sobre la posesión de hecho y no respecto del mejor derecho que las partes puedan tener, resulta equivocado el criterio del inferior al dar por satisfecho el hecho de la posesión por derecho a ésta que surge del título de propiedad invocado, cuando la posesión conforme lo expresa el propio juzgador no ha sido probada por el actor

en autos." (cfr. "Grundman, Leocadia vs/ Lasuchuk de Szydlowski, Margarita Beatriz s/ Interdicto de retener", Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Sala III, Posadas, Misiones; 22-02-1993; Boletín Judicial Publicación Oficial del STJ de Misiones; RC J 6386/07).

En doctrina se sostiene que: "…la procedencia del interdicto sólo está supeditada a la prueba de que el actor se halla efectivamente en la posesión o tenencia, y de que el demandado lo ha turbado en ellas mediante la realización de actos materiales. Por lo tanto, no configuran fundamento idóneo de la pretensión ni de la oposición los títulos que pudieren invocar el actor o el demandado, ya que la materia del interdicto se limita a la posesión o a la tenencia en sí mismas, o sea como situaciones de hecho, con prescindencia del derecho a poseer, que constituye materia del petitorio" (cfr. Palacio; Derecho Procesal Civil, Tomo VII, pág. 33).

En el interdicto, como en este caso, la posesión o tenencia del actor y su atentado es lo que está en discusión, no el dominio, y el objeto es restablecer un estado de hecho que la turbación o la violencia habría alterado (conf. art. 2470 del C.C. y nota del codificador citando a SAVIGNY).

Puede considerarse que la posesión es un hecho (SAVIGNY), pero aún en caso en que consideremos que es un derecho (IHERING), no es el derecho de propiedad, sino la exteriorización de la propiedad o del dominio (conf. Salvat, Raymundo M.; "Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales", Cuarta Edición, 1951, Tomo I, pág. 359, 361/362).

Siendo la posesión y la propiedad instituciones jurídicas distintas, el principio lo sienta el art. 2472 del C.C., al sostener que la posesión nada tiene de común con el derecho de poseer y será inútil la prueba en las acciones posesorias del derecho de poseer por parte del demandante o demandado, como dije. La doctrina ha expresado en relación a las acciones posesorias que: "… serían ellas completamente inútiles si el juez, llamado a resolver una contienda sobre la posesión, pudiera resolverla con prescindencia de la existencia o inexistencia de la posesión misma y teniendo en cuenta solamente la cuestión de propiedad…", porque además se violaría la regla de no acumulación del posesorio al petitorio ya que este principio se relaciona tanto con la parte dispositiva como con sus fundamentos (conf. Salvat, Raymundo M.;" Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales", Cuarta Edición, 1951, Tomo I, pág. 424).

El apelante enarbola en su defensa lo dispuesto por el art. 2445 del C.C., y, si bien es correcto que la posesión se conserva por la sola voluntad, máxime cuando la misma reposa sobre un derecho, como en el presente caso, ello no lo exime de alegar y confirmar la existencia de la posesión misma exteriorizada a través de actos materiales, al menos en este tipo de procesos. Además en estos casos, el demandado puede justificar por su parte actos bien definidos de posesión tendientes a determinar que la sola intención de conservar la posesión no es suficiente por haber sobrevenido la posesión del demandado (conf. Salvat, Raymundo M.; "Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales", Cuarta Edición, 1951, Tomo I, pág. 414).

Por estas razones, el agravio no ha de prosperar.

Con respecto al pago de las tasas municipales por parte de la actora, he de agregar que, atento a que los mismos no son actos posesorios, como la propia recurrente lo reconoce, por lógica, su percepción no puede considerarse el reconocimiento de un acto posesorio.

Y esto, más allá de compartirse o no el razonamiento del a quo en orden a un desdoblamiento del ente municipal, que no resulta relevante, pues como dije y reitero, no se trata en este proceso de acreditar actos posesorios de la demandada, sino actos posesorios de la actora.

d) Con respecto a los restantes cuestionamientos, y atento lo desarrollado precedentemente, considero que no resultan dirimentes para modificar el resultado de la decisión ante la ausencia del primer requisito para la admisibilidad del interdicto.

Sin perjuicio de lo cual cabe consignar que con respecto a los actos posesorios de la demandada, el quejoso coincide con el a quo en tanto en la sentencia en crisis se establece simplemente que, a estar a la diligencia de reconocimiento judicial, se observa en el terreno una traza de un camino antiguo y un fogón dentro del lote que corresponderían a los actos posesorios del municipio demandado.

Las restantes cuestiones referidas a actuaciones administrativas llevadas a cabo por el municipio presuntamente tanto para la prescripción adquisitiva o para otorgar concesiones, no resultan cuestiones que hagan al objeto de esta litis y,

además, no han sido consideradas para fundar el rechazo de la acción en el fallo en crisis, por lo cual no corresponde que ingrese a su valoración.

Le asiste razón al apelante en cuanto manifiesta que la transcripción del dictamen del Sr. Fiscal resulta una mera apreciación de este funcionario, no haciendo mérito tampoco la sentencia de su contenido en orden a pretender acreditar, con un dictamen o petición del Sr. Fiscal en la causa penal, los actos posesorios o la fecha de los mismos, sino solo en relación al archivo de las actuaciones penales.

Reitero que las cuestiones relativas a los derechos posesorios o eventualmente derechos de propiedad que cada una de las partes pretende para sí, no resulta materia que pueda debatirse en este proceso, siendo por el contrario materia de discusión en los autos que han llegado a esta vocalía conjuntamente con el presente ("Municipalidad de Villa La Angostura c/ Carrascosa Carolina s/ prescripción adquisitiva", Exp. 759/2007, del Juzgado de Villa La Angostura), y que no he valorado por no corresponder y exceder el objeto de esta litis.

Asimismo, no acreditado el primer requisito de admisibilidad de la pretensión, la valoración de cualquier otra circunstancia resulta irrelevante y no dirimente.

Cabe destacar, por otro lado, que la sentencia dictada en el interdicto carece de la autoridad de cosa juzgada al no prejuzgar sobre los derechos sustanciales de las partes, que están siendo discutidos por la vía ordinaria.

5. Por todo lo expuesto, he de proponer al Acuerdo: a) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que ha sido motivo de agravios y por las razones expresadas en este voto. b) Las costas corresponde imponerlas al apelante en su carácter de vencido (art. 68 del C.P.C.C.), difiriendo la regulación de honorarios de esta instancia hasta tanto se cuente con pautas para ello, con más IVA en caso de corresponder. Mi voto.

A su turno, la Dra. Gabriela B. Calaccio, dijo:

Por compartir los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, adhiero a los mismos. Así voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia apelada en todo lo que ha sido motivo de agravios; con costas al recurrente vencido (art. 68 del CPCyC).

II.- Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello.

III.- Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan las actuaciones a origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dra. Alejandra Barroso

Registro de Sentencias Definitivas N°: 18/2015

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

**"R. D. M. G. C/ V. S. S/ FILIACION"** - 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.: 38173/2014) – Acuerdo: 20/15 – Fecha: 16/04/2015

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

COSTAS. FILIACIÓN. ALLANAMIENTO. COSTAS AL DEMANDADO.

No corresponde que las costas sean impuestas en el orden causado, toda vez que concuerdo con la apelante -actora- en torno a la conducta que desplegó el demandado en relación al nacimiento del hijo y su omisión de reconocimiento. Por otra parte, del sub lite surge que entre el nacimiento y la interposición de la demanda transcurrieron exactamente 18 meses y un día. Por lo tanto, el accionado-reconociente-, omitió cumplir con su obligación primigenia, esto es, el "reconocimiento voluntario" de su hijo, habiendo generado con su conducta la necesidad de incoar el proceso a fin de obtener el reconocimiento judicial de tal derecho, resultando claro que aquella encuadra en la excepción contenida en el art. 70, inc. 1 última parte, debiendo en consecuencia cargar con las costas. "Uno de los requisitos negativos del allanamiento a fin de eximir de costas, es que quien hubiese adoptado tal conducta procesal, no hubiese dado lugar por su culpa a la reclamación…" (cfr. Roberto Loutayf Ranea, "Condena en costas en el proceso civil", pág. 109).

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de Cutral Có, Provincia del Neuquén, a los dieciséis (16) días del mes abril del año 2015, se reúne en Acuerdo la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con las señoras Vocales, doctoras Gabriela B. Calaccio y Alejandra Barroso, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Victoria Paula Boglio, para dictar sentencia en estos autos caratulados: "R. D. M. G. C/ V. S. S/ FILIACION", (Expte. Nro.: 38173, Año: 2014), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. Gabriela B. Calaccio, dijo:

I.- Que vienen estos autos en apelación en orden al recurso deducido por la actora contra la imposición de costas contenida en la sentencia dictada en fecha 1° de diciembre del 2014 y obrante a fs. 27/29, que impone costas en el orden causado, atento el allanamiento del demandado.

Contra tal decisión se alza la actora a fs. 38/40, agraviándose de la imposición de costas, por entender que para así decidir el juez omitió considerar lo dispuesto por el art. 70 del CPCyC, que en el último párrafo del inc. 1° establece una excepción al principio general sentado en el mismo.

Hace referencia a la conducta del demandado, quien por haber omitido el reconocimiento del hijo en común, dio lugar a la reclamación.

II.- Bilateralizado el recurso, el demandado guarda silencio.

III.- Que corresponde ingresar en el análisis de la cuestión traída a juzgamiento, evaluando en primer lugar si la expresión de agravios cumple con los recaudos del art. 265 del CPCyC. En ese sentido y ponderado que fuera con criterio amplio, y favorable a la apertura del recurso, conforme precedentes de esta Sala, a fin de armonizar adecuadamente las exigencias legales y la garantía de la defensa en juicio, entiendo que la queja traída contiene los recaudos exigidos por la norma indicada.

Concretamente, la actora se queja de la imposición de costas, argumentando sobre las consideraciones de la norma, art. 70 del CPCyC, en orden al allanamiento y los recaudos que debe tener el mismo para hacer procedente la excepción.

Adelanto opinión favorable a la procedencia del recurso, ya que concuerdo con la apelante en torno a la conducta que desplegó el demandado en relación al nacimiento del hijo y su omisión de reconocimiento.

Para así decidir, basta con cotejar la fecha de nacimiento del hijo de las partes, acta de nacimiento de fs. 2, en fotocopia certificada y reconocida por el accionado, y la fecha del cargo impuesta en el escrito de demanda, fs. 8., habiendo transcurrido entre ambas, exactamente 18 meses y un día.

Es decir, en todo ese tiempo el accionado-reconociente- omitió cumplir con su obligación primigenia, esto es, el "reconocimiento voluntario" de su hijo, habiendo generado con su conducta la necesidad de incoar el proceso a fin de obtener el reconocimiento judicial de tal derecho, resultando claro que aquella encuadra en la excepción contenida en el art. 70, inc. 1 última parte, debiendo en consecuencia cargar con las costas. "Uno de los requisitos negativos del allanamiento a fin de eximir de costas, es que quien hubiese adoptado tal conducta procesal, no hubiese dado lugar por su culpa a la reclamación…" (cfr. Roberto Loutayf Ranea, "Condena en costas en el proceso civil", pág. 109).

Las excusas intentadas por la demandada al momento de allanarse, no logran conmover esta decisión.

En efecto, al tomar conocimiento del embarazo y posterior alumbramiento, generó a su cargo la obligación de realizar actos dirigidos a obtener la certeza de la paternidad o el emplazamiento del niño, más aún, la ausencia de colaboración en la madre, no conmueve la obligación del padre, en ese aspecto, por no ser necesaria a los efectos del acto de reconocimiento que no puede ser obstaculizado.

En consecuencia, conforme lo dicho, propongo al Acuerdo se revoque la imposición de costas contenidas en el fallo recurrido, imponiéndose las de primera instancia a la demandada, conforme art. 68 del CPCyC; propiciando, asimismo, que las costas de esta instancia sean en el orden causado, dado que no hubo contradicción (art. 68 segunda parte del CPCyC), y que se regulen los honorarios de Alzada de acuerdo al art. 15 de la ley 1594, en cuatro (4) JUS a cada una de las letradas patrocinantes, Dras. ... y .... Mi voto.

A su turno, la Dra. Alejandra Barroso, dijo:

Por compartir los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, adhiero a los mismos. Así voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Revocar la imposición en costas de primera instancia, las que se encuentran a cargo del demandado, conforme lo considerado (art. 68 CPCyC).

II.- Costas de esta instancia en el orden causado (art. 68 segunda parte del CPCyC).

III.- Regular los honorarios de las Dras. … y …, por su actuación en la Alzada como patrocinantes de la actora, en una suma equivalente a cuatro (4) JUS a cada una (cfr. arts. 9 y 15 L.A.). Los honorarios se abonarán al valor del JUS vigente al momento de adquirir firmeza la resolución.

IV.- Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan las actuaciones a origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dra. Alejandra Barroso

Registro de Sentencias Definitivas N°: 20/2015

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

**"LECCHI PAOLA CELESTE C/ WYSZYNSKI GUSTAVO GASTON S/ ACCION DE NULIDAD"** - 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.: 16460/2004) – Acuerdo: 26/15 – Fecha: 22/05/2015

DERECHO CIVIL: CESION DE DERECHOS.

ACCION DE NULIDAD. MONTO DE CONDENA. VALOR DE LAS ACCIONES. QUANTIFICACION. PAUTAS.

1.- En los supuestos en que el sentenciante se vea obligado a aplicar la normativa aludida -art. 165 último apartado del Código Procesal- , es decir cuando le competa fijar el monto del asunto, debe hacerlo prudencialmente cuidando y, evitando, incurrir en el extremo del exceso –de modo de apartar la posibilidad de que el quantum constituya una ganancia indebida- y en el extremo del defecto –de modo de no establecer una cuantía irrisoria- que desnaturalice el alcance de la pretensión debida al acreedor por el sujeto que tiene a su cargo la cancelación.

2.- Cabe confirmar la sentencia de la instancia de origen toda vez que conforme el objeto de la litis -nulidad de los contratos de cesión y devolución del 50% ganancial de los bienes base de dichas contrataciones-, el sentenciante a fin de establecer el quantum o monto del capital que el accionado tiene obligación de reintegrar a la actora a raíz de haberse decretado la nulidad del contrato de cesión de acciones sociales (...) tuvo presente el activo y pasivo de la sociedad, [...], y no solo el activo de la misma como lo alega el quejoso en sus agravios. La circunstancia aludida –tomar como base para la fijación del monto el activo y pasivo de la sociedad- resulta suficiente, a mi entender, para concluir que el judicante ha realizado un uso prudente de la discrecionalidad que emana de las disposiciones del art. 165 del Código Procesal, máxime si se tiene presente que la suma establecida (U$$ 10.000 al valor de dólar estadounidense al 6 de noviembre de 2002 ($ 3,57) no resulta prima facie irrazonable o inequitativa a la luz del monto de la operación anulada.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los veintidós (22) días del mes de mayo del año 2015, se reúne en Acuerdo la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctores María Julia Barrese y Pablo G. Furlotti, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Victoria P. Boglio, para dictar sentencia en estos autos caratulados: "LECCHI PAOLA CELESTE C/ WYSZYNSKI GUSTAVO GASTON S/ ACCION DE NULIDAD", (Expte. Nro.: 16460, Año: 2004), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la IV Circunscripción Judicial.

De acuerdo al orden de votos sorteado, el Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

I.- Contra la sentencia definitiva dictada a fs. 488/498vta. que decreta la nulidad de los contratos de cesión celebrados entre las partes el día 6 de noviembre de 2002 y admite parcialmente la demanda ordenando la devolución del 50% del valor de los bienes transferidos, el demandado interpone a fs. 502 recurso de apelación.

II.- Recibidos los autos en esta Alzada y puestos los mismos a disposición por el término de ley, a fs. 508/509 el apelante expresa agravios.

En primer término el quejoso cuestiona que la determinación del monto por el cual prospera la acción es arbitraria toda vez que el mismo se fijó sobre el activo y no se tuvo en cuenta que al momento de formalizarse los acuerdos que el pronunciamiento anula, existía un pasivo del cual se hizo cargo en su totalidad.

Expresa que teniendo presente los indicios y reconocimiento tomados en cuenta por el sentenciante para la determinación del 50% del valor los bienes transferidos, el mismo alcanzaría a la suma de U$S 5.000 y no de U$S 10.000 establecidos en la sentencia que critica, máxime si se tiene en cuenta que en la decisión en crisis se estableció que lo intereses deben ser calculados desde la fecha que se celebró la cesión y se produjo la disolución de la sociedad conyugal.

Indica que si se toma en consideración la fecha en la que se produjo la disolución de la sociedad conyugal debe reconocerse, al establecer el valor de los bienes a transferir, todo el pasivo que la misma tenía toda vez que de lo contrario, se provocaría un enriquecimiento indebido.

Manifiesta que ante la omisión de la actora de probar el valor de los bienes, el sentenciante ejerció la facultad prevista por el art. 165 del ordenamiento procesal y si bien fue prudente en fijar el importe a devolver, cierto es que no dio la fundamentación que requiere la norma, circunstancia esta que lo torna arbitrario.

En otro punto se queja por la condena de la suma de pesos diez mil ($ 10.000,00) por la participación ganancial de la actora en el emprendimiento comercial "Instituto CHAB". Expresa que el magistrado no ha podido fundamentar esta valorización porque ha equivocado la interpretación de la licencia única de servicios de telecomunicaciones -que fue el objeto del pedido de nulidad de la cesión-, con la licencia comercial "Chab" que no se reclamó en la demanda porque la actora reconoció que sólo tenía deuda.

Cita jurisprudencia y solicita se revoque la sentencia en la parte impugnada, con costas.

III.- Corrido que fuera el pertinente traslado de ley, la actora contesta a fs. 513/518 y vta. la expresión de agravios.

Sostiene que los agravios de la contraparte no tienen entidad suficiente para conmover el decisorio recurrido, por lo que el recurso debería ser declarado desierto.

A continuación, rechaza los fundamentos en que basa su queja el accionado.

Considera que el señor juez a quo no se ha excedido en modo alguno ni ha sido arbitrario y no ha otorgado una suma exorbitante en comparación con los bienes objeto de las cesiones anuladas. Que el apelante consintió las nulidades decretadas en la sentencia en crisis, por lo que solicita se mantenga la misma en todas sus partes.

IV.- A) Liminarmente y no sólo por haberlo planteado la parte apelada al contestar los agravios, sino en uso de la facultades conferidas a este Tribunal como Juez del recurso, que puede ser ejercida aún de oficio, corresponde examinar si el memorial de agravios reúne los requisitos formales de habilidad exigidos por el art. 265 del Código Procesal.

En ese cometido y atendiendo a la gravedad con que el art. 266 del ordenamiento de rito sanciona las falencia del escrito recursivo, considero que habiendo expresado el recurrente mínimamente la razón de su disconformidad con la decisión adoptada, las críticas efectuadas habilitan el análisis de la materia sometida a revisión.

Ello así, en razón de que no debe desmerecerse el escrito recursivo, si llena su finalidad, aunque lo haga con estrechez o bordeando los límites técnicos tolerables. En ese entendimiento concluyo que el recuro en análisis debe ser examinado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272-225, etc.), en mérito a lo cual no seguiré al recurrente en todos y cada una de sus fundamentos sino solo en aquellos que sean conducentes para decidir el presente litigio. En otras palabras, se considerarán los hechos jurídicamente relevantes (cfr. Aragoneses Alonso "Proceso y Derecho Procesal", Aguilar, Madrid, 1960, pág. 971, párrafo 1527), o singularmente trascendentes (cfr. Calamandrei "La génesis lógica de la sentencia civil", en "Estudios sobre el proceso civil", págs. 369 y ss.).

Estimo conveniente destacar que el juzgador no posee obligación de ponderar en su sentencia todas las pruebas colectadas en la causa, sino solo aquellas que entienda, según su criterio, pertinentes y útiles para formar en su ánimo

la convicción necesaria para proporcionar fundamentos suficientes a su pronunciamiento. En tal sentido, el Alto Tribunal de la Nación sostuvo que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino solo aquellas que estimen conducentes para fundar su decisión (CS, Fallos, 274:113; 280:320; entre otros), ni deben imperativamente, tratar todas las cuestiones expuestas o elementos utilizados que a su juicio no sean decisivos (Fallos, 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 308:2172; 310:267; entre muchos otros), motivo por el cual la ausencia de consideración concreta de alguna de ellas no significa falta de valoración sino la insuficiencia de aptitud convictiva del elemento de prueba o del argumento como para hacer variar el alcance de la decisión.

B) 1.- Ingresando al estudio de las quejas intentadas, las cuales trataré en forma conjunta debido a que las mismas giran en torno al quantum establecido por el sentenciante en la decisión puesta en crisis, cabe recordar que el art. 165 último apartado del Código Procesal obliga al juzgador a fijar el importe del capital aunque el mismo no estuviere acreditado en los casos en que la existencia del crédito se encuentra legalmente comprobada.

En los supuestos en que el sentenciante se vea obligado a aplicar la normativa aludida, es decir cuando le competa fijar el monto del asunto, debe hacerlo prudencialmente cuidando y, evitando, incurrir en el extremo del exceso –de modo de apartar la posibilidad de que el quantum constituya una ganancia indebida- y en el extremo del defecto –de modo de no establecer una cuantía irrisoria- que desnaturalice el alcance de la pretensión debida al acreedor por el sujeto que tiene a su cargo la cancelación.

En tal sentido se ha expresado "En la hipótesis prevista por el art. 165 in fine del Código Procesal, el órgano jurisdiccional, a quien le compete la dificultosa y delicada tarea de fijar el monto indemnizatorio, sólo debe cuidar y, evitar, incurrir en el extremo del exceso –de modo de apartar la posibilidad de que la indemnización constituya un rédito o ganancia para el sujeto dañado- y en el extremo del defecto –de modo de no establecer una indemnización irrisoria-, que desnaturalice el sentido y alcance de la reparación debida al dañado por el sujeto responsable de tal daño. Entre ambos extremos el tribunal ha de actuar sobre la base de una prudente discrecionalidad…" (cfr. CNCom., Sala D, 28-11-95, Lexis Nro. 11/25244, con disidencia voto Dr. Alberti).

2.- En la sentencia puesta en crisis –la cual decide la nulidad de los contratos de cesión suscriptos entre los litigantes en el mes de noviembre de 2002 (extremo que llega firme a esta Alzada)- surge en forma expresa que el judicante al fijar el monto de la cuantía reclamada en concepto de devolución del 50% ganancial de las acciones clase A y B objeto del contrato obrante a fs. 1/5 toma como parámetros, ante la falta de acreditación por parte de la accionante del valor real de las mismas, indicios que resultan de los medios probatorios producidos en autos, los reconocimientos efectuados por las partes en los escritos postulatorios, el pasivo de la sociedad reconocido por ambas partes y lo que resulta de la documental agregada a fs. 39/43.

El extremo apuntando me permite vislumbrar, conforme el objeto de la litis -nulidad de los contratos de cesión y devolución del 50% ganancial de los bienes base de dichas contrataciones-, que el sentenciante a fin de establecer el quantum o monto del capital que el accionado tiene obligación de reintegrar a la actora a raíz de haberse decretado la nulidad del contrato de cesión de acciones sociales obrante a fs. 1/5 tuvo presente el activo y pasivo de la sociedad, como bien se pone de resalto en la decisión puesta en crisis, y no solo el activo de la misma como lo alega el quejoso en sus agravios.

La circunstancia aludida –tomar como base para la fijación del monto el activo y pasivo de la sociedad- resulta suficiente, a mi entender, para concluir que el judicante ha realizado un uso prudente de la discrecionalidad que emana de las disposiciones del art. 165 del Código Procesal, máxime si se tiene presente que la suma establecida (U$$ 10.000 al valor de dólar estadounidense al 6 de noviembre de 2002 ($ 3,57) no resulta prima facie irrazonable o inequitativa a la luz del monto de la operación anulada.

3.- En relación a la valuación del 50% ganancial por la cesión de derechos de licencia del servicio de telecomunicaciones (cfr. contrato de fs. 6/9) considero que no aparece como irrazonable en el marco de las disposiciones del art. 165 del C.P.C. y C., como lo alega el recurrente en sus agravios, atento la descripción de servicios que surge de la cláusula segunda de la contratación anulada, el valor del costo de tramitación informado por la Comisión Nacional de Comunicaciones a fs. 247 y la falta de alegación por parte del accionado, al momento de

contestar la demanda, que la cesión anulada no importaba la transferencia de la licencia comercial del instituto Chab, máxime teniendo presente –como bien se pone de resalto en el pronunciamiento cuestionado- que en el legajo no obra elemento probatorio alguno que acredite en forma fehaciente el valor del bien en juego.

4.- En atención a los argumentos esgrimidos y toda vez que considero –reitero- que el Sr. Juez A quo ha actuado con prudente discrecionalidad al momento de cuantificar el monto reclamado en concepto de devolución del 50% ganancial de los bienes objeto de los contratos base de la presente acción, entiendo que la suma fijada en la decisión en crisis resulta justa y equitativa, en los términos del art. 165 del código ritual.

V.- Por los fundamentos expuestos en el apartado que antecede, normativa y jurisprudencia allí citada considero que corresponde, lo que así propongo al

Acuerdo, rechazar el recurso de apelación intentado por la parte demandada y, consecuentemente, confirmar la sentencia de primera instancia en todo aquello que ha sido materia de agravio para el recurrente.

VI.- Atento a la forma en la que propicio sea resulto el tema traído a consideración de este Tribunal, estimo que las costas de segunda instancia deben ser impuestas al accionado recurrente en su carácter de vencido conforme el principio objetivo de la derrota (cfr. art. 68 del C.P.C. y C.).

VII.- Respecto a los honorarios de Alzada cabe diferir su regulación hasta el momento en que se encuentre establecida la base regulatoria y se hayan fijado los emolumentos profesionales en la instancia de origen.

En definitiva, de compartirse mi voto correspondería: a) Rechazar el recurso de apelación intentado por la parte demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia en todo aquello que ha sido materia de agravio para el accionado recurrente; b) Imponer las costas de Alzada al quejoso, en su carácter de objetivamente vencido (art. 68 del C.P.C. y C.); y c) Diferir la regulación de honorarios de segunda instancia hasta el momento en que se encuentre establecida la base regulatoria y se hayan fijado los estipendios profesionales de primera instancia. Mi voto.

A su turno, la Dra. María Julia Barrese, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por el vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto. Así voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación intentado por la parte demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia en todo aquello que ha sido materia de agravio para el accionado recurrente.

II.- Imponer las costas de Alzada al quejoso, en su carácter de objetivamente vencido (art. 68 del C.P.C. y C.).

III.- Diferir la regulación de honorarios de segunda instancia hasta el momento en que se encuentre establecida la base regulatoria y se hayan fijado los estipendios profesionales de primera instancia.

IV.- Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan las actuaciones a origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Sentencias Definitivas N°: 26/2015

Dra. Victoria P. Boglio – Secretaria

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

**"DE LEONE GUILLERMO NESTOR C/ BASSO JUAN JOSE S/ DISOLUCION Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD"**

- 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.: 25968/2010) – Acuerdo: 31/15 – Fecha: 10/06/2015

DERECHO COMERCIAL: Sociedades comerciales.

SOCIEDAD DE HECHO. ASESORAMIENTO CONTABLE. DISOLUCION Y LIQUIDACION DE SOCIEDADES. RECLAMO DE CREDITOS. HONORARIOS PENDIENTES. DAÑOS POR PERDIDA DE CLIENTELA. APORTES DE CAPITAL. MUEBLES. PRUEBA. VALORACION DE LA PRUEBA.

1.- En lo concerniente a la liquidación de los honorarios pendientes que no fueron distribuidos, la sentencia de la instancia de grado determina que no existe saldo a favor de la parte actora (única apelante). Ello así, tengo en cuenta que en sus conclusiones el perito afirmó que no se puede obtener un saldo válido, considerando la modalidad de facturación y cobro, dado que se acompañaron numerosas facturas y escasos recibos, siendo éstos últimos los que demostrarían el efectivo cobro de las sumas facturadas. Sin embargo, también afirmó (...) que dentro de los usos y costumbres en la profesión (contador), muchas veces la entrega de la factura se realiza al momento de percibir los honorarios, sin la emisión de un recibo, y que sería inexacto calcular un monto teniendo en cuenta sólo los recibos, circunstancia que ejemplifica en su pericia adecuadamente (...).

2.- En orden a los daños que se reclaman por la pérdida de clientes que se retiraron del estudio con motivo de la retención de la documentación por parte del demandado, considero igualmente que dicho extremo no ha sido acreditado de ninguna manera. [...] De las declaraciones testimoniales rendidas en autos, si bien surge que el demandado habría retenido documentación de los testigos, quienes eran clientes del estudio, sin embargo no se acreditó, concretamente, el factor de atribución de la responsabilidad civil, la relación adecuada de causalidad y diría también que ni los daños, que pudieren hacer procedente la reparación. Ello en tanto no se ha demostrado que, la retención indebida de dicha documentación fuera la causa de la pérdida del cliente, por el contrario, la mayoría de los testigos afirmaron que continuaron como clientes del actor, es decir, no se demostró la pérdida de esos clientes por culpa del demandado o como consecuencia de una conducta indebida.

3.- En lo que respecta al reclamo de aportes de capital (muebles), la sentencia funda su rechazo en la falta de prueba al respecto, circunstancia que no ha sido motivo de crítica alguna por el apelante, que ni menciona este aspecto del reclamo en su expresión de agravios, lo cual me impide ingresar en su análisis.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de Zapala, Provincia del Neuquén, a los diez (10) días del mes de Junio del año 2015, se reúne en Acuerdo la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctoras Alejandra Barroso y Gabriela B. Calaccio, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Norma Alicia Fuentes, para dictar sentencia en estos autos caratulados: "DE LEONE GUILLERMO NESTOR C/ BASSO JUAN JOSE S/ DISOLUCION Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD", (Expte. Nro.: 25968, Año: 2010), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. Alejandra Barroso, dijo:

1. Llegan los autos a esta instancia por recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fs. 319), contra la sentencia de fecha 14 de octubre de 2014 (fs. 298/308) que rechaza la demanda interpuesta por disolución y liquidación de sociedad de hecho, así como la reconvención e impone costas.

La recurrente expresa agravios conforme resulta del escrito obrante a fs. 327/332 vta., el que no merece respuesta.

2. Luego de algunas consideraciones con respecto a la reconvención deducida por el demandado, decisión que llega firme a esta instancia por no haber sido motivo de cuestionamientos, la actora recurrente se introduce concretamente en la crítica de la sentencia en orden al rechazo de su pretensión.

Se agravia, en tanto se desestima su reclamo por honorarios pendientes y no percibidos al momento de la disolución de la sociedad de hecho, lo cual, sostiene, no se condice con las pruebas rendidas, incluyendo la pericial.

Alega que, indebidamente, se ha dado valor a otras pruebas, como los informes de los colegios profesionales de CABA y de Neuquén, así como también considera que se han tergiversado las declaraciones de los testigos, quienes han declarado y fueron concordantes sobre la retención de documentación por parte del demandado y los problemas que causó a varios clientes, siendo inexacto que sus dichos resulten imprecisos e indeterminados.

Afirma que tanto la documental como la pericia contable corrobora su postura y consecuentemente, se han demostrado los hechos alegados en debida forma.

Transcribe parcialmente las declaraciones de los testigos Pizzi (fs. 247/248), Larralde (fs. 249) y hace referencia al testimonio a Abuamscha (fs. 215).

Señala también la conclusión de la pericia contable, en tanto en esta se determina que "la compensación por pérdida de clientes a la fecha de presentación de la demanda ascendería a $ 53.100", ello en función de calcular el 50% de los honorarios percibidos proyectados en los meses siguientes desde la disolución de la sociedad y hasta el inicio de la demanda.

Entiende que no se han considerado los cobros de honorarios con facturas, cuyo detalle realizara el perito contador, siendo que es habitual que los servicios se facturen al momento del efectivo pago, no existiendo, en general, recibo.

Finaliza enarbolando la actitud reticente del demandado, conducta que entiende debe ser valorada en esta instancia.

Realiza otras consideraciones, a las que me remito en honor a la brevedad, y solicita se revoque la sentencia apelada en lo que ha sido motivo de agravios, con costas en ambas instancias, y por sendas pretensiones, al demandado reconviniente.

3. En forma preliminar señalo que considero que la queja traída cumple, aunque mínimamente, con la exigencia legal del art. 265 del C.P.C.C.

En esta cuestión, y conforme ya lo he expresado en anteriores precedentes, la jurisprudencia sostiene que: "…Este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 265 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional. De allí entonces que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada

a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto. Ahora bien, no obstante tal amplitud en la apreciación de la técnica recursiva, existe un mínimo por debajo del cual las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como agravios en el sentido que exige la ley de forma, no resultando legalmente viable discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista (conf. C. N. Civ., esta Sala, Expte. Nº 70.098/98 "Agrozonda S. A. c/Jara de Perazzo, Susana Ventura y otros s/escrituración" y Expte. Nº 60.974/99 "Agrozonda S. A. c/Santurbide S. A. y otros s/daños y perjuicios" del 14/8/09; Idem., id., Expte. Nº 43.055/99, "Vivanco, Ángela Beatriz c/Erguy, Marisa Beatriz y otros s/daños y perjuicios" del 21/12/09)….(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, "Scott, Sonia Lorena c/ Guerra Cruz, Angelina s/daños y perjuicios", 27/10/2011, Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/67333/2011)".

He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica).

También puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir al apelante en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimentes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean.

4. En forma preliminar efectuaré algunas breves consideraciones con motivo de la sentencia que viene recurrida.

En primer lugar, advierto que, tratándose el presente de una pretensión de disolución y liquidación de sociedad de hecho, sin embargo, la parte dispositiva de la sentencia en crisis omite decidir con respecto a la pretensión disolutiva (fs. 306, Punto I del fallo), a pesar de tener por acreditada la existencia de la S.H., que no fuera controvertida, y fijar su fecha de inicio.

En este sentido se afirma que, en la acción de disolución de una sociedad de hecho: "La sentencia respectiva tiene las características propias de una sentencia declarativa, en cuanto declara que se ha producido, con su causa generadora, la extinción de un ente de derecho… la sentencia que declara disuelta la sociedad no constituida regularmente no importa condena para ninguna de las partes. Esta circunstancia torna improcedente el rechazo de la acción de disolución, cuando se ha comprobado la existencia de los extremos legales requeridos por el legislador" (Nissen, Ricardo Augusto; "Sociedades irregulares y de hecho", pág. 156).

Se ha expresado jurisprudencialmente: "La liquidación es una consecuencia necesaria de la disolución, salvo en supuestos especiales como los de fusión o quiebra. De modo que cuando se produce la disolución, la vida societaria concluye al finalizar la liquidación que es el efecto inmediato de aquélla. La pretensión de disolución y liquidación de la sociedad de hecho que integraban actor y demandado, contenida en la demanda, no puede ser escindida, tal como lo pretende el apelante, porque la pretensión de disolución lleva ínsita su consecuencia implícita que es la de liquidación del ente societario. Ahora bien, la sociedad de hecho se disuelve cuando cualquiera de los socios comunique fehacientemente a sus consocios su decisión de disolver (conf. art. 22, ley 19.550) por lo que la sentencia declarando la disolución tiene el carácter de sentencia declarativa, es decir declara que se ha producido, con su causa generadora (decisión de disolver manifestada por un socio y conocida fehacientemente por el otro), la extinción del ente societario. Ello así la sentencia no podría rechazar la acción de disolución y tampoco importa condena para ninguna de las partes, a menos que la pretensión de liquidación contenida en la de disolución haya sido resistida o cuestionada por alguna de ellas…" (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2ª Nominación de Córdoba, 5/5/1998, "Le Vraux, Luis E y otra c/ Carosotto, Domingo L.", La Ley 2000-A, 562-LLC1999, 1292, la ley on line).

Pese a esta omisión, que no puedo dejar de destacar aún cuando no ha sido motivo de agravios, debo entender que la disolución de la sociedad de hecho resulta implícita, atendiendo a lo desarrollado por el sentenciante en los considerandos (fs. 302, cuarto párrafo).

En este sentido se ha expresado: "1. El hecho de que los jueces no se pronuncien en forma expresa acerca de una determinada cuestión no constituye una anomalía susceptible de afectar la validez del pronunciamiento, siempre que del contexto general de la decisión surja que dicha cuestión ha sido resuelta en forma implícita. 2. El pronunciamiento

que luego de declarar la existencia de una sociedad de hecho, dispone su liquidación fijando en consecuencia las bases para ello, importa una decisión implícita acerca de la declaración de disolución de dicha sociedad, por aplicación de las prescripciones del art. 50 del Cód. Civil…." (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes (STCorrientes), 30/7/97, "M.D.S., T. c/ A., T.", LLLitoral 1997, 897, la ley on line).

En este aspecto: "La fecha de la disolución de la sociedad debe retrotraerse al día en que tuvo lugar la causa generadora, entendiéndose por tal sólo la recepción por los restantes consocios de la manifestación de voluntad del socio disolvente en tal sentido" (Nissen, Ricardo Augusto; Sociedades irregulares y de hecho, pág. 156).

Si bien tengo en cuenta que estas cuestiones no fueron motivo de agravio, lo destaco a fin de poder ingresar a la crítica del recurrente en orden al rechazo de su pretensión, siendo que la disolución es el presupuesto lógico para ingresar a la etapa liquidatoria.

En este sentido: "…dentro del derecho continental se registra la misma estructura de nuestra ley de sociedades: disolución y liquidación…" (Richard, Efraín Hugo y Muiño, Orlando Manuel; "Derecho societario", Tomo 1, pág. 360).

La liquidación de una sociedad es un procedimiento, un medio, para que los bienes de la sociedad pasen proporcionalmente al patrimonio de cada uno de los socios en la medida del remanente que arroje la realización del activo y cancelación del pasivo, es decir, el balance, y en este sentido es intrínseca a la disolución (conf. Zunino, Jorge; "Sociedades Comerciales, Disolución y liquidación", Tomo 2, pág. 247/248 y sig.). Algunos autores consideran que, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, podría no ser necesario ceñirse estrictamente al procedimiento legal, mientras que otros estiman que el trámite legal de liquidación protege el interés de los terceros, el individual de los socios y hasta el interés público.

En el caso, no se ha dispuesto ingresar a la etapa liquidatoria que concluiría con la extinción de la sociedad como sujeto de derecho, incluso en las S.H., siendo que la materia fue debatida durante el transcurso del proceso al que se le imprimiera trámite de procedimiento ordinario, concluyendo en la sentencia con el "rechazo de la demanda por liquidación de sociedad de hecho", que, en el presente caso, atendiendo a sus particularidades, entiendo que para ser precisos técnicamente, en realidad se dispuso el rechazo de los créditos reclamados por el actor.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, la crítica del recurrente se funda exclusivamente en un cuestionamiento a la valoración de la prueba, y consecuentemente, debo atenerme a los términos de la expresión de agravios.

5. Sentado lo anterior, he de adelantar que la queja del recurrente no ha de merecer favorable acogida en este voto, dando mis razones.

a) Se inician estas actuaciones por demanda impetrada por la hoy recurrente quien pretende la disolución y liquidación de la S.H. que conformaba con el demandado.

En estos términos, afirmó que la sociedad se formó a partir del mes de julio de 2004, que las partes prestaban asesoramiento contable a empresas y particulares y que participaban de las ganancias y pérdidas de manera igualitaria.

Manifiesta que el día 15 de abril de 2015 decidió terminar con dicha sociedad, retirándose de la oficina que compartían, dejando su parte correspondiente a muebles y honorarios a percibir a esa fecha.

Reclama puntualmente: honorarios pendientes a la fecha de la disolución; daños por la pérdida de clientes que se retiraron de su nuevo estudio unipersonal debido a la falta de restitución de documentación por parte del demandado y bienes muebles aportados a la sociedad por esa parte.

Llega firme a esta instancia, por no haber sido motivo de agravios, la existencia de la sociedad que conformaron las partes, tampoco controvertida; que la misma se inició en el mes de julio de 2004 y fue disuelta el día 15 de abril de 2007, extremo este último tampoco controvertido, participando los socios en las ganancias y pérdidas por partes iguales.

En lo que resulta pertinente a la queja, la sentencia funda el rechazo de la pretensión liquidatoria de la actora en la orfandad probatoria que resulta de autos.

b) Para el análisis, desarrollaré en forma separada los reclamos del actor y la prueba de los mismos, ateniéndome a los que han sido motivo de agravio.

1) Con relación a la liquidación de honorarios pendientes al 15 de abril de 2007 y que no hubieran sido distribuidos, la sentencia determina que no existe saldo a favor de la parte actora (única apelante), fijando que, de conformidad con la pericia contable realizada en autos resulta que el actor habría percibido la suma de $ 44.726,00 mientras que el demandado habría percibido la suma de $ 30.496,00 (conf. fs. 149/151 y fs. 208vta./209vta.), conforme las facturas y recibos detallados en la pericial contable que no fuera motivo de impugnación.

Es decir que no resulta exacto que no se hayan considerado los cobros de honorarios con facturas como afirma en su escrito recursivo.

He realizado los cálculos correspondientes y he confirmado que los guarismos son correctos, no refutando la quejosa esta circunstancia y no encontrando motivos para apartarme de lo resuelto en punto a este reclamo, en tanto se sostiene que no se ha acreditado saldo a favor del actor, sino sólo un aparente saldo a favor del demandado.

Tengo en cuenta que en sus conclusiones el perito afirmó que no se puede obtener un saldo válido, considerando la modalidad de facturación y cobro, dado que se acompañaron numerosas facturas y escasos recibos, siendo éstos últimos los que demostrarían el efectivo cobro de las sumas facturadas.

Sin embargo, también afirmó (fs. 210 vta.) que dentro de los usos y costumbres en la profesión (contador), muchas veces la entrega de la factura se realiza al momento de percibir los honorarios, sin la emisión de un recibo, y que sería inexacto calcular un monto teniendo en cuenta sólo los recibos, circunstancia que ejemplifica en su pericia adecuadamente (fs. 210 vta./211).

Estas conclusiones periciales no fueron oportunamente impugnadas por las partes, como dije, ni motivo de pedido de aclaración, ni tampoco se han refutado adecuadamente estos argumentos en la expresión de agravios, y encuentro ajustado a las constancias de la causa el fundamento del a quo en tanto afirma que no existe prueba que demuestre el presupuesto de hecho afirmado en la demanda, es decir que exista saldo a su favor que reclamar por honorarios pendientes, debiendo confirmarse en este aspecto.

2) En orden a los daños que se reclaman por la pérdida de clientes que se retiraron del estudio con motivo de la retención de la documentación por parte del demandado, considero igualmente que dicho extremo no ha sido acreditado de ninguna manera.

En este sentido, resulta correcta la afirmación del a quo en tanto entiende que de las declaraciones de los testigos no surgen elementos relevantes en orden a los extremos a acreditar.

De las declaraciones testimoniales rendidas en autos, si bien surge que el demandado habría retenido documentación de los testigos, quienes eran clientes del estudio, sin embargo no se acreditó, concretamente, el factor de atribución de la responsabilidad civil, la relación adecuada de causalidad y diría también que ni los daños, que pudieren hacer procedente la reparación. Ello en tanto no se ha demostrado que, la retención indebida de dicha documentación fuera la causa de la pérdida del cliente, por el contrario, la mayoría de los testigos afirmaron que continuaron como clientes del actor, es decir, no se demostró la pérdida de esos clientes por culpa del demandado o como consecuencia de una conducta indebida.

Así, el testigo Abuamscha (fs. 215), si bien declara que quedó una documentación en el estudio que no pudieron rescatar, afirma, sin embargo, que continuó como cliente del actor y que después cerró el comercio (respuesta a la Séptima pregunta).

De la declaración del testigo Sisti (fs. 233), resulta que éste continuó como cliente del actor.

De la declaración del testigo Pizzi (fs. 247/248) surge que éste también continuó siendo cliente del actor luego de disolverse la sociedad (respuesta a la tercera y cuarta pregunta); destaco también que señaló que pasó a ser cliente de un estudio contable de Buenos Aires, pero expresa que fue porque la empresa tributa en esa jurisdicción; asimismo, si bien afirmó que no se le entregó la documentación por parte del demandado y que se llevaba mal con la esposa de éste, no resulta de su declaración que éstos sean los motivos que lo llevaron a dejar de ser cliente del estudio, por el contrario, como dije, afirmó que continuó siendo cliente del actor.

En el mismo sentido, el testigo Larralde (fs. 249), si bien afirmó haber tenido problemas con el demandado, sin embargo también resulta de su declaración que, aunque la documentación fue retenida por el Sr. Basso, el testigo continuó siendo cliente de De Leone y que dejó de ser cliente porque culminó su actividad comercial.

De las declaraciones testimoniales, surge que los clientes tuvieron algunos inconvenientes con el demandado y que éste retuvo la documentación en el estudio, sin embargo, de sus dichos no se desprende que esta circunstancia haya sido motivo para dejar de concurrir al estudio del actor, por el contrario, continuaron con éste en su estudio individual luego de la disolución y, en los casos en que dejaron de concurrir, fue por motivos ajenos al demandado.

No habiéndose acreditado el hecho en el cual el actor fundamentó su reclamo de daños por pérdida de clientes por culpa del demandado, resulta irrelevante valorar los cálculos realizados por el perito contador, en tanto el monto al que arriba está sujeto a que se acrediten los presupuestos de la procedencia de la responsabilidad.

En estos términos, la valoración del a quo resulta correcta, por lo cual igualmente corresponde se confirme la decisión en este aspecto.

c) En lo que respecta al reclamo de aportes de capital (muebles), la sentencia funda su rechazo en la falta de prueba al respecto, circunstancia que no ha sido motivo de crítica alguna por el apelante, que ni menciona este aspecto del reclamo en su expresión de agravios, lo cual me impide ingresar en su análisis.

6. Por todo lo expuesto, he de proponer al Acuerdo: 1) Se confirme la sentencia apelada en todo lo que ha sido motivo de agravios; 2) Las costas de esta instancia cabe imponerlas al apelante en su condición de vencido (art. 68 del C.P.C.C); 3) Corresponde proceder a regular honorarios de Alzada de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 de la LA y sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 20 de la misma normativa modificado por ley 2933 atento llegar firmes la base regulatoria considerada y los estipendios fijados en la instancia de grado por la demanda (apartado III del fallo). Mi voto.

A su turno, la Dra. Gabriela B. Calaccio, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto. Mi voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia apelada en todo lo que ha sido motivo de agravios.

II.- Costas de esta instancia cabe imponerlas al apelante en su condición de vencido (art. 68 del C.P.C.C).

III.- Regular los honorarios de Alzada de la Dra. ..., por su actuación en el doble carácter por la actora, de conformidad con los estipendios fijados en la instancia de grado por la demanda (apartado III del fallo), lo dispuesto por el art. 15 de la LA y sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 20 de la misma normativa modificado por ley 2933 atento llegar firmes la base regulatoria considerada; en la suma de Pesos Un Mil Doscientos Cincuenta y Cuatro ($ 1.254.-).

IV.- Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan las actuaciones a origen.

Dra. Alejandra Barroso - Dra. Gabriela B. Calaccio

Registro de Sentencias Definitivas N°: 31/2015

Dra. Norma Alicia Fuentes - Secretaria

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

**"DEFENSORA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE DE CUTRAL CO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ AMPARO"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral,

Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 66940/2014) – Scuerdo: 21/15 – Fecha: 14/08/2015

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

LEY DE PROTECCION INTEGRAL DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. EQUIPO INTERDISCIPLINARIO. INTEGRACION. CUESTION POLITICA. CUESTION NO JUSTICIABLE. DIVISION DE PODERES. PODER EJECUTIVO. FACULTADES DISCRECIONALES. OMISIONES. CONTROL JUDICIAL. INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION. DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA. PRUEBA. VALORACION DE LA PRUEBA.

1.- Cabe confirmar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo y en consecuencia condenó a la Provincia de Neuquén a integrar en el plazo perentorio de sesenta días el equipo interdisciplinario para cumplir funciones en la Dirección de Gestión Comunitaria Región Andina Centro del Ministerio de Desarrollo Social de la provincia. Ello es así, toda vez que en este caso concreto, considero que la condena impuesta, ordenada a la obtención de un resultado u objetivo específico, y en el marco de una omisión que transgrede una obligación constitucional y legal (ley 2302), configura un caso justiciable y no constituye una "cuestión política".

2.- No ha cuestionado el recurrente -Fiscalía de Estado- la apreciación de la prueba efectuada en la sentencia, que conduce inexorablemente a la conclusión de la omisión por parte del Estado provincial del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales para con un sector de la población especialmente protegido (niños y niñas).

3.- La decisión se orienta a un resultado, sin desconocer la discrecionalidad de la administración, ordenando que cumpla un objetivo, pero sin decirle cómo, ya que los medios son ajenos a la decisión judicial. Además, no se están emitiendo valoraciones o juicios generales sobre una situación, ni disponiendo medidas de gobierno de alcance general, sino que se está decidiendo sobre un caso concreto, sobre medidas que, a criterio de la sentenciante (y de la requirente), resultarían eficaces para garantizar los derechos vulnerados.

4.- [...] considero que no existe interferencia indebida en las funciones y facultades que competen al Poder Ejecutivo Provincial, ni se han considerado situaciones que hagan a la oportunidad, mérito o conveniencia de la gestión de gobierno, razonable y objetivamente apreciadas.

5.- [...] considero que este caso particular, dado la materia sujeta juzgamiento y la obligación internacional que pesa sobre el Estado Argentino, como signatario de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño, en modo alguno la decisión adoptada en la instancia de origen y confirmada en ésta, ingresa en el tratamiento de

cuestiones no judiciales avasallando la división de poderes. La afirmación contenida en el párrafo anterior reconoce su encuadre jurídico en principios constitucionales y Pactos Internacionales, en particular el principio de la tutela judicial efectiva (arts. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica y arts. 8, 9 y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), y en este sentido considero que frente a un acto que conculque una prescripción constitucional o legal, el afectado tiene el derecho de recurrir a la justicia a fin de ser plenamente restablecido aquel derecho. (cfr. art. 18 de la CN). (Del voto de la Dra. CALACCIO).

6.- En este caso sometido a decisión existe una omisión del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones, que repercute negativamente sobre los niños/as y adolescentes en situación de vulnerabilidad. Esta cuestión puntual no fue atacada por el quejoso, y, ha quedado plenamente acreditada a través de la prueba producida a lo largo de todo el proceso. (Del voto de la Dra. CALACCIO).

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de Zapala, Provincia del Neuquén, a los catorce (14) días del mes de Agosto del año 2015, se reúne en Acuerdo la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctoras Gabriela B. Calaccio y Alejandra Barroso, para dictar sentencia en estos autos caratulados: "DEFENSORA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE DE CUTRAL CO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ AMPARO", (Expte. 66940 – año 2014) del Registro del Juzgado de Primera Instancia Civil 1, Fuero Familia, de la II Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Cutral Có.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. Alejandra Barroso dijo:

1. Llegan los autos a esta instancia por recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y expresión de agravios obrante a fs. 85/93 vta., contra la sentencia de fecha 27 de febrero de 2015 que hace lugar al amparo impetrado por la Defensoría de los Derecho del Niño y del Adolescente de la II Circunscripción Judicial condenando a la Provincia de Neuquén a integrar en el plazo perentorio de sesenta días el equipo interdisciplinario para cumplir funciones en la Dirección de Gestión Comunitaria Región Andina Centro del Ministerio de Desarrollo Social de la provincia (fs. 56/74).

La actora contesta el traslado conferido conforme surge del escrito de fs. 96/102.

2. El apelante finca su queja concretamente en dos agravios puntuales:

a) En su primer agravio sostiene la nulidad de la sentencia en crisis siendo que la Fiscalía de Estado nunca fue notificada de conformidad con lo dispuesto por los arts. 6 y 12 de la ley 1981.

Expresa que el único que fue notificado fue el Sr. Gobernador, pero nunca llegó cédula de notificación u oficio alguno al Sr. Fiscal de Estado, pese a lo esencial de dicha comunicación. Que de las constancias de autos resulta que se intentó faxear una cédula (en realidad un oficio, fs. 15/16), y se consignó "error de comunicación".

En estos términos considera que la contestación de demanda, que fuera desglosada por extemporánea, debió tenerse por presentada en forma espontánea, resultando arbitrario desglosar tal libelo por considerar notificado al Sr. Fiscal de Estado mediante un fax con error de comunicación, el que nunca llegara a destino.

Asimismo, afirma que el juzgado jamás vinculó la casilla al Sistema Dextra, lo cual impidió a esa parte tomar vista de las providencias en las mismas condiciones que la contraria.

Destaca que esta es la única oportunidad procesal con la que cuenta para impugnar el vicio que denuncia, conforme art. 23 de la ley 1981, siendo que lo único impugnable es la sentencia mediante recurso de apelación.

Alega como fundamento la violación del debido proceso y de su derecho de defensa en juicio, con cita textual del art. 6 de la citada normativa, de donde surge que la notificación de la demanda debió ser cursada al domicilio real de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Neuquén, sito en calle Alvear 191 de la ciudad de Neuquén. Afirma que el único que fue notificado en debida forma fue el Sr. Gobernador, y nunca llegó cédula de notificación u oficio al Sr. Fiscal de Estado, pese a lo esencial de dicha comunicación de lo cual colige que, la contestación de demanda oportunamente presentada fue espontánea, de buena fe y en colaboración con la celeridad y entidad de la causa, en tiempo y forma, resultando arbitrario desglosar tal libelo del expediente por considerar notificado al Sr. Fiscal de Estado mediante un "fax con error de comunicación", transgrediendo las normas procesales de notificación de demanda y omitiendo considerar los argumentos vertidos por esa parte, teniendo por no contestada la demanda e incurriendo en un exceso ritual manifiesto en violación a su derecho de defensa.

Por estas razones solicita se revoque la sentencia apelada.

b) En su segundo agravio plantea que la decisión ingresa en un área reservada a las facultades del PE provincial, violando el sistema republicando de gobierno, estableciendo detalles de políticas públicas que son facultades exclusivas del Ministerio de Desarrollo Social, ingresando en el área de discrecionalidad del Ejecutivo Provincial.

Afirma que no es judiciable establecer que debe residir un equipo interdisciplinario en la ciudad de Cutral Co, porque podría ocurrir que el Ministerio de Desarrollo Social abordara los casos desde la ciudad de Neuquén con su equipo existente, tal y como se expresara en la contestación de demanda que se desglosara.

Considera que, existiendo un equipo interdisciplinario, vacantes y más profesionales seleccionados para ser designados, con más el apoyo del equipo de Sede Central, es imposible plantear que existe una omisión arbitraria e ilegal como describió la amparista.

Entiende que la defensoría exigió profesionales sin fundamento legal, en tanto conforme resulta del art. 29 de la ley 2302 y su reglamentación, dicha implementación queda en el marco de competencias exclusivas del PE, por ende, cómo cumplir el objetivo de garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes, queda en el marco de reserva que no está sujeto a control jurisdiccional.

Seguidamente, reproduce el escrito de contestación de demanda que fuera desglosado.

Realiza otras consideraciones, cita jurisprudencia que hace a su derecho y solicita se revoque la sentencia apelada en lo que ha sido motivo de agravios, teniéndose por presentada en tiempo y forma la contestación de demanda y el informe circunstanciado requerido y la documental acompañada.

3. a) Al contestar el traslado conferido, la actora en primer lugar, sostiene que el recurso ha sido mal concedido considerando que la Fiscalía de Estado ha quedado notificada de la sentencia a través de su apoderada Dra. González conforme resulta de la constancia de fs. 82, por lo que, encontrándose uno de los apoderados debidamente notificado con fecha 2 de marzo de 2015, la sentencia se encuentra firme y consentida.

Entiende que la notificación al Dr. Diez, en todo caso correspondía a los fines de la regulación de los honorarios profesionales a él regulados.

Por estas razones, solicita en primer término se declare mal concedido el recurso de apelación por resultar extemporáneo y se disponga la remisión al origen a fin de continuar la ejecución de la sentencia.

b) Subsidiariamente pasa a contestar los agravios en traslado expresando que en autos la a quo ha dispuesto que la Fiscalía de Estado sea informada del proceso mediante oficio, que el oficio fue librado y enviado vía fax y vía correo postal, que el organismo ha tomado debida noticia del proceso y ha presentado contestación de demanda de manera extemporánea, habiendo tomado pleno conocimiento de la documental.

Considera que, habiendo reconocido la Fiscalía de Estado que se notificó del proceso y se dispuso a contestar el mismo, no puede en este estadio procesal sostener que no fue notificada.

Expresa que la costilla del reporte del fax resulta un elemento poco confiable, y que evidentemente el fax llegó a destino y Fiscalía pudo presentarse en juicio contestando a cada uno de los extremos planteados por la actora. Afirma que, sin perjuicio de ello, el oficio y las copias originales fueron posteriormente enviados vía correo postal.

Sostiene que el organismo pretende se declare la omisión en la notificación cuando la misma tuvo lugar, y que no resulta válida la nulidad por la nulidad misma, no existiendo perjuicio ya que la Fiscalía de Estado estuvo notificada y presentó el escrito de contestación a cada extremo, por lo que de ninguna manera se ha violado el debido proceso ni la defensa en juicio. Reitera que la notificación ha cumplido su cometido, que el organismo contestó demanda, por lo que no se ha violado ningún derecho o garantía constitucional que permita en este estado procesal retrotraer instancias ya superadas.

Sostiene que el apelante ha controlado todas las instancias del proceso, conforme surge de la notificación electrónica de fs. 32, que el Dr. Díaz ha asistido a la audiencia establecida por el art. 15 de la ley 1981 y ha estado presente en las declaraciones testimoniales que detalla, actuación ratificada a fs. 53 por los apoderados de la Fiscalía de Estado.

Agrega que al momento de dictarse el proveído de fs. 28 que tuvo por contestado en forma extemporánea el traslado de demanda, debió la recurrente hacer el planteo pertinente para hacer valer sus derechos y no esperar a este estadio procesal, cuando ha venido interviniendo en las distintas etapas, audiencias y prueba, pretendiendo ahora volver a estadios ya fenecidos y precluidos, interponiendo una nulidad de la notificación. Cita el art. 23 de la ley 1981.

Solicita el rechazo de esta queja con costas.

c) Seguidamente, contesta el agravio con fundamento en la cuestión no justiciable, expresando que con respecto a la ley 2302, el Estado argentino asumió compromisos internacionales entre los que se encuentra la asignación de recursos y adoptar todas las medidas administrativas pertinentes para hacer efectivos los derechos de niños, niñas y adolescentes; que, conforme resulta de la prueba, el propio Ministerio de Desarrollo Social ha reconocido que no puede llevar a cabo las intervenciones que la ley establece ni que el juez dispone, por no contar con los profesionales para llevar a cabo dichas intervenciones y evaluaciones interdisciplinarias, vulnerando los derechos de los niños y niñas.

Que en cada uno de los casos ofrecidos como prueba, y valorados en la sentencia, resulta que el Estado provincial no ha dado cumplimiento con lo dispuesto por la ley 2302, situación que lleva largos años de vulneración de los derechos de los niños/as por la omisión del Estado provincial en el cumplimiento de las normas vigentes.

Por estas circunstancias, considera que no le asiste razón al quejoso en plantear una cuestión no justiciable, teniendo en cuenta que el PE, en cabeza del Gobernador de la Provincia de Neuquén, viola la ley y vulnera los derechos humanos de quienes deben ser especialmente protegidos y que, por el contrario, son los más afectados por el propio Estado.

Enumera los derechos humanos previstos en las normas constitucionales y que considera violentados por la carencia de recursos que el Estado debe disponer, no siendo una cuestión reservada a su criterio, sino una manda legal que no cumple.

Realiza otras consideraciones, cita doctrina y jurisprudencia que hace a su derecho y solicita se rechace el recurso interpuesto, con costas.

Formula reserva de caso federal y de acudir a la Corte IDH.

4. En forma preliminar he de consignar que entiendo que la queja traída cumple con la exigencia legal del art. 265 del C.P.C.C.

En esta cuestión, y conforme ya lo he expresado en anteriores precedentes, la jurisprudencia sostiene que: "…Este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 265 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional. De allí entonces que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto. Ahora bien, no obstante tal amplitud en la apreciación de la técnica recursiva, existe un mínimo por debajo del cual las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como agravios en el sentido que exige la ley

de forma, no resultando legalmente viable discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista (conf. C. N. Civ., esta Sala, Expte. Nº 70.098/98 "Agrozonda S. A. c/Jara de Perazzo, Susana Ventura y otros s/escrituración" y Expte. Nº 60.974/99 "Agrozonda S. A. c/Santurbide S. A. y otros s/daños y perjuicios" del 14/8/09; Idem., id., Expte. Nº 43.055/99, "Vivanco, Ángela Beatriz c/Erguy, Marisa Beatriz y otros s/daños y perjuicios" del 21/12/09)….(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, "Scott, Sonia Lorena c/ Guerra Cruz, Angelina s/daños y perjuicios", 27/10/2011, Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/67333/2011)."

He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8, ap. 2, inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica).

También puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir al apelante en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimentes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean.

5. a) Ingresando al tratamiento de las quejas traídas, he de considerar en primer lugar y por una cuestión de orden lógico y metodológico, si el recurso ha sido bien o mal concedido conforme lo argumentado expresamente en la contestación de los agravios.

En este aspecto, considero que el planteo no puede prosperar.

Ello teniendo en cuenta que, conforme resulta de la certificación actuarial de fs. 82, si bien la sentencia fue notificada al domicilio electrónico o casilla asignada a la apoderada de la demandada como abogada matriculada en Neuquén Dra. González (NQ2111), con fecha 2 de marzo de 2015, sin embargo, conforme lo advierte acertadamente la jueza a quo, la misma no había sido debidamente notificada al domicilio electrónico constituido por la Fiscalía de Estado a fs. 53.

A fs. 53 la parte demandada presentó, por intermedio de sus apoderados, escrito en el cual constituye domicilio electrónico en FISECIV y que no fuera proveído oportunamente, sin perjuicio de lo cual resulta el único domicilio electrónico constituido por esa parte en el expediente, más allá de las casillas electrónicas asignadas a los letrados matriculados (conf. Anexo I, aspectos técnicos, aprobado por Ac. 4905, pto. 8 del 15/8/2012). Por estas razones, no correspondía la notificación automática en la casilla asignada al profesional, sino al domicilio expresamente constituido (conf. art. 11.3) del Reglamento de la notificación por medios electrónicos, a contrario sensu).

En este sentido, el art. 3 de la ley 2801 dispone que las personas que intervienen en los procedimientos judiciales o administrativos, deberán constituir domicilio electrónico, como sucedió en este caso (conf. art. 2 y 5 del Reglamento de la notificación por medios electrónicos y art. 40 CPCC).

Por estos fundamentos, considero que el recurso interpuesto ha sido bien concedido.

b) Planteo de nulidad:

Adelanto que este agravio de la recurrente no ha de merecer favorable acogida en este voto, dando mis razones.

Destaco en forma preliminar que resulta improcedente el recurso de apelación deducido a fin de impugnar actos procesales anteriores al dictado de la sentencia, en este caso la alegada falta de notificación del traslado de demanda, pues conforme lo previsto en el art. 253 del CPCC el recurso de apelación comprensivo del de nulidad está reservado para subsanar vicios que afecten a la sentencia en sí misma, quedando excluidos los errores de procedimiento, cuya impugnación corresponde al incidente de nulidad (conf. CACC de San Martín, Sala II, del 9/4/03, "Municipalidad de Malvinas Argentinas c/ Sociedad Alemana de Gimnasia, LLBA2004, 449, la ley online).

El recurso de apelación comprensivo de la pretensión de nulidad reserva el tratamiento de la cuestión a la Alzada, pero se encuentra referido, exclusivamente, a la existencia de vicios y omisiones en la constitución formal de la sentencia, permitiendo se la invalide cuando adoleciera de defectos de forma o relativo a las solemnidades prescriptas para dictarla (doctrina del art. 253 del CPCC).

En cambio, para impugnar errores de procedimiento o in procedendo, corresponde otro mecanismo de impugnación referido a deficiencias anteriores al dictado de la sentencia, y que es el incidente de nulidad

La cuestión en el presente caso, gira en torno a la interpretación del art. 23 de la ley 1981 que prohíbe expresamente a las partes articular incidentes de cualquier naturaleza, con lo cual le habría estado vedado a la parte afectada introducir este planteo oportunamente para su tratamiento en la instancia anterior, siendo el recurso de nulidad la única posibilidad que tiene de agraviarse sobre los defectos de procedimiento, conforme lo postula en su escrito de expresión de agravios.

Esta posición es sostenida por Osvaldo Alfredo Gozaíni en su obra Derecho Procesal Constitucional, Amparo, pág. 504, en cuanto afirma que, a través del recurso de apelación en el proceso de amparo, que incluye el de nulidad, se pueden criticar defectos procesales por ser la única posibilidad ante la prohibición de plantear incidentes del art. 16 de la ley nacional, similar a la norma de la provincia de Neuquén.

Sin embargo, y más allá de compartirse o no lo sostenido por este autor, en el presente caso, el recurrente ha tenido posibilidad de plantear la cuestión en la instancia anterior y no lo ha hecho, pretendiendo introducir la nulidad recién en esta instancia.

Por el contrario, la ha consentido, considerando que el auto que dispone el llamado de autos para sentencia tiene virtualidad para purgar cualquier vicio, defecto o error de procedimiento de fecha anterior a su dictado.

En este sentido la jurisprudencia sostiene: "…Sabido es que la nulidades procesales están regidas por los principios de especificidad, convalidación, protección y conservación, lo que caracteriza su naturaleza relativa, de ahí que el criterio para su juzgamiento debe ser estricto y de interpretación restrictiva (Z Nº 6131, del 10/3/99, p. 2)… toda nulidad por defecto de procedimiento queda subsanada si no se formula el reclamo en la misma instancia que se originó, o, si se consiente el llamamiento de autos, que tiene la virtualidad de purgar cualquier vicio, defecto o error de procedimiento. A diferencia de las nulidades del derecho civil, en el proceso, todas pueden ser convalidadas por el consentimiento expreso o tácito de la parte afectada, si éste no reclama en término su reparación, pues no existen nulidades procesales absolutas ni insanables, ya que son siempre relativas y quedan cubiertas por voluntad expresa o tácita de las partes (Rep. Zeus, t. 10; p. 809). En efecto, los vicios anteriores a la sentencia definitiva deben ser remediados por la vía del incidente de nulidad, y los errores de procedimiento de la sentencia, por la vía del recurso de nulidad, constituyendo aquél el medio adecuado para reparar los errores "in procedendo", y no ejercitado en tiempo hábil hace convalidable el acto y subsanable el vicio que padezca (Conf. Víctor De Santo, "Nulidades procesales", Ed. Universidad, p. 253 y sigtes.; Luis A. Rodríguez, "Nulidades procesales", p. 99 y sigtes.). Además, y reiterando los pronunciamientos reseñados, no cabe pronunciar ninguna nulidad en el procedimiento si se consintió el llamamiento de autos en el momento oportuno, lo que impide argüir la nulidad de actos anteriores (Z, R. 7, p. 570)…" (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Venado Tuerto, "Bridas S. A. c/ Rossini, Mateo C.", 18/11/1999).

Resulta de las actuaciones que, luego de la providencia cuestionada de fecha 24 de octubre de 2014 por la que se dispone que la contestación de demanda resulta extemporánea y se ordena su desglose (fs. 28), se notifica al apoderado de la hoy recurrente el auto de apertura a prueba y la audiencia del art. 15 de la ley 1981, con fecha 20 de noviembre de 2014 (fs. 30 y 32); a fs. 42 concurre el Dr. Mario Jordán Díaz en carácter de gestor procesal de la Provincia a la audiencia del art. 15 de la citada normativa, realizada el 5 de diciembre de 2014 y comparece a las audiencias de prueba testimonial rendidas en autos (fs. 43/52 vta.), gestión que es ratificada por los apoderados de la demandada, hoy recurrentes, conforme resulta de fs. 53, luego de lo cual, se dicta la sentencia en crisis.

Destaco que los letrados apoderados interponen recurso de apelación manifestando que comparecen "por la participación acordada en autos", y acompañan poder general para juicios otorgado por el Sr. Fiscal de Estado en nombre y representación de la Provincia de Neuquén, por lo que entiendo que ese es el carácter en que se presentan y que siempre tuvieron en autos.

De la intervención que ha tomado la apelante durante el curso del proceso, surge que no ha introducido cuestión de nulidad alguna en la instancia anterior, circunstancia que veda ingresar a su tratamiento en esta Alzada.

Tengo en cuenta que, sin perjuicio de la prohibición de plantear incidentes en el proceso de amparo, el art. 23 de la ley 1981 establece expresamente la obligación del juez de subsanar de oficio o a petición de parte los vicios de procedimiento que se produjeran.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto por la última parte del art. 172 del CPCC, de aplicación supletoria de conformidad con lo establecido por el art. 23 de la ley 1981, las nulidades pueden ser declaradas de oficio y sin sustanciación cuando el vicio fuera manifiesto, así como también el art. 35 inc. 5, apart. b faculta al juez a disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar nulidades.

En este caso, la parte agraviada no efectuó ninguna petición para sanear el procedimiento, sino que continuó su intervención y nada dijo hasta interponer el recurso de apelación.

La circunstancia de admitir la norma del art. 23 que las partes puedan peticionar se subsanen los vicios de procedimiento que se produzcan tiene importancia en el amparo, ya que tiende a que el agravio se subsane en la misma instancia en que sucede, teniendo en cuenta que las restricciones que impone el amparo se dirigen a la celeridad del trámite y a evitar dilaciones.

Atendiendo a esta finalidad, de lograr la celeridad en un proceso sumarísimo que ampara garantías constitucionales, sería entonces contradictorio prohibir los planteos incidentales pero admitir que los mismos ingresen posteriormente y luego de tramitado todo el proceso, a través del recurso de apelación y sin haber sido introducidos oportunamente para su consideración por el juez de grado.

En este sentido se ha expresado: "…Lo propio ocurre con los incidentes en general, cuya promoción queda aplazada. Respecto del incidente de nulidad procesal carece prácticamente de virtualidad. Esto, no sólo porque la ley veda en el trámite sumarísimo del amparo su articulación sino principalmente porque es deber del órgano judicial –aunque no medie petición de parte- subsanar todos los vicios e irregularidades de procedimiento…" (Morello, Augusto y Vallefín, Carlos A.; El amparo. Régimen procesal, pág. 179).

Tampoco interpuso oportunamente el apelante contra dicha providencia recurso de reposición, el cual no sencuentra expresamente excluido del art. 23, y forma parte del régimen recursivo general.

En este sentido "José Luis Lazzarini entiende que se encuentra permitida "no obstante el silencio de la ley", y de acuerdo con las reglas generales del proceso. Augusto M. Morello…, juzga que es obvio que la revocatoria o reposición pueda plantearse en el amparo, también por aplicación del régimen recursivo general, "a condición de que el recurrente tenga interés en la rectificación de lo erróneamente decidido por el mismo órgano que expidió la resolución" (en contra Sagues y Fassi; conf. Sagues, Néstor Pedro; Ley de amparo, pág. 402).

En este aspecto Gozaíni expresa: "…Nosotros creemos que procede el recurso o remedio de reposición sobre la base de los fines para los que la impugnación se dirige. En la misma instancia se pretende sanear un error de trámite que, quizá, obligaría a anular las actuaciones posteriores si no se corrigiera inmediatamente. De suyo, el juez tiene facultades propias para obrar en tal sentido, y provocadas cuando se pone de manifiesto el equívoco para su pronta consideración. El hecho de que pueda asignarse el trámite de los incidentes (art. 240, parte final, del Código procesal) no modifica las conclusiones, pues, si bien es cierto que debiera desecharse por inadmisible (art. 239, parte segunda), al tener que sustanciarse, también lo es que debe darse al planteo un sentido finalista y utilitario para la celeridad procesal mientras la impugnación tenga este sentido…." (conf. Osvaldo Alfredo Gozaíni, El Derecho de Amparo, págs. 177/179).

En estos términos, si bien cabe señalar que la participación del Fiscal de Estado es una cuestión procesal de orden constitucional en la que se encuentra fuertemente comprometido el orden público, y por lo tanto al advertirse su falta de intervención correspondería declarar la nulidad, sin embargo, en este caso concreto, no se ha configurado la falta de intervención indicada, siendo que, como representante natural de los derechos de la Provincia, ha procedido a tomar intervención.

Por otro lado, cabe destacar que le asisten, en su carácter de parte legítima y necesaria, no sólo todos los derechos, sino también las obligaciones y cargas de un demandado.

Por estas razones el agravio habrá de ser rechazado.

c) Cuestiones no justiciables:

En orden a este segundo agravio ya he tenido oportunidad de emitir opinión al respecto en autos: ""OTERO MIRTA LILIANA C/ ENTE PROVINCIAL DE AGUA Y SANEAMIENTO (EPAS) Y OTRA S/ ACCION DE AMPARO", (Expte. Nro.: 61612, Año: 2013), precedente reciente de esta Sala I, argumentos que reiteraré en el presente en lo pertinente.

Señalo en forma preliminar que, si bien ha habido cierta evolución progresiva en orden a la justiciabilidad de las llamadas "cuestiones políticas", entiendo que cabe no adoptar posiciones extremas que puedan interferir en el ámbito de las atribuciones reservadas a los otros poderes y generar así una distorsión en la función jurisdiccional, pero tampoco dejar de decidir todos los aspectos esencialmente justiciables, abandonando espacios que pueden ser ocupados por la arbitrariedad ante la falta de un verdadero control judicial.

Sin perjuicio de esta posición, y en este caso concreto, considero que la condena impuesta, ordenada a la obtención de un resultado u objetivo específico, y en el marco de una omisión que transgrede una obligación constitucional y legal (ley 2302), configura un caso justiciable y no constituye una "cuestión política".

Se ordena llevar a cabo acciones que, en definitiva y conforme las conclusiones fijadas en la sentencia, permitirían modificar y solucionar la situación denunciada, que por otro lado, debo destacar, ha sido profundamente analizada en la sentencia en crisis, valorando en forma precisa y detallada la totalidad de la prueba producida, todo lo cual no ha sido motivo de agravio y llega firme.

No ha cuestionado el recurrente la apreciación de la prueba efectuada en la sentencia, que conduce inexorablemente a la conclusión de la omisión por parte del Estado provincial del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales para con un sector de la población especialmente protegido (niños y niñas).

La decisión se orienta a un resultado, sin desconocer la discrecionalidad de la administración, ordenando que cumpla un objetivo, pero sin decirle cómo, ya que los medios son ajenos a la decisión judicial.

Además, no se están emitiendo valoraciones o juicios generales sobre una situación, ni disponiendo medidas de gobierno de alcance general, sino que se está decidiendo sobre un caso concreto, sobre medidas que, a criterio de la sentenciante (y de la requirente), resultarían eficaces para garantizar los derechos vulnerados.

En este aspecto, en postura que comparto, se parte de la premisa de considerar que la eficacia del derecho constitucional, en este caso de incidencia colectiva, no puede quedar supeditada a la discrecionalidad de los poderes públicos.

En la citada causa OTERO, expresé que: "…La administración tiene un ámbito de discrecionalidad y arbitrio, dentro del marco jurídico, y debe proceder a realizar una valoración que hace a la necesidad, oportunidad, mérito, conveniencia y eficacia de las decisiones que tome; esa valoración es la que se considera zona de reserva de los actos estatales, descartando que se buscará la mejor solución entre muchas, y esta actuación del órgano es lo no justiciable.

Lo que no se puede revisar es ese juicio de valor, que es político, pero no las consecuencias de ese acto (en este caso las consecuencias de la omisión de la demandada) sobre los derechos constitucionales que el poder judicial está obligado a proteger.

En este sentido: "…la tradicional jurisprudencia del Tribunal postula que las razones de oportunidad, mérito, o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que les son propias, no están sujetas al control judicial (cita a Fallos: 98-20; 147-402; 160-247; 238-60; 251-21; 275-218; 295-814; 303-1029; 308-2246; entre muchos otros). Pero estimamos preciso señalar que este último criterio no es absoluto, porque la propia CS ha establecido la excepción que hace procedente la revisabilidad judicial en estas cuestiones de oportunidad, mérito, o conveniencia, cuando los criterios adoptados por los otros Poderes resulten irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran, sean arbitrarios o irrazonables, o cuando consagran una manifiesta iniquidad (Fallos: 328-566 de 2005; 329-385 de 2006)…". (Haro, Ricardo; Las cuestiones políticas y el control jurisdiccional de las facultades privativas de los Poderes Estatales en la Doctrina de la Corte Suprema, Const. 2014 (noviembre), 37, LA LEY 2014-F, 1048).

Es incorrecto también pretender asimilar "facultades privativas" de la administración con el carácter de "no justiciables". En este sentido nos ilustra Ricardo Haro: "…Para una mayor eficiencia de la doctrina de la división y el equilibrio de los poderes, sabido es que si bien por un lado existen atribuciones que, tienden a afianzar la

independencia o la separación de los diversos Departamentos del Gobierno, por otro las hay que procuran lograr el equilibrio de los poderes, mediante la colaboración y el control entre ellos.

Esto implica evidentemente la existencia de facultades privativas en los departamentos del Estado, pero de ningún modo ello significa que necesariamente pueda surgir de su naturaleza "privativa", lisa y llanamente, la irrevisabilidad judicial, pues presentar una simetría entre "facultades privativas" y "facultades no justiciables", no sólo es erróneo, sino que constituye un expediente fácil para acentuar un Poder Judicial más encerrado, "autista", compartimentado y autorrestringido (self-restraint)…". (Haro, Ricardo; Las cuestiones políticas y el control jurisdiccional de las facultades privativas de los Poderes Estatales en la Doctrina de la Corte Suprema, Const. 2014 (noviembre), 37, LA LEY 2014-F, 1048).

En orden a las decisiones judiciales que involucran situaciones de DESC como el presente, la doctrina expresó que: "…tampoco aceptamos la justiciabilidad en todos los casos en que los poderes estatales, frente a concretas situaciones (económicas, culturales, sociales, etc), deban realizar un juicio de prudente valoración política sobre la necesidad, la oportunidad, la conveniencia, el mérito o la eficacia de las respuestas que deben darse a dicha demanda. Todo ello sin perjuicio, lógicamente, de la justiciabilidad en caso que trascendiendo esas coordenadas, el órgano competente haya actuado en forma manifiestamente irrazonable o inicua, en los actos concretos de ejecución que afecten los derechos y las garantías constitucionales…". (Haro, Ricardo; Las cuestiones políticas y el control jurisdiccional de las facultades privativas de los Poderes Estatales en la Doctrina de la Corte Suprema, Const. 2014 (noviembre), 37, LA LEY 2014-F, 1048).

En el fallo MENDOZA (CSJN, 331:1622, sentencia del 8/7/08, Cita online: AR/JUR/3913/2008), la CSJN, al disponer una serie de medidas que debían cumplir otros poderes públicos expresó: "…El objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración. De tal modo, el obligado al cumplimiento deberá perseguir los resultados y cumplir los mandatos descriptos en los objetivos que se enuncian en la presente, quedando dentro de sus facultades la determinación de los procedimientos para llevarlos a cabo…".

Los otros poderes tienen la función de determinar las políticas públicas, ya que están mejor especializados para hacerlo, pero una vez tomada la decisión, los tribunales tiene la obligación de determinar si se han cumplido o violado ciertas normas en tanto ello conduzca a la vulneración de los derechos de las personas en un caso concreto llevado a su conocimiento.

El problema se plantea cuando los otros poderes o instituciones no actúan, y en estos casos de grave inacción, se debe intervenir para cumplir con el mandato constitucional (conf. Sola, Juan Vicente; "Tratado de Derecho Constitucional", Tomo V, pág. 452).

En este sentido se orienta el fallo de la CSJN en MENDOZA, citado, en donde debió intervenir en principio por la inacción gubernamental frente a un problema complejo; también en "Lavado c/ Provincia de Mendoza", L. 733.XLII; 13/2/07, se expidió con respecto al ejercicio del control judicial sobre las actividades de otros poderes ante la falta de resultados, indicando las medidas que debían tomarse para poner fin a la situación de violación de derechos humanos (conf. Sola, Juan Vicente; "Tratado de Derecho Constitucional", Tomo V, pág.453/455).

Con respecto a la justiciabilidad de los casos que, como el presente, implican la apreciación de acciones positivas para la vigencia de los DESC, la jurisprudencia ha sostenido que: "El control judicial de la función materialmente administrativa que debe ejecutar las medidas de acción positiva para la satisfacción de los derechos sociales, cuales son educación, vivienda, salud y alimentación, no se encuentra vedado por disposición alguna de la Constitución Nacional ni Provincial (del voto del doctor Spacarotel)". (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, "Reina, Ricardo J. c. Provincia de Buenos Aires y otro", 16/03/2006, LA LEY 2006-C, 520).

En el mismo precedente se expresó: "…De este modo, adoptado un curso de acción por el Ejecutivo, o bien por el contrario verificándose un supuesto de "omisión material", el Poder Judicial tiene la posibilidad de examinar —ante un caso concreto— si la alternativa elegida se adecua a las exigencias establecidas por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. No se trata de un análisis de oportunidad, mérito o conveniencia: la cuestión que se pone bajo escrutinio judicial es la idoneidad de la medida implementada para garantizar el acceso de los

interesados al derecho (Ver cons. 15.3 de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma Buenos Aires, sala II, 12/3/2002, "Ramallo, Beatriz y otros v. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo"; LA LEY, 2005-A, 843; y en Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, nro. 28, setiembre 2003, p. 30. con cita del Tribunal del caso resuelto por la Corte Constitucional de Sudáfrica, "The Government of the Republic of South Africa and others vs. Irene Grootboom", caso "C. C. T.", 11/00, fallado el 4/10/2000, en el cual se analizó la justiciabilidad del derecho a la vivienda, con fundamento en el art. 11, párr. 1°, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 26 de la Constitución que los rige)".

"En tal sentido, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha sostenido que: "... las prestaciones sociales son disciplinadas por normas jurídicas, de modo que la revisión judicial se limita a verificar el cumplimiento de las obligaciones positivas y negativas establecidas por aquellas normas, y en caso de incumplimiento, a ordenar su remedio, sin que esto importe violación alguna de la división de poderes o de la "zona de reserva" de la Administración. (TSJ, 21/6/2001, expte. 869/01, "Pérez, Víctor Gustavo y otros c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo —y su acumulado expte. 870/01—", argumento del voto de la Dra. Alicia E. C. Ruiz y del Dr. Julio B. J. Maier, reg. 166, t. II, f° 351/365, año 2001)...". (Del voto del Dr. Spacarotel; Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, "Reina, Ricardo J. c. Provincia de Buenos Aires y otro", 16/03/2006, LA LEY 2006-C, 520)...."

En estos términos, considero que no existe interferencia indebida en las funciones y facultades que competen al Poder Ejecutivo Provincial, ni se han considerado situaciones que hagan a la oportunidad, mérito o conveniencia de la gestión de gobierno, razonable y objetivamente apreciadas.

En este sentido: "...El Poder Judicial se constituye como custodio del adecuado cumplimiento de la ley, incluso cuando se trata del actuar de los otros poderes del Estado. Postular lo contrario implicaría tanto como hacer tabla rasa con el principio de equilibrio de poderes y el régimen de pesos y contrapesos. Precisamente "la tríada de poderes en nuestro derecho constitucional responde a la ideología de seguridad y control que organiza una estructura de contención del poder para proteger a los hombres en su libertad y sus derechos" (Bidart Campos, Jorge, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Buenos Aires, 1992, Ediar, t. II, pág. 16, n° 18.).

De este modo estimo que las decisiones judiciales en nada menoscaban el principio de separación de poderes, ni se introducen indebidamente en la Administración (Poder Ejecutivo) en cuanto dicho control, propugne la revisión de las obligaciones asumidas para la ejecución de su política pública, derivadas de un mandato expreso y positivo del legislador..." (Del voto del Dr. Spacarotel) (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, "Reina, Ricardo J. c. Provincia de Buenos Aires y otro", 16/03/2006, LA LEY 2006-C, 520).

Sin bien en un supuesto fáctico diferente, aunque considero que aplicable al caso en tanto refiere a que las facultades privativas de la administración deben ejercerse discrecionalmente pero no en violación de normas constitucionales, el TSJ local ha expresado: "...Es evidente entonces, que debe existir justiciabilidad, en todo aquello en que la norma jurídica ha regulado de tal forma, que en menor o mayor medida, pueda realizarse el juicio cierto concreto y objetivo, que permita declarar alguna violación a la regulación legal o constitucional. Dicho de otra forma, existe justiciabilidad respecto de todo el ámbito de lo normado, en toda la hondura de lo normado, pero nunca más allá de lo normado" (Cfr. "Las cuestiones políticas: ¿prudencia o evasión judicial?", Haro, Ricardo LL. 1991-D-1050).... Las llamadas facultades privativas, que en su consecuencia se dicten, en conclusión, serán susceptibles de control jurisdiccional, en cuanto en su ejercicio afecten formal o sustancialmente el debido proceso, porque no hay facultades privativas que autoricen la violación de la legalidad constitucional; sí las hay para ejercerlas exclusiva y discrecionalmente (no arbitrariamente), siempre dentro del marco de la Ley Fundamental" (cfr. R.I. 3133/01)..."("OTHARÁN EMILIA C/ CONCEJO DELIBERANTE DE SAN MARTÍN DE LOS ANDES S/ ACCIÓN DE NULIDAD", TSJ, Acuerdo 09/10, Expte: 2895 - Año 2009, sentencia del 14/12/10).

Cabe consignar que el autor citado en este precedente de nuestro TSJ se ha enrolado decididamente en la corriente que propugna un avance prudente pero vigoroso de la justiciabilidad de las llamadas "cuestiones políticas". (Haro,

Ricardo; Las cuestiones políticas y el control jurisdiccional de las facultades privativas de los Poderes Estatales en la Doctrina de la Corte Suprema, Const. 2014 (noviembre), 37, LA LEY 2014-F, 1048)…."

Por estos fundamentos, el presente agravio también habrá de rechazarse.

d) Sentado lo anterior, no corresponde ingresar a considerar la contestación de demanda que el recurrente transcribe en su recurso, por no resultar procedente su análisis en esta instancia.

6. Por los fundamentos vertidos, doctrina y jurisprudencia citada, propicio el rechazo del recurso de apelación interpuesto en todo aquello que ha sido materia de agravios y, consecuentemente, la confirmación de la sentencia apelada.

Las costas de esta instancia he de imponerlas a la recurrente en su condición de vencida (art. 68 del CPCC), procediendo a la regulación de honorarios en esta Alzada, de corresponder (arts. 2 y 15 ley 1594).

Mi voto.

A su turno la Dra. Gabriela B. Calaccio dijo:

He analizado en profundidad la totalidad de las actuaciones y en particular valorado los conceptos vertidos por la señora Jueza de Primera Instancia, compartiendo además el análisis efectuado por la vocal preopinante.

En aquél sentido considero que este caso particular, dado la materia sujeta juzgamiento y la obligación internacional que pesa sobre el Estado Argentino, como signatario de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño, en modo alguno la decisión adoptada en la instancia de origen y confirmada en ésta, ingresa en el tratamiento de cuestiones no judiciales avasallando la división de poderes.

La afirmación contenida en el párrafo anterior reconoce su encuadre jurídico en principios constitucionales y Pactos Internacionales, en particular el principio de la tutela judicial efectiva (arts. 8.1 del Pacto de San José de

Costa Rica y arts 8, 9 y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), y en este sentido considero que frente a un acto que conculque una prescripción constitucional o legal, el afectado tiene el derecho de recurrir a la justicia a fin de ser plenamente restablecido aquel derecho. (cfr. art. 18 de la CN).

En este caso sometido a decisión existe una omisión del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones, que repercute negativamente sobre los niños/as y adolescentes en situación de vulnerabilidad. Esta cuestión puntual no fue atacada por el quejoso, y, ha quedado plenamente acreditada a través de la prueba producida a lo largo de todo el proceso.

En aquél sentido se ha dicho y comparto "…ese punto de partida no es otro que el principio de separación de poderes que, lejos de constituir un sistema rígido en nuestra Constitución, prescribe un esquema que implica una armonía y colaboración entre los distintos poderes, junto a una atribución material que, si bien adjudicada en forma predominante al titular de cada uno de los tres poderes del Estado, no consagra la idea de una separación absoluta,- ni en sentido positivo de las funciones estatales…" (-La judicialización de las cuestiones políticas –Juan Carlos Cassagne, pág. 30)

Por las consideraciones expuestas, estando en un todo de acuerdo con los fundamentos y conclusiones a la que arribara mi colega preopinante, voy a acompañar en la decisión adoptada votando en igual sentido.

Por ello esta Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y de Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, Sala I;

RESUELVE:

I.- Rechazar del recurso de apelación interpuesto en todo aquello que ha sido materia de agravios y, consecuentemente, confirmar la sentencia dictada con fecha 27 de febrero de 2015.

II.- Costas a la recurrente vencida conforme lo considerado.

III.- Regular los honorarios de la Sra. Defensora de los derechos del Niño y Adolescente en el equivalente al 27% de los regulado en la anterior instancia, es decir en la suma de pesos dos mil quinientos sesenta ($2.560,00); diferir la regulación de los honorarios del resto de los letrados intervinientes hasta el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 2 de la ley 1594.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan al juzgado de origen.

Dra. Alejandra Barroso - Dra. Gabriela B. Calaccio

REGISTRO SENTENCIAS DEFINITIVAS N° 21 /2015

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

**"F. J. M. Y OTRA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2160/2007) – Acuerdo: 50/15 – Fecha: 03/09/2015

DERECHO ADMINISTRATIVO: Seguridad Social.

PRESTACION POR NIÑO CON DISCAPACIDAD. COBERTURA INTEGRAL. ISSN. DERECHOS CONSTITUCIONALES.

1.- Corresponde hacer lugar a la demanda y condenar a la obra social demandada a que indemnice los daños patrimoniales y morales provocados por el incumplimiento de la obligación legal de otorgar cobertura médica asistencial a una menor con discapacidad, con más sus intereses y las costas.

2.- La cobertura integral reclamada a la obra social debió ser cubierta por la demandada, con anclaje constitucional, desde el momento del requerimiento de la cobertura, sin necesidad de accionar judicialmente para alcanzar ese objetivo. Era una obligación legal para el ISSN -con base constitucional- cubrir en forma integral las prestaciones reclamadas, por ello el comportamiento en sede administrativa, como en este ámbito, sosteniendo una actitud reticente al reconocimiento pretendido aparece como inadmisible a la luz de los principios que deben regir su accionar con relación a la atención de la salud y la vida de sus afiliados.

3.- [ ... ] no puede soslayarse que, si bien la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad y la ley Nacional 24.901 no se encontraban vigentes al momento en que los accionantes reclamaron la cobertura integral de las prestaciones para la niña, las obligaciones a cargo de la Obra Social derivaban del plexo constitucional vigente desde el año 1994, que privilegia el "interés superior del niño" y consagra el derecho a la protección especial de aquellos sectores particularmente vulnerables, como son las personas con discapacidad y los menores de edad.

4.- [ ... ] La Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe "garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta

Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Fallos 327:3677; 332:2043) y "garantizar" significa "mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar las medidas que pudieran tener repercusiones negativas", según indica en su Observación General nº 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las "condiciones de vigencia" de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional" (Fallos 332:709).

**Texto completo:**

ACUERDO Nº 50. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los tres días del mes de septiembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los señores Vocales, Doctores OSCAR E. MASSEI y EVALDO DARIO MOYA, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "F. J. M. Y OTRA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 2160/07, 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. 8/10 se presentan J. M. F. y V. J. R., mediante apoderado y promueven acción procesal administrativa contra el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN –I.S.S.N.-.

Pretenden que se revoque el Decreto PEP Nº 664 del 31 de mayo de 2007, que ratifica lo resuelto por el Director del I.S.S.N. y se condene a la obra social demandada a que indemnice los daños patrimoniales y morales provocados por el incumplimiento de la obligación legal de otorgar cobertura médica asistencial a su hija B.F., condenando a abonar la suma de $85.000,00 o lo que en más se considere que corresponda, con más sus intereses y las costas.

Manifiestan que son afiliados a la Obra Social demandada. Relatan que el 6 de junio de 2001, encontrándose plenamente vigente su afiliación, nació su quinta hija B. (afiliada 786583/6) con diagnóstico de retraso mental moderado de etiología de base genética (trisomía del par XXI, Síndrome de Down).

Dicen que por su patología, la niña requirió atención médica intensiva, además de los controles ordinarios y debido a algunas complicaciones en su salud se intensificaron los tratamientos y exámenes médicos.

Expresan que apenas informados del diagnóstico, requirieron a la demandada la cobertura del 100% de los gastos propios de la atención de su hija, conforme lo regulado por el Plan Médico obligatorio (PMO) del Ministerio de Salud de la Nación, la ley sobre discapacidad (24.901) y las normas constitucionales en materia de protección de la infancia, sin recibir respuesta favorable.

Agregan que por ello, interpusieron una acción de amparo que tramitó ante el Juzgado de Familia, del Niño y el Adolescente Nº 2 de la ciudad de Neuquén, a cargo de la Dra. Isabel Kohon en autos caratulados "F. J. M. y otro c/ ISSN s/ acción de amparo" (Expte. 13125/03), donde se condenó al I.S.S.N. a otorgar cobertura integral del 100% a la niña B. F. en las instituciones elegidas por sus padres, sin abonar coseguros. Dicen que, una vez firme el fallo, la demandada comenzó a brindarle la cobertura correspondiente.

Manifiestan que la dilación del Instituto para brindar la cobertura reclamada los obligó a tener que abonar de su propio peculio todo lo que el sistema de salud no quería cubrir. Detallan que la totalidad de los gastos producidos desde el nacimiento de su hija B. y hasta que ésta alcanzó los cinco años de edad, fueron solventados por ellos, en forma exclusiva.

Sostienen que la obra social les adeuda en concepto de daño patrimonial el reintegro de las sumas abonadas, con más un resarcimiento por el daño moral padecido en consideración a todos los pormenores que tuvieron que sortear hasta obtener la cobertura adecuada.

Describen y explican los gastos afrontados en atención a los distintos tratamientos realizados. Detallan la situación económica familiar que, agregan, fue afectada por el incumplimiento del I.S.S.N.

Alegan que el carácter declarativo de derechos de la sentencia que puso fin a la acción de amparo determina que sus efectos sean retroactivos al momento del nacimiento de la menor, cuando se anoticiaron de su discapacidad.

Rechazan la postura de la demandada quien interpreta que tal resolución –la del amparo- es constitutiva de derechos y, por ende, que sus efectos son ex nunc.

Expresan que el pronunciamiento judicial valora el derecho a la salud de la niña B. conforme al texto constitucional (derecho a la vida y el consecuente derecho a la salud, implícitos ambos en el art. 33 de la Constitución Nacional) y los instrumentos de derechos humanos jerarquizados mediante el art. 75 inc. 22 de la C.N. (en especial los arts. 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 25 inc. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos) los que conforman las denominadas reglas de reconocimiento constitucional.

Subrayan que para la rehabilitación de B. el paso del tiempo sin el tratamiento adecuado era perjudicial y por eso, tomaron la decisión de endeudarse o privarse de un mejor nivel de vida para que la menor de sus hijos recibiera atención médica idónea en pos de una mayor integración social.

Informan que actualmente su hija cursa sus estudios primarios y su evolución física y mental es muy favorable. Acotan que eso redunda en beneficio de la obra social que no tiene que hacer frente a nuevos tratamientos severos y costosos.

Dicen que en sede administrativa se resolvió que el reclamo no era conducente porque la sentencia que hizo lugar al amparo se estaba cumpliendo y recurrida la decisión ante el Poder Ejecutivo Provincial, no encontraron respuesta favorable, ya que el entonces Gobernador entendió que no surgía con claridad la petición formulada por los aquí actores (cfr. Decreto 664/07.)

Reiteran la solicitud de revocación del Decreto PEP Nro. 664/07, por considerar que los efectos de la acción de amparo deben retrotraerse a la fecha del nacimiento de B. y porque existen documentos suficientes que acreditan los gastos efectuados en la atención de su hija.

Fundan en derecho, efectúan reserva de caso federal y formulan petitorio.

II.- A fs. 33 mediante Resolución Interlocutoria Nro. 6887/09 se declara la admisión de la acción.

III.- A fs. 197 la actora opta por el proceso ordinario y se corre traslado de la demanda.

IV.- A fs. 203 toma intervención la Fiscalía de Estado y a fs. 207/214 contesta demanda, mediante apoderado, con patrocinio letrado el Instituto de Seguridad Social del Neuquén.

En primer término, la parte demandada formula las negativas de rigor y brinda su versión de los hechos.

Entiende que corresponde el rechazo de la acción incoada, porque la sentencia recaída en la acción de amparo tuvo carácter constitutivo de los derechos de la menor B. reclamados en aquélla oportunidad, lo que importó que las obligaciones a cargo de la obra social resultaran "a futuro", conclusión derivada del efecto "ex nunc".

Manifiesta que luego de su dictado se dispuso el inmediato cumplimiento de la sentencia, otorgando cobertura asistencial integral a la menor en los porcentajes dispuestos (100%) y bajo los lineamientos allí determinados.

Afirma que los afiliados del I.S.S.N. no tienen derecho a requerir prestaciones de cualquier centro asistencial (prestador o no de la Obra Social) a su exclusiva libre elección y sin ningún tipo de coseguro.

Menciona las disposiciones de la Ley 611 respecto al derecho de los afiliados en la elección de los profesionales, pero siempre dentro del padrón de prestadores de la institución.

Plantea que no es el caso de la menor B., ya que a partir de la sentencia puede requerir prestaciones terapéuticas asistenciales y de rehabilitación en cualquier centro de salud sin importar si está dentro o fuera del Padrón de prestadores del I.S.S.N., con una cobertura del 100%, mediante el sistema de módulos. Esto implica que la obra social debe otorgarle coberturas diferentes a las del resto de los afiliados y en porcentajes superiores.

Dice que tal circunstancia es la prueba contundente de que la sentencia constituyó derechos en cabeza de la menor, porque le otorgó la posibilidad de requerir "a futuro" prestaciones en centros asistenciales prestadores o no del I.S.S.N.
Indica que las prestaciones al 100% sin tope o coseguro, sólo se acuerdan a los afiliados de I.S.S.N. con discapacidad, cuya condición haya sido acreditada mediante certificado emitido por la autoridad correspondiente –J.U.C.A.I.D.- y sólo desde que la Provincia adhiriera a la Ley 24.901 en el año 2009 mediante la Ley provincial 2644, publicada el 6/6/09, es decir, con posterioridad a la sentencia de la acción de amparo recaída en fecha 02/06/05.
Reitera que los derechos de la menor se constituyeron a partir del dictado de la sentencia. De otro modo, no podría comprenderse por qué se le otorgó el derecho de optar por cualquier institución asistencial (prestador o no) a elección de sus padres, sin auditoria o control de I.S.S.N. y sin límites o topes.
Cuestiona que los actores, con fundamento en el carácter declarativo de la sentencia, no hayan solicitado la devolución de los gastos realizados con anterioridad al proceso en la etapa de ejecución de la sentencia del amparo.
Analiza la resolución condenatoria de la sentencia y plantea que si la menor B. cuenta con el derecho de recibir prestaciones y cobertura sin límites y en cualquier centro, es sólo porque una sentencia judicial así lo dispuso y, ello fue para el futuro, es decir, con efecto "ex nunc".
En consecuencia, rechaza los reclamos derivados de sumas y/o reintegros por gastos no probados que los padres alegan haber realizado en tiempos anteriores al dictado de la sentencia.
Manifiesta que la actora deberá probar que ha existido un daño cierto a su integridad, mediando relación causal entre la alegada conducta antijurídica atribuible al I.S.S.N. Cuestiona los daños reclamados.
Como conclusión alega que: la sentencia dictada en la acción de amparo fue de carácter constitutivo de derechos y, en consecuencia, nada se les debe a los actores por gastos anteriores al dictado de aquélla. Afirma que los daños objeto de la pretensión no encuentran fundamento, ni sustento fáctico.
Hace reserva del caso federal.
V.- A fs. 228 se abre la causa a prueba, clausurándose dicho período a fs. 441, donde se colocan los autos para alegar.
VI.- A fs. 445/449 se expide el Sr. Fiscal ante el Cuerpo, quien propicia hacer lugar parcialmente a la demanda.
VII.- A foja 450 se dispone el llamado de autos y a la fecha se encuentra firme y consentido y coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.
VIII.- Como surge de la lectura del escrito inicial, los accionantes atribuyen responsabilidad al Estado, en virtud de la falta de servicio en que habría incurrido uno de sus organismos autárquicos (ISSN), consistente en la omisión de otorgar a su hija con discapacidad, una cobertura médico asistencial del 100% desde el momento de su nacimiento y hasta la sentencia recaída en el amparo que tramitó ante el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia Nro. 2, de esta ciudad capital.
En términos generales para que exista responsabilidad del Estado se exige que:
a) éste haya incurrido en una falta de servicio, b) la actora haya sufrido un daño cierto y c) exista una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (Fallos: 328:2546).
IX.- En la especie, no se encuentra controvertido que B.F. nació prematuramente el 06/06/2001 (cfr. H.C. obrante a fs. 9/10 del Expte. 13125/03) y que presenta una discapacidad por alteración trisómica del par XXI, conocida como Síndrome de Down (cfr. fs. 53 diagnóstico efectuado mediante estudio citogenético de fecha 14/06/2001).
Asimismo, tampoco se desconoce que los padres son afiliados al ISSN y que sus afiliaciones estaban plenamente vigentes al momento del nacimiento de la menor (Afiliada bajo el Nro. 786583/6).
De igual manera, no se encuentra discutido que luego de la sentencia del amparo de fecha 02-06-2005, tramitado en el Expte. 13125/03, la Obra social demandada comenzó a brindar una cobertura del 100% de las prestaciones terapéuticas asistenciales y de rehabilitación requerida por la menor B.F.
Lo que constituye el thema decidendum es el alcance de la cobertura de las prestaciones asistenciales que requería la menor B.F. con anterioridad a la sentencia del amparo.

Más precisamente, lo que se debate es si el ISSN debió brindar una cobertura integral –al 100%- de todas las prestaciones que fueran requeridas por la menor B.F. desde el momento en que fueron peticionadas y hasta la sentencia del amparo que reconoció su derecho.

La demandada basa su negativa en que: a) la sentencia del amparo sólo proyecta sus efectos para el futuro; b) los afiliados no tienen derecho a requerir prestaciones de cualquier centro asistencial, sino solamente de los prestadores de la Obra Social; c) el Centro interdisciplinario –Naceres- al que asiste la menor no es prestador del ISSN; d) La Provincia adhirió a la Ley Nacional 24.091 que dispone el 100% de la cobertura de las prestaciones por discapacidad con posterioridad al período reclamado por los padres (Ley 2644 del 06/06/2009); e) aun cuando se prevé la cobertura del 100% de algunas prestaciones, estás deben ser autorizadas por el ISSN, previa obtención del certificado de la JUCAID.

Por su parte, los actores afirman que la cobertura integral de las prestaciones necesarias para la atención de las personas con discapacidad es un derecho reconocido en la Constitución Nacional y Pactos Internacionales, con prescindencia de la adhesión provincial a la ley nacional.

X.- En este contexto fáctico, es preciso recordar el marco normativo en el que se inserta la problemática bajo estudio, tanto en el orden federal como en el local.

X.-1.- En este sentido, en nuestra Constitución Nacional se ha reconocido que el Estado debe otorgar los beneficios de la seguridad social "que tendrá carácter de integral e irrenunciable" (art. 14 bis). A su vez la reforma operada en 1994, reforzó el mandato constitucional de tutela para situaciones de vulnerabilidad como la que es objeto de examen al advertir que el Congreso debe "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen (…) el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños (….) y las personas con discapacidad (…) (primer párrafo del artículo 75 inciso 23).

"Esta norma dirigida específicamente al legislador federal, debe igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia, que además deberá contemplar –por expreso mandato constitucional –el diseño de un régimen de seguridad social, especial e integral para proveer a "la protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental…" (segundo párrafo del art. citado)" (CSJN, Q. 64 XLVI. Recurso de hecho "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo" sentencia del 24/04/12).

X. 2.- Desde allí, no hay dudas respecto al reconocimiento del goce de derechos fundamentales como la salud especialmente frente al colectivo de la discapacidad.

Máxime si se consideran, en especial, los parámetros jurídico-axiológicos que surgen de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional incorporados mediante la reforma de 1994 y que conforman el bloque de constitucionalidad que debe regir todo el actuar del Estado argentino y de las provincias que lo conforman.

Al respecto, vale mencionar:

-La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25 reconoce el derecho de toda persona "a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios" y estipula que "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales" (apartado 2°).

-El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: el artículo 11.1 determina que los Estados partes "reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia" y asumen el compromiso de tomar "medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento".

-La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: En su artículo XI recepta el derecho de toda persona "a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".

-La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (aprobada por la República Argentina mediante Ley 25.280): En su artículo 3 estipula que los Estados Partes, a fin de lograr los objetivos de la convención, se comprometen a adoptar medidas "...para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración…".

Y más específica aún:

- La Convención sobre los Derechos del Niño: La misma reconoce que "el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad" así como su derecho a recibir cuidados especiales, comprometiéndose los estados a alentar y asegurar, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él" (art. 23).

Asimismo, se hace expreso reconocimiento del derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (art. 24) y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27.1). Sobre este último se estipula que los Estados partes "adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda" (art. 27.3). Por último, en su art. 3° la Convención marca como principio rector que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (art. 3).

X.-3.- Particularmente, en materia de protección integral de derechos de las personas con discapacidad, el Estado argentino ha ratificado dos instrumentos internacionales de Derechos Humanos: a nivel regional, la Convención Interamericana de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y, más recientemente a nivel universal, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, que fuera incorporada como texto constitucional mediante la Ley 27.044 que le otorgó tal jerarquía conforme lo dispuesto en el artículo 75 inc. 22 última parte, de la Cimera Nacional.

Esta Convención tiene la particularidad de ser la primera de Derechos Humanos de la O.N.U. en el Siglo XXI y marca un profundo cambio en la consideración de las personas con discapacidad pasando desde un modelo médico rehabilitador a un modelo social de la discapacidad. Fue producto de un proceso que se venía gestando en punto a un cambio de paradigma sobre la concepción de esta especial temática.

Concretamente, se desplaza el "modelo médico" de la discapacidad y se lo sustituye por el "modelo social y de derechos". En tal sentido, el modelo social de la discapacidad trae aparejado la modificación de las actitudes y de los enfoques a adoptar respecto de las personas con discapacidad, en el entendimiento que la discapacidad es el resultado de la interacción entre las personas con deficiencias y las debidas a la actitud y el entorno.

En el Preámbulo de la Convención se reconoce que "la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

La Convención no crea nuevos derechos, sino que fortalece los reconocidos en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, al expresarlos de una manera que comprenda las necesidades y situaciones de las personas con discapacidad, asumiendo que "el problema no radica en el reconocimiento del derecho sino en el modo de garantizarlo para que pueda ser ejercido en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad." (cfr. Villaverde, María Silvia, "Derechos civiles y políticos de las Personas con Discapacidad" publicado en "Los derechos de las personas con discapacidad (Análisis de las Convenciones Internacionales y de la Legislación vigente que los garantizan), ed. EUDEBA).

Allí, la autora citada explica que "La libertad y la participación de las personas con discapacidad constituyen las claves de interpretación del proyecto de inclusión social diseñado en la Convención (…) Así, el derecho a la salud

física y mental implica el derecho a tener acceso a los servicios médicos y sociales y a beneficiarse de dichos servicios, a fin de que las personas con discapacidad puedan ser autónomas, evitar otras discapacidades e integrarse en su comunidad. Del mismo modo, estas personas deben tener a su disposición servicios de rehabilitación para "alcanzar y mantener un nivel óptimo de autonomía" (art. 3 de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, ONU 1993)."

Y concluye, "Todos los servicios mencionados deben prestarse de forma que las personas de que se trate puedan conservar el pleno respeto de sus derechos y de su dignidad. Las personas con discapacidad necesitan, en muchos casos, un apoyo social apropiado – entendiéndose por tal el que se centra en las capacidades (más que en las deficiencias) y en la eliminación de los obstáculos del entorno, propiciando de ese modo el acceso y la inclusión activa en el sistema general de la sociedad (medio físico y cultural, justicia, vivienda y transporte, servicios sociales y sanitarios, oportunidades de educación y trabajo, vida cultural, social, gremial y política, deportes, recreación)." (cfr. opus. cit.).

Para ello, la Convención establece que los Estados Partes tomarán "todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas", debiendo tenerse especial consideración por la protección del interés superior del niño" (art. 7°, apartados 1 y 2).

En ese mismo marco, se reconoce el derecho de las personas con discapacidad a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos discapacidad, debiendo los estados adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud (art. 25).

Conjuntamente con la ratificación de la Convención también se aprobó su Protocolo facultativo organizando la jurisdicción de control del Tratado.

Así, la Convención incluye mecanismos de vigilancia nacional e internacional.

En el plano nacional, el artículo 33 establece tres mecanismos que son pertinentes para la aplicación y la vigilancia de la Convención y en el plano internacional, el artículo 34 establece el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, conformado por expertos independientes que desempeña varias funciones, reconociéndose una amplia legitimación para denunciar el incumplimiento del Estado parte a la Convención (cfr. art. 33).

Dentro de las obligaciones, nuestro país se comprometió a "asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad…" asumiendo obligaciones en pos de tales objetivos, conforme el art. 4. En éste artículo, en su inciso 5 se establece que "las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitación ni excepciones".

X.- 4.- En el derecho interno, la ley 24901 de Prestaciones básicas, establece un "sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos" (art. 1).

Tal "Sistema Único de Prestaciones Básicas para las Personas con Discapacidad" produjo un cambio trascendental en el sistema prestacional, al asegurar la universalidad de la atención de las personas con discapacidad, mediante la integración de políticas y de recursos institucionales y económicos afectados a la temática.

También la ley 22.431 que instituyó un sistema de protección integral a las personas con discapacidad, tendientes a asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social.

Lo propio realiza la ley provincial 1634, que estableció "un régimen de protección integral para la persona con discapacidad, tendiente a asegurarle atención médica, educación, seguridad social, beneficios, franquicias y estímulos que le permitan neutralizar su discapacidad y le den oportunidad de desempeñarse en la sociedad con el mayor margen de integración y armonía" (artículo 1).

Asimismo, la Provincia del Neuquén, en el mes de junio del año 2009, adhirió a "…la ley nacional 24.901, de Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad" (art. 1 Ley

2644) y si bien su reglamentación fue postergada, tal adhesión confirmó la exigibilidad de los derechos reclamados por las personas con discapacidad en la Provincia y, en especial, frente a la demandada.

Este Cuerpo tuvo oportunidad de expedirse sobre la exigibilidad de la normativa nacional en el ámbito provincial, al establecer que "…la normativa referida [por la ley 24.901] resulta plenamente vigente en nuestro ámbito, a partir de la adhesión formulada mediante la Ley provincial N° 2.644" (R.I. 148/12, del Registro de la Secretaría Civil de este Cuerpo en autos "MUÑOZ, ADRIANA ANGÉLICA Y OTRO C/ I.S.S.N S/ ACCIÓN DE AMPARO" (Expte. N° 54-año 2012).

Por su parte, la reforma Constitucional provincial acaecida en el año 2006, incorporó el artículo 47 que prescribe "La Provincia reconoce a las niñas, niños y adolescentes como sujetos activos de derechos, les garantiza su protección y su máxima satisfacción integral y simultánea, de acuerdo a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la que queda incorporada a esta Constitución, en las condiciones de su vigencia. El Estado legisla y promueve medidas de acción positiva tendientes al pleno goce de sus derechos, removiendo los obstáculos de cualquier orden que limiten de hecho su efectiva y plena realización…".

Asimismo, en el artículo 50, expresamente se refiere a la temática de la discapacidad, estableciendo que: "El Estado garantiza el pleno desarrollo e integración económica y sociocultural de las personas discapacitadas, a través de acciones positivas que les otorgue igualdad real en el acceso a las oportunidades y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional, Tratados Internacionales, Leyes y esta Constitución, sancionando todo acto u omisión discriminatorio. Promueve y ejecuta políticas de protección integral y de fortalecimiento del núcleo familiar, entendido como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas, tendientes a la prevención, rehabilitación, educación y capacitación e inserción social y laboral. Promueve y consolida el desarroll de un hábitat libre de barreras naturales, culturales, comunicacionales, sociales, arquitectónicas, urbanísticas, del transporte y de cualquier otro tipo." Cabe precisar que, con anterioridad a tal reforma, la Constitución Provincial ya preveía la protección integral de la familia (art. 24) y la "rehabilitación integral de los discapacitados" (art. 54 inc. n), además de un régimen de seguridad social (art. 54 inc. I y II)

En ese contexto se enmarcó la creación del Instituto de Seguridad Social del Neuquén (Ley 611), continuador jurídico de la Caja de Previsión Social de la Provincia (Ley 178) y de la Obra Médico Asistencial de la Administración (Ley 42) y, en tal virtud, tiene por finalidad el cumplimiento de los fines del Estado en materia de seguridad social.

Específicamente, en lo que aquí interesa, le corresponde la prestación de los servicios de salud y asistenciales a sus afiliados a los que asegura el goce de los beneficios creados por la ley 611 y los que en el futuro se crearen (conf. art. 1 y 4 de la ley 611).

A su vez, el art. 96 de la misma ley establece que la Dirección de Prestaciones de Salud y Asistenciales realizará en la Provincia todos los fines del Estado Provincial en materia de salud y asistencial para sus agentes en actividad y pasividad (…) teniendo los afiliados el derecho a la libre elección de los profesionales de las ciencias médicas conforme a los requisitos que se establezcan, reafirmando el sistema de obra social abierta y arancelado.

Por su parte, el art. 101 establece que las prestaciones de salud atenderán a la protección y recuperación de la salud y a la rehabilitación y readaptación del afiliado y su grupo familiar a cargo e incluirán la provisión de medicamentos y aparatos de prótesis y ortopedia.

Como se advierte, se trata de un vínculo de seguridad social que hace que la relación se deba sujetar a los principios que rigen en ella. En este sentido, la Corte Suprema ha indicado que en la actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el artículo 14 nuevo de la Constitución Nacional confiere un carácter integral.

Los principios de la seguridad social aplicables son los de integralidad, universalidad e igualdad. (cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, La empresa médica, pág. 81).

Y entre los derechos de los beneficiarios de la obra social puede mencionarse el de obtener una prestación integral y eficaz. Como regla general se ha señalado un deber de prestación integral y óptimo que no alcanza con disponer de medios técnicos y recursos humanos, sino que consiste en utilizarlos con sentido dinámico y coordinado para que actúen bien (conf. obra citada, pág. 88).

Expuesto el sistema de fuentes aplicable al caso, es preciso aclarar que aun cuando la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" fue aprobada con posterioridad al tiempo en que sucedieron los hechos hoy controvertidos –al igual que la ley 2644 de adhesión al régimen nacional, ley 24.901- lo cierto es que al momento en que los accionantes reclamaron las prestaciones al ISSN demandado (año 2001), se encontraban plenamente vigentes el plexo de derechos consagrados en la Constitución Nacional y aquéllos reconocidos en los Pactos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22), en especial, la Convención de los Derechos del Niño, como así también, a nivel local, los derechos reconocidos en el texto Constitucional Provincial del año 1957 y la ley 611.

XI.- Luego, situados en la perspectiva constitucional de los Derechos Humanos receptada en los Pactos Internacionales reseñados y la legislación citada, no cabe otra conclusión que otorgar responsabilidad al Estado por la falta de oportuna cobertura asistencial plena e integral de la menor B.F., a fin de lograr su integración social en todos los aspectos requeridos.

Es que, a la luz de tales principios, la negativa dada por la Obra Social frente al requerimiento de cubrir el 100% de las prestaciones a favor de la niña con discapacidad, aparece como irrazonable, desde que se aleja del estándar de protección y de asistencia integral de la discapacidad y desconoce el principio del "interés superior" de las personas de menor edad, cuya tutela prioriza la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 de la C.N.).

En efecto, la Obra Social argumenta que las personas con discapacidad tienen cubierto el 100% de las prestaciones que requieran –siempre y cuando sean de prestadores autorizados- y bajo el sistema de módulos, siempre que se cuente con el certificado de discapacidad emitido por la JUCAID.

Mas ello resulta insuficiente e inadecuado a los fines de cubrir las necesidades y requerimientos de prevención, asistencia, tratamiento, rehabilitación, estimulación y promoción de las personas con discapacidad de suerte tal de facilitar su integración social, procurando el óptimo desarrollo de sus capacidades y su autonomía, en respeto a su dignidad. En este contexto, el diagnóstico, tratamiento de afecciones y patologías, y la estimulación temprana de una niña, nacida prematuramente y con Síndrome de Down, aparece como una necesidad que debió ser solventada integralmente por la Obra Social, no siendo razonable la aplicación del sistema de prestaciones por módulos o las limitaciones relativas a prestadores autorizados; máxime teniendo en cuenta que la menor en cuestión contaba con el certificado expedido por la autoridad provincial de Rio Negro, el 17/08/2001 (cfr. fs. 10/12 Expte. administrativo 2369-046745/4 Alc. 0000 Año 2003).

Es que, en el caso particular, se encuentra en juego el derecho a la salud de una niña menor de edad y con discapacidad, que merece una protección especial y específica por parte del Estado -en este caso, a través de su Obra Social-.

En este análisis no puede soslayarse que, si bien la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad y la ley Nacional 24.901 no se encontraban vigentes al momento en que los accionantes reclamaron la cobertura integral de las prestaciones para la niña, las obligaciones a cargo de la Obra Social derivaban del plexo constitucional vigente desde el año 1994, que privilegia el "interés superior del niño" y consagra el derecho a la protección especial de aquellos sectores particularmente vulnerables, como son las personas con discapacidad y los menores de edad.

Conforme lo tiene dicho el Máximo Tribunal "La primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad.

La Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe "garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Fallos 327:3677; 332:2043) y "garantizar" significa "mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar las medidas que pudieran tener repercusiones negativas", según indica en su Observación General nº 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las "condiciones de vigencia" de

este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional" (Fallos 332:709).

La irrazonabilidad de la negativa se evidencia en mayor medida si se analiza el caso desde la perspectiva de las fuentes internas (Ley 24.901 y Ley provincial 2644) e internacionales antes mencionadas –en especial, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad- que posteriormente fueron delineando, con mayor precisión, los derechos consagrados constitucionalmente a partir de la reforma de 1994.

No hay dudas, entonces, respecto al deber de garantizar los derechos humanos fundamentales, en especial el derecho a la salud y con mayor resguardo por tratarse de una menor con discapacidad.

Desde la jurisprudencia nacional ese es el norte trazado, inspirada indudablemente en el principio "Pro Homine", criterio hermenéutico que informa toda la legislación referida a los Derechos Humanos y que prescribe que se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos.

Es que el derecho a la salud (artículos 42 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional) está indisolublemente unido a la calidad de vida y, por ende, a la dignidad de la persona.

En este sentido, la Corte Suprema de la Nación afirmó que: "...el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de la naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye el valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Causa RH – Campodónico de Beviacqua, Ana C. v. Ministerio de Salud y acción social –Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas neoplásicas"; 24/10/2000 (J.A. 2001-III-464).

Desde allí, que el requerimiento a la cobertura integral de las prestaciones y la protección bajo análisis, en el marco específico, constitucional e internacional que la consagra, avala el reconocimiento del derecho vulnerado, tal como oportunamente fue reconocido en la acción de amparo.

Era una obligación legal para el ISSN -con base constitucional- cubrir en forma integral las prestaciones reclamadas, por ello el comportamiento en sede administrativa, como en este ámbito, sosteniendo una actitud reticente al reconocimiento pretendido aparece como inadmisible a la luz de los principios que deben regir su accionar con relación a la atención de la salud y la vida de sus afiliados.

Las pautas interpretativas aludidas reafirman la solución aquí establecida y determinan el incumplimiento por parte de la Obra Social –durante el período reclamado-.

XII.- Desde allí, aparecen confirmados los requisitos de la responsabilidad estatal en punto al accionar ilegítimo de la Obra social que guarda una relación de causalidad adecuada con el daño alegado.

Y con ello, también se diluye el planteo de la demandada sobre los efectos de la sentencia de la acción de amparo, en punto a si era constitutiva o declarativa de derechos.

Esto porque, la sentencia de amparo pese a que sigue las reglas generales de la sentencia definitiva del proceso de conocimiento, sus efectos son distintos atendiendo al objeto preciso de la acción.

Su procedencia se encuentra condicionada a que la actividad de la administración pública, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícitas o implícitamente reconocidas por la Constitución Provincial (Ley 1981).

Así el resolutorio final del proceso de amparo contiene un contenido específico en punto a poner fin a aquellos actos que atentan contra los derechos reconocidos constitucionalmente. Tiende entonces a restituir la situación jurídica restringida o a que cese inmediatamente la lesión constitucional.

Al dictar sentencia en la acción de amparo no se constituyó un nuevo estado jurídico; por el contrario se condenó a cumplir conforme el derecho de los actores, en especial el derecho de la niña B. F. a recibir una cobertura integral.

En efecto, en el amparo se hizo lugar a la demanda "…disponiendo que el ISSN arbitre los medios necesarios para cubrir mediante el sistema de módulos, el porcentaje del 100% de las prestaciones terapéuticas asistenciales y de rehabilitación que la niña efectúe en el centro de su elección, aún cuando éste no revista el carácter de prestador de la misma." (cfr. fs. 196/200 Expte. 13125/03).

Luego, mediante la resolución aclaratoria de fecha 10/06/05 –fs. 204 expte. cit.-, se señala que "…la sentencia dictada lo es en el amplio sentido de que la obra social debe cubrir el 100% de las prestaciones terapéuticas, asistenciales y de rehabilitación que la niña realice en el centro terapéutico de su elección, lo que obviamente incluye las prestaciones enumeradas en el escrito de inicio de la acción y que se efectúan en el centro terapéutico Naceres que es el que han elegido y no es prestador del ISSN" (PS Año 2005, Nro. 2 bis, Fº 7 bis Tº I).

Para así resolver, se analizó la situación planteada a tenor de la prueba producida y pese a considerar que la Provincia del Neuquén no se encontraba adherida a la Ley 24901, se juzgó que "…el derecho a la vida es el primer derecho de la persona que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (…). Es entonces que adquiere relevancia garantizar a los menores discapacitados el acceso efectivo a los servicios de salud y de rehabilitación y más allá de lo expresamente normado por la ley referida, los servicios que se deben a las personas discapacitadas comprenden las prestaciones de rehabilitación, de educación, asistenciales, terapéuticas educativas y las especiales que requiera la patología. Ello, con el fin de lograr la integración social de las personas con discapacidad a la sociedad tal como está constituida. Ahora bien, ha quedado sobradamente probado que la niña requiere prestaciones que no pueden calificarse como estrictamente médicas, sino que son de orden psicopedagógico y asistencial, que hacen a su rehabilitación integral y evidentemente a su más alto y completo desarrollo en el límite de sus capacidades para posibilitar la integración en la sociedad de las personas con capacidades diferentes. Y este es un derecho que debe ser reconocido y respetado…".

No hay margen para interpretar algo distinto a lo que se sustentó en aquel resolutorio. Lo que fue reconocido debió ser cubierto por la demandada, con anclaje constitucional, desde el momento del requerimiento de la cobertura, sin necesidad de accionar judicialmente para alcanzar ese objetivo.

XIII.- Sentado ello, resta determinar la procedencia de los rubros y la extensión del resarcimiento reclamado.

Los actores solicitan la reparación de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que alegan haber sufrido como consecuencia del incumplimiento por parte del ISSN de su obligación legal, constitucional y convencional.

Respecto de los primeros, cabe remitirse a la pericia contable realizada en las presentes, a los fines de su determinación.

Así a fs. 380/385 la perito contadora, realizó un primer relevamiento de gastos, que arrojó un monto menor al total de los reintegros efectuados por el ISSN (a valores históricos) y considerando que no era razonable, dedujo que la información suministrada no estaba completa. Por ello, requirió al I.S.S.N. una ampliación detallada sobre los reintegros realizados.

La parte actora solicitó que el demandado acompañe la información (fs. 387) y la obra social acompañó un informe dado por la Coordinación de Gestión de Control.

Se completó la pericia a fs. 417/421 y así el importe de gastos y reintegros que surge del nuevo relevamiento arroja una diferencia entre ambos conceptos de $6.623,20 en favor de los accionantes, a valores históricos.

Dicho informe no fue impugnado por ninguna de las partes, por ello, en uso de las facultades que otorga el art. 165, tercer párrafo, del C.P.C.y C., estimo prudente fijar dicha suma por este rubro.

XIV.- Por último debe considerarse el reclamo por daño moral.

Téngase en cuenta que este daño supone la privación o disminución de bienes no económicos que tienen un valor singular para la persona humana, como son la paz, la tranquilidad espiritual, la libertad, el honor, la integridad física y los más sagrados afectos y sentimientos. Tiene una función satisfactoria frente a los matices espirituales del sufrimiento, reparadora del dolor, del sufrimiento y hasta de la frustración de un proyecto existencial (conf. Azpeitía, Gustavo A.; Lozada, Ezequiel y Moldes, Alejandro J.E., "El daño a las personas", Ábaco, Buenos Aires, págs. 44/45).

En esta línea, importa "una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho como consecuencia de éste y anímicamente (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños. t. 2.a., p. 49).

Señala la misma autora que "constituye daño moral toda modificación disvaliosa del equilibrio espiritual del sujeto que como consecuencia del suceso opere por manifestación positiva (daño moral positivo) o negativa (beneficio espiritual

cesante) [...] Es que el daño moral puede traducirse en sentimientos, situaciones síquicas dolorosas, incómodas o aflictivas pero igualmente en la pérdida de determinados sentimientos, o en la imposibilidad de encontrarse en una condición anímica, deseable, valiosa o siquiera normal" (op. cit., p. 554-5).

Las constancias de autos dan cuenta de las especiales circunstancias vividas por los accionantes como consecuencia de no haber contado con la prestación integral durante el período reclamado, cuya cobertura se encontraba a cargo de la demandada.

En esta línea, puede advertirse una serie de aspectos que evidencian claramente un sufrimiento que los actores debieron atravesar, ello en consideración de las circunstancias que rodearon los reclamos ante la Obra Social en pos del cumplimiento integral pretendido hasta la sentencia de amparo.

La negativa de la Obra Social a cubrir las prestaciones indispensables que necesitaba su hija recién nacida, con una discapacidad, que requería de una atención urgente a fin de evitar trastornos futuros en su desarrollo, importó un episodio traumático, inesperado, que les acarreó inevitables padecimientos y angustias cuya reparación no puede dejar de reconocerse.

De igual modo, la continuidad o no, del tratamiento de rehabilitación integral e interdisciplinario, como se pone de manifiesto en la demanda de la acción de amparo, que redunda en el crecimiento de la niña dependiendo de la cobertura de la demandada produce un estado de incertidumbre y angustia en los actores que repercute en el daño bajo análisis.

Así lo manifiestan al referir que "el abandono o interrupción del mismo y/o el cambio de profesionales que la asisten desde los 3 meses de vida derivaría en significativas regresiones en su positiva evolución, afectando negativamente la emocionalidad de la niña".

Ahora bien, la reparación del daño moral constituye una medida en pesos que representa un elemento positivo de sustitución de goce, satisfacciones y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales.

Se ha dicho que el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado.

La evaluación del perjuicio moral es tarea delicada, pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior. 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.

Por ello, en uso de la facultad conferida por el art. 165 del C.P.C.y.C., tomando en consideración las distintas cuestiones expuestas, se establece como reparación total para el rubro, la suma de $6.000 en conjunto.

XV.- En mérito a todo lo expuesto, el total indemnizatorio asciende a la suma total de $12.623,20. A dicha suma se le deberá adicionar los intereses debidos calculados desde el 23/12/05 (fecha del reclamo Expte. 3469-048329/2) hasta el 01-01-2008, a la tasa promedio entre la activa y pasiva (mix) del Banco de la Provincia del Neuquén y, a partir de la fecha señalada hasta el efectivo pago, a la tasa activa mensual establecida por el mismo Banco (cfr. criterio establecido en Acuerdo "Alocilla", entre otros).

Las costas del pleito se imponen a la demandada perdidosa por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 C.P.C.y C. y 78 Ley 1.305).

El Señor Vocal Doctor EVALDO DARIO MOYA dijo: Por compartir los fundamentos expuestos por el Señor Vocal que votara en primer término, Dr. Massei, me pronuncio en idéntico sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal, SE RESUELVE: 1°) Hacer lugar a la demanda incoada por J. M. F. y V. J. R. contra el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN y, en consecuencia, condenar a éste último a abonarles la suma de $12.623.20 en concepto de resarcimiento por el daño (patrimonial y moral) sufrido por los accionantes, por la falta de cobertura integral de las prestaciones asistenciales requeridas por su hija B. F. con más los intereses establecidos en el considerando XV; 2°) Las costas serán soportadas por la demandada

en su calidad de vencida (art. 68 del C.P.C. y C); 3°) Diferir la regulación de los honorarios hasta contar con pautas para ello; 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

Dra. Luisa A. Bermúdez – Secretaria

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

**"CABRAL ALEJANDRO Y OTRA C/ PROVINCIA DE NEUQUEN (PODER JUDICIAL) S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3554/2011) – Acuerdo: 51/15 – Fecha: 07/09/2015

DERECHO ADMINISTRATIVO: SUBROGANCIA.

PAGO DE SUBROGANCIA. JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. FUNCION ADMINISTRATIVA.

1.- Corresponde no hacer lugar a la demanda mediante la cual se reclama el pago de subrogancias equivalente a la tercera parte del cargo de juez de primera instancia por estar a cargo de la Secretaría de Exhortos y la Oficina de Suspensión de Juicio a Prueba, en su defecto, se los releve de tales funciones impuestas por Ac. 4116 pto. IV. Pues no se advierte que la decisión de poner dichas oficinas a cargo de los jueces correccionales haya significado la atribución de funciones de mucha mayor envergadura que las que correspondían a su cargo.

2.- […] es preciso insistir en que el Tribunal Superior de Justicia como cabeza del Poder Judicial ejerce la superintendencia de la administración de justicia asignada por la Constitución Provincial (art. 240 inc. a). En orden a ello, le corresponde establecer los lineamientos generales de política en materia de indicadores, estadísticas y control de la labor jurisdiccional, el control de personal, la contratación de bienes y servicios, la ejecución presupuestaria y toda otra medida vinculada al correcto funcionamiento de este Poder del Estado. Por consiguiente, la actuación del Poder Judicial en el ejercicio de la superintendencia se encuentra amparada constitucionalmente.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 51. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los siete días del mes de septiembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los

autos caratulados: "CABRAL ALEJANDRO Y OTRA C/ PROVINCIA DE NEUQUEN (PODER JUDICIAL) S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 3554/11, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- Que a fs. 8/21 se presentan Alejandro Cabral y María Antonieta Gagliano e inician acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén. Pretenden el pago de una subrogancia, consistente en un plus salarial compensatorio, equivalente a la tercera parte del sueldo asignado al Juez de Primera Instancia, por tener a su cargo la Secretaría de Exhortos y la Oficina de Suspensión de Juicio a Prueba. Reclaman el pago desde el día 16/04/2007 en adelante, con más la depreciación monetaria e intereses y, en el caso de rechazarse lo peticionado, solicitan que se los releve de las obligaciones impuestas mediante Acuerdo 4116 punto IV.

Exponen que mediante los Acuerdos 2547/90 y 3011/96, respectivamente, se crearon la Secretaría de Exhortos y Oficios Penales y la Oficina de Suspensión de Juicio a Prueba.

Agregan que, luego, en el Acuerdo 4116, punto IV, a raíz de una solicitud efectuada por los Jueces de Instrucción Penal, se modificaron los Reglamentos de dichos organismos y se los puso a cargo de los Jueces Correccionales.

Destacan que si bien del Acuerdo 4116 surge que en su carácter de jueces correccionales no se opusieron al proyecto, lo cierto es que al emitir opinión establecieron pautas en cuanto al personal necesario y al pago de una subrogancia.

Transcriben que la demandada fundó el rechazo del pago de la subrogancia en que era "una tarea habitual y normal para los jueces de instrucción, prevista en el artículo 110 del Reglamento de la Oficina de Exhortos y el art. 20 del Reglamento de la Oficina de Suspensión de Juicio a Prueba".

Resaltan que el fundamento dado omite el incremento de tareas a cargo de los Jueces Correccionales a partir de la reforma procesal del año 1996, como también el hecho de que la tarea que hacían 6 jueces de instrucción pasó a ser ejercida por los 2 jueces correccionales.

Exponen que, el Tribunal Superior de Justicia efectuó una modificación unilateral de la relación laboral originaria que implicó una sobrecarga de tareas no habituales, que vulneró los principios consagrados en la ley laboral, del empleado público y en la Constitución Nacional y Provincial, tales como los derechos a la compensación económica, igual remuneración por igual tarea, igualdad ante la ley y enriquecimiento sin causa de la Administración.

Mencionan que el artículo 5° del Reglamento de Justicia no refiere a la obligación de asumir nuevas tareas no comprendidas, sino sólo las propias de la función. Agrega que, tal como establece el Acuerdo 3962, punto XVII, tener a cargo la Secretaría de Exhortos y la Oficina de Suspensión de Juicio a Prueba era una tarea propia de los Jueces de Instrucción.

Luego refieren al Acuerdo 4104 punto III sobre pago de subrogancias y concluyen que si se modificó el reglamento asignándoles una nueva función tienen derecho al pago de la compensación económica.

Agregan que la situación descripta produce una violación al principio de igualdad ante la ley, ya que por Acuerdo 4118 punto XVIII se aprobó el Reglamento de Compensación Especial de la Justicia Electoral, que ordena abonar un plus salarial al Juez de Menores que interviene como Juez Electoral. Citan el precedente "Cosentino" de este Tribunal.

Destacan que se encuentran en una situación de riesgo, frente al control de idoneidad y funcionalidad del Consejo de la Magistratura, en virtud de que concursaron para un cargo y no para realizar otras tareas adicionales por las que no perciben salario.

Asimismo sostienen que el Acuerdo 4763 trasunta una mera afirmación dogmática que no reviste la motivación que el tema merece.

Concluyen que si las tareas se agregaron con posterioridad a concursar el cargo y las mismas implican un esfuerzo distinto, una dedicación mayor y una responsabilidad accesoria, deben ser remuneradas como corresponde; caso contrario, es factible dejar de realizar las tareas ajenas a la función propia del cargo de Jueces Correccionales.

A continuación hacen reserva de interponer Recurso Extraordinario Federal.

Asimismo solicitan se dicte una medida cautelar para que se dejen sin efecto las tareas adicionales que alegan cumplir.

II.- A fs. 62/67, mediante R.I. 377/12 se rechazó la medida cautelar solicitada y se declaró la admisión del proceso.

III.- Ejercida opción por el procedimiento sumario y corrido traslado, a fs. 79/84, compareció la Provincia del Neuquén y contestó la demanda.

Efectuadas las negativas de rigor, refiere a las pretensiones de los actores y manifiesta que su defensa se basará en los argumentos dados por este Tribunal al rechazar el reclamo; solicita se los tenga por reproducidos y transcribe parte de los considerandos del Acuerdo 4763.

Luego, señala la falta de prueba conducente y considera que la parte actora debió haber optado por el procedimiento ordinario.

A continuación, requiere que en el supuesto que se haga lugar a la demanda se considere: que el pago de las diferencias y/o intereses sea siempre dentro del período de tiempo cuyo pago se pueda reconocer. Asimismo, solicita que sobre el capital e intereses se efectúen las retenciones y aportes al Instituto de Seguridad Social de Neuquén.

Refuta la procedencia del pedido de actualización con fundamento en los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928 y 4 de la Ley 25.561.

Por último, hace reserva de la cuestión federal y efectúa su petitorio.

IV.- A fs. 86/90 vta. se expidió el Sr. Fiscal General, quien propicia se haga lugar a la demanda, fundado en que la competencia otorgada a los accionantes en el Acuerdo 4116 les encomendaba tareas que requirieron mayor dedicación y responsabilidad que deben ser remuneradas.

V.- A fs. 91, se dictó la providencia de autos para sentencia la que, firme y consentida, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VI.- Los accionantes pretenden la percepción de una compensación equivalente a la tercera parte del sueldo asignado al Juez de Primera Instancia, desde el 16 de abril de 2007 -fecha en que asumieron las Oficinas de Exhorto y de Suspensión de Juicio a Prueba- (Acuerdo 4116 punto IV), o bien, se los releve de la función asignada.

En forma preliminar conviene resaltar que, en la actualidad, como consecuencia de la reforma penal, las Oficinas mencionadas se encuentran a cargo de la "Oficina Judicial" (cfr. Ley 2.891). A raíz de ello, la pretensión se circunscribe al pago de la subrogancia durante el período en que los accionantes desempeñaron la función establecida en el punto IV del Acuerdo 4116.

Ahora bien, en la etapa administrativa este Poder judicial rechazó los reclamos presentados mediante los Acuerdos 4406/09 y 4763/11.

En el Acuerdo 4406/09, en primer término, se hizo referencia el Acuerdo 4116 pto. IV que determinó que las Oficinas de Exhortos y Oficios Penales y de Suspensión del Proceso a Prueba estarían a cargo de los Juzgados Correccionales.

Luego, se resaltó que: "en ejercicio de atribuciones legales conferidas al Alto Cuerpo, se estimó necesario para maximizar los recursos a través de una mejor distribución y a fin de optimizar el servicio de justicia" y que "sentó sus bases en atribuciones propias del Tribunal Superior de Justicia, que como máxima autoridad del Tribunal Superior de Justicia, se encuentra investido por la Constitución Provincial de la atribución general de ejercer la superintendencia de la administración de justicia (cfr. art. 240°.)".

Asimismo, se señaló que: "Este cúmulo de potestades propias del Alto cuerpo, comprende entre otras, la potestad de organizar, diagramar y reestructurar el diseño interno de los organismos judiciales" y "su fundamento reside en la necesidad de procurar, mantener y mejorar el normal funcionamiento de las instituciones pertenecientes al Poder Judicial".

Más adelante, se hizo hincapié en que la necesidad del servicio determinó que fueran los jueces Correccionales quienes desempeñaran en forma habitual y normal el manejo de las Oficinas de Exhortos y de Suspensión de juicio a prueba y se rechazó el pedido del adicional por no encontrarse contemplado para el ejercicio de competencias propias de los Jueces Correccionales.

Luego, se analizaron las normas reglamentarias del pago de subrogancias (Ac. 4406/09 pto. VI), destacándose que las pautas reposan en el fundamento de que la subrogación o necesidad de reemplazo opera frente a una vacancia y que no debe perderse de vista que en esencia el régimen de subrogancias es de naturaleza extraordinaria y determina

que es inconcebible la subrogación indefinida en un cargo o que pueda extenderse el pago del adicional en supuestos no contemplados o incluso cuando de hecho no exista una vacancia a reemplazar.

Por ello, se sostuvo que: "la actividad que efectúan los reclamantes no encuadra dentro de las previsiones estatutarias tenidas en cuenta para el pago de la subrogación. En la especie, no existe desempeño efectivo de tareas propias de una vacante de igual o superior jerarquía".

Posteriormente, en el Acuerdo 4763/11 se reiteró la posición asumida en el Acuerdo 4406/09 en cuanto al ejercicio de la Superintendencia en cabeza del Máximo Órgano Judicial.

En tal sentido se señaló que dentro del diseño constitucional constituye una herramienta fundamental para la organización administrativa interna del Poder Judicial que le permite organizar, diagramar y reestructurar el diseño interno de los organismos judiciales.

Se resaltó que desde la primera reglamentación hasta la actualidad no se incorporó ningún rubro remunerativo adicional para los encargados de dirigir y controlar las oficinas de Exhortos Penales y Oficios Penales y de Suspensión del Proceso a Prueba.

Se insistió en que el manejo de las oficinas mencionadas resulta inherente a los magistrados penales que por estrictas razones de organización interna se encuentran en la actualidad en cabeza de los jueces Correccionales.

Asimismo, se destacó que el cúmulo de funciones propias que se deben atender en cualquier organismo judicial no se presenta a priori y en abstracto como delimitable para ningún magistrado o funcionario judicial.

Además, se hizo referencia a las planillas estadísticas y, en mérito a tales datos, se concluyó que las labores no abrumaban o desequilibraban el ritmo habitual de trabajo ni excedían los límites de razonabilidad exigibles a cualquier miembro del poder judicial en la consecución del servicio público perseguido.

En mérito a tales razones, se rechazó el pedido efectuado por los actores.

VII.- Ahora bien, en la misma línea trazada en los Acuerdos referenciados, se advierte que la función que desempeñaron los actores mientras se encontraban a cargo de la Secretaría de Exhortos y de la Oficina de Suspensión de Juicio a Prueba (cfr. Acuerdo 4116, punto IV) no encuadra en las normas reglamentarias para el pago de subrogancias (conf. Acuerdo 3463, pto. VII, del 10/04/2001 y modificado por Acuerdo 4104 del 28/02/2007).

En efecto, tales normas establecen que "Los magistrados, funcionarios y agentes que por obligación legal o reglamentaria subroguen a magistrados y funcionarios de igual o mayor jerarquía que la de aquellos cargos de los que son titulares, durante un lapso mínimo de quince días corridos, tienen derecho a una compensación, consistente en la tercera parte del sueldo correspondiente al cargo que se reemplaza en el primer caso, y a la diferencia de sueldo existente entre ambos cargos, en el segundo supuesto".

De lo anterior se desprende que los accionantes técnicamente no han "subrogado" cargo alguno. En consecuencia, corresponderá analizar si debido a la asignación de tareas efectuada por este Tribunal, mediante Acuerdo 4116, les corresponde algún tipo de compensación.

A tal efecto es preciso insistir en que el Tribunal Superior de Justicia como cabeza del Poder Judicial ejerce la superintendencia de la administración de justicia asignada por la Constitución Provincial (art. 240 inc. a).

En orden a ello, le corresponde establecer los lineamientos generales de política en materia de indicadores, estadísticas y control de la labor jurisdiccional, el control de personal, la contratación de bienes y servicios, la ejecución presupuestaria y toda otra medida vinculada al correcto funcionamiento de este Poder del Estado.

Por consiguiente, la actuación del Poder Judicial en el ejercicio de la superintendencia se encuentra amparada constitucionalmente.

En este marco, el máximo Tribunal tiene a su cargo la administración de su organización, la formulación de políticas determinadas, la dirección y el control, a fin de procurar el correcto funcionamiento del servicio de justicia.

A tal efecto los magistrados, funcionarios y empleados deben subordinarse a esas decisiones de manera tal que se asegure la unidad de acción en procura del interés general y de una mejor prestación de la función judicial.

Por otro lado, tal como se estableciera al analizar la petición en ejercicio de la función administrativa, no se advierte -atento tratarse de funciones propias del fuero penal- que se vulneren los principios de igualdad, razonabilidad,

proporcionalidad, enriquecimiento sin causa del Estado y el derecho a una retribución justa. Principios que establecen los límites sustanciales que deben respetarse frente al ejercicio de las prerrogativas de organización general de la Administración.

Además, más allá de los reparos formales que efectuaran los accionantes, lo cierto es que no se ha acreditado el perjuicio concreto. No existen evidencias que demuestren que, haber tenido a cargo las oficinas en cuestión durante 6 meses cada año, haya sobrecargado de manera significativa las funciones habituales de los requirentes como para que se justifique una compensación económica.

El argumento de que anteriormente dichas tareas la desempeñaban 6 jueces y luego ese mismo trabajo lo realizaron 2, no resulta suficiente para acceder a la pretensión esgrimida.

No puede desconocerse que la atención de las oficinas encargadas a los Sres. Jueces Correccionales requerían, en su mayor medida, tareas administrativas (registración de causas, confección de legajos, carga de datos, contestación de oficios) para las que contaban con la asistencia de los empleados y los Secretarios de cada Juzgado; en ese escenario dichas tareas no implicaban un incremento de su labor jurisdiccional (cfr. Reglamento de la Oficina de Exhortos y Reglamento para la Oficina de suspensión del proceso a prueba).

De allí que no se advierte que la decisión de poner las Oficinas de Exhortos y de Suspensión de juicios a prueba a cargo de los jueces correccionales haya significado la atribución de funciones de mucha mayor envergadura que las que correspondían a su cargo.

Además, no puede soslayarse que mientras dichos organismos estuvieron a cargo de los Jueces de Instrucción, esos magistrados no percibieron ninguna compensación (cfr. Ac. 3962 punto XVII).

En la misma línea, no se encuentra asidero al argumento consistente en que, en base a una misma remuneración se incrementaron las tareas y, por lo tanto, se vulneró el derecho a una retribución justa. Por el contrario, la incorporación de tareas, en este caso, se encuadra en el ejercicio del "iusvariandi" ínsito en toda relación de empleo público.

En efecto, en orden a tales facultades y en atención a los mayores requerimientos que demande la prestación del servicio de justicia puede ocurrir un aumento o disminución de la actividad laboral, sin que ello otorgue derecho a reclamar una compensación especial.

Así, puesto que se ha encargado a los actores, dentro de la misma estructura, una función -transitoria y alternante- que no es ajena a las funciones del cargo, y que no excedieron los límites de razonabilidad exigida a los magistrados en la consecución del servicio público a su cargo, no se justifica la compensación económica pretendida.

Desde esta perspectiva, en el contexto aquí planteado, la negativa al reconocimiento de la compensación no altera – a diferencia de la situación contemplada en los antecedentes traídos por los accionantes- la primacía constitucional y sus principios de igualdad y retribución justa.

En consecuencia, por las razones expuestas, corresponde propiciar el rechazo de la demanda.

Las costas, teniendo en cuenta el carácter controversial y opinable de la cuestión y la naturaleza de los derechos en pugna, estimo razonable fijarlas en el orden causado (art. 68, segundo párrafo del CPCyC de aplicación supletoria en la materia). ASI VOTO.

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

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) RECHAZAR la demanda interpuesta por los Sres. Jueces ALEJANDRO CABRAL y MARÍA ANTONIETA GAGLIANO. 2°) Costas en el orden causado (art. 68, segunda parte del CPCyC). 3°) Diferir la regulación de honorarios profesionales 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

**"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ LEZANA GABRIELA CECILIA S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 5036/2014) – Acuerdo: 54/15 – Fecha: 07/09/2015

DERECHO PROCESAL: Allanamiento.

COSTAS. COSTAS EN EL ORDEN CAUSADO.

1.- Corresponde hacer lugar al allanamiento formulado por la accionada porque se encuentran reunidos los requisitos formales, en tanto el allanado es capaz y los derechos sustanciales materia del proceso son disponibles, no estando comprometido el orden público.

2.- En consecuencia, en atención a las razones de derecho expuestas en la demanda, el fundamento jurídico que respalda la acción y las constancias documentales acompañadas, se impone dictar la resolución respectiva en los términos de la pretensión reconocida. Así, dándose las circunstancias contempladas en el Decreto 1494/92 –Reglamento que ordena la gestión del Módulo de Deudas con la Administración Pública Provincial que registre el personal, originadas en su relación laboral- corresponde hacer lugar a la demanda promovida.

3.- En el caso, no resulta procedente la liquidación y condena de intereses, que son la consecuencia de la mora en la repetición de la suma que fuera recibida por la accionada; la actora no fue intimada previamente, conforme lo establece el art. 7 del Reglamento aprobado mediante el Decreto 1494/02 (cfr. constancias administrativas acompañadas Expte. 5721-006131/2014) y depositó la suma pretendida al momento de contestar la demanda.

4.- En cuanto a las costas, conforme las constancias de autos y, en especial, la falta de un requerimiento extrajudicial de pago de lo adeudado, el depósito de la suma reclamada y la conformidad de la actora conllevan a imponerlas en el orden causado. (art. 68, 2° parte del C.P.C. y C. y 78 Ley 1305).

**Texto completo:**

ACUERDO N° 54. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los siete días del mes de septiembre de dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los señores Vocales, Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI con la intervención de la Secretaria titular de la Secretaría de Demandas Originarias Dra. Luisa Analía Bermúdez para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ LEZANA GABRIELA CECILIA S/ ACCION PROCESAL

ADMINISTRATIVA", Expte. 5036/2014, 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. 6/10 se presenta la Provincia del Neuquén y promueve acción contra la Sra. Gabriela Cecilia Lezana, por la suma de $151,02, solicitando se haga lugar a la demanda y se condene al reintegro del capital reclamado con más sus intereses desde la fecha de pago sin causa y las costas del juicio.

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

Alude a los fundamentos de la demanda: el pago indebido y el enriquecimiento sin causa.

II.- Declarada la admisión del proceso y corrido el traslado de la demanda, a fs. 20, se presenta la demandada, por derecho propio, con patrocinio letrado.

Manifiesta que se allana en los términos del art. 33 de la Ley 1305, adjuntando boleta de depósito judicial por la suma de $152,00.

Expresa que no existió reticencia en reintegrar los fondos ya que nunca fue notificada del error en la liquidación y por eso, solicita que, al momento de resolver se la exima de las costas, atento constancia de dación en pago en tiempo y forma.

III.- Corrido el pertinente traslado, la actora solicita se haga lugar al allanamiento (fs. 24).

Dice que no se dan los presupuestos para que las costas se impongan a su parte pero, no obstante y, teniendo en cuanta la actitud procesal de la demandada, quien depositó voluntariamente lo reclamado, solicita que se impongan las costas en el orden causado.

IV.- A fs. 26 dictamina el Sr. Fiscal General Subrogante quien, atendiendo a los términos de la contestación de demanda, propicia que se tenga a la demandada por allanada.

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

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

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

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

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

En tal sentido, corresponde dejar sentado que, en los presentes se cumplen los requisitos formales, en tanto el allanado es capaz y los derechos sustanciales materia del proceso son disponibles, no estando comprometido el orden público.

Luego, sobre esta base, en atención a las razones de derecho expuestas en la demanda, el fundamento jurídico que respalda la acción y las constancias documentales acompañadas, se impone dictar la resolución respectiva en los términos de la pretensión reconocida.

En este orden, dándose las circunstancias contempladas en el Decreto 1494/92 –Reglamento que ordena la gestión del Módulo de Deudas con la Administración Pública Provincial que registre el personal, originadas en su relación laboral- corresponde hacer lugar a la demanda promovida.

En el caso, no resulta procedente la liquidación y condena de intereses, que son la consecuencia de la mora en la repetición de la suma que fuera recibida por la accionada; la actora no fue intimada previamente, conforme lo establece el art. 7 del Reglamento aprobado mediante el Decreto 1494/02 (cfr. constancias administrativas acompañadas Expte. 5721-006131/2014) y depositó la suma pretendida al momento de contestar la demanda.

En cuanto a las costas, conforme las constancias de autos y, en especial, la falta de un requerimiento extrajudicial de pago de lo adeudado, el depósito de la suma reclamada y la conformidad de la actora conllevan a imponerlas en el orden causado. (art. 68, 2° parte del C.P.C. y C. y 78 Ley 1305). MI VOTO.

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

De lo que surge del presente Acuerdo, de conformidad Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Tener presente el allanamiento a la pretensión y, en consecuencia, hacer lugar a la acción procesal administrativa promovida por la Provincia del Neuquén contra la Sra. GABRIELA CECILIA LEZANA, por la suma de $151,02; 2°) Las costas se imponen en el orden causado (art. 68, 2° parte del C.P.C. y C. y 78 Ley 1305); 3°) Requiérase a la actora la denuncia de los datos pertinentes para efectuar la transferencia de la suma depositada a la orden de este Tribunal Superior de Justicia; 4°) Regístrese, notifíquese en el domicilio electrónico.

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

**"RAMÍREZ BEATRIZ Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2355/2008) – Acuerdo: 56/15 – Fecha: 07/09/2015

DERECHO ADMINISTRATIVO: Jubilaciones y pensiones.

BENEFICIOS PREVISIONALES. PERSONAL POLICIAL. HABER DE PENSIÓN. HABERES DEVENGADOS. PAGO RETROACTIVO. PRESCRIPCION. NATURALEZA PREVISIONAL. PLAZO DE PRESCRIPCION.

1.- [...] el derecho al beneficio previsional (pensión, jubilación, retiro, etc.) es imprescriptible, pero respecto de los haberes previsionales devengados se aplica el plazo de prescripción establecido en el art. 92° de la Ley 611.

2.- [...] el artículo 92° de la Ley 611 establece que prescribe al año la obligación de pagar los haberes jubilatorios y de pensión devengados antes de la presentación de la solicitud en demanda del beneficio. Y dispone que prescribe a los dos (2) años la obligación de pagar los haberes devengados con posterioridad a la solicitud del beneficio.

3.- La norma -artículo 92° de la Ley 611- contempla dos supuestos, la prescripción de un año hace referencia a la pérdida del derecho a recibir el pago mensual de quien,

teniendo el derecho al beneficio previsional con anterioridad al plazo mencionado, hasta el momento de efectuar la petición de la prestación, no ha interpuesto reclamo alguno. El segundo supuesto, en cambio, se aplica a aquellas personas que han solicitado el beneficio, en cuyo caso los salarios devengados prescriben una vez transcurridos los dos años. En cuanto a la interrupción del plazo, el último párrafo prevé que "la presentación de la solicitud ante el Instituto interrumpe el plazo de prescripción, siempre que al momento de formularse el peticionario fuere acreedor del beneficio solicitado...".

4.- Corresponde rechazar la demanda promovida en contra del ISSN en donde se pretendió invocando la Ley N° 1131, el reconocimiento y pago retroactivo del beneficio de pensión a partir del momento del deceso del causante, pues, es pacífica la jurisprudencia de este Cuerpo en cuanto establece que la materia liberatoria en el orden previsional, se regula por las específicas previsiones del artículo 92° de la Ley N° 611. En consecuencia, la prescripción liberatoria prevista en el citado artículo es aplicable a los beneficiarios de la Ley N° 1131, y si el reconocimiento efectuado en la Disposición 2009/05 respecto de los haberes devengados no resulta cuestionable, la pretensión de pago retroactivo incoada en esta causa es improcedente.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 56. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los siete días del mes de septiembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Dra. Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "RAMÍREZ BEATRIZ Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 2355/08, en trámite por ante la mencionada Sala y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- A fs. 39/43 se presenta la Señora Beatriz Ramírez, con patrocinio letrado e interpone acción procesal administrativa contra el Instituto de Seguridad Social de Neuquén. Solicita el reconocimiento y pago retroactivo del beneficio de pensión a partir del momento del deceso del causante, conforme lo prescripto por la Ley 1131.

Esgrime que vivió en concubinato con el Sr. Erico Nelson Segura desde el año 1989 hasta 1993, de dicha relación nacieron tres hijos, encontrándose embarazada del último hijo al momento de su muerte.

Afirma que surge de las constancias del expediente administrativo que la cuestión que se ventila comenzó en el año 1994.

Señala que existen múltiples reclamaciones mediante las cuales se solicitó el correcto encuadre de la categoría a los fines de la determinación del haber de pensión.

Indica que la Disposición 2009/05 encuadró al causante en la jerarquía de Sargento Ayudante, cuatro grados más de aquel que detentaba al momento del fallecimiento atento a que su deceso fue considerado acto de servicio. Sin embargo, aclara que el haber de pensión se liquidó desde la fecha en que se solicitó el beneficio y no desde el momento del fallecimiento.

Reitera que, con posterioridad a la presentación ante el organismo demandado en 1994, se efectuaron distintos dictámenes a los fines de determinar los derechohabientes habilitados legalmente para acceder al beneficio de pensión.

En consecuencia, considera que no hubo desinterés, tampoco inacción y sostiene que cada presentación es un acto interruptivo de la prescripción.

Luego expresa que por Disposición 1513/94 el Instituto de Seguridad Social resolvió que el causante tenía mayor cantidad de años aportados a la ANSeS, siendo ésta última la caja otorgante.

Sin embargo, dice que cuando el beneficio es peticionado ante la Caja Nacional, el organismo manifiesta no ser quien debe afrontar el pago de la pensión y nuevamente se giran las actuaciones al Instituto quien toma conocimiento y comienza a abonar el beneficio previsional utilizando una categoría inferior, que finalmente fue corregida.

Ofrece prueba, solicita se haga lugar a la demanda en todas sus partes, con costas a la contraria.

II.- A fs. 44 se dispone la acumulación del proceso (art. 16° de la Ley 1305) con los autos "Seguel, Luisa del Carmen C/ ISSN S/ Acción Procesal Administrativa" (Expte. 2356/08), atento a que las mismas guardan conexidad, en tanto, cuestionan la Disposición 2009/05.

A fs. 69/73 vta. obra la demanda presentada por la Sra. Luisa del Carmen Seguel quien manifiesta haber vivido en concubinato con el Sr. Segura desde 1980 y hasta el año 1985, de cuya relación nacieron cuatro hijos.

La pretensión del reconocimiento del pago de las diferencias de haberes con retroactividad al momento del deceso -conforme la Ley 1131- es idéntica a la petición de la Sra. Ramírez (véase fs. 39/43).

III.- A fs. 109/109 vta., por medio de la R.I. 6.456/08, se declara la admisibilidad de la acción.

IV.- A fs. 112/112 vta. la parte actora formula opción por el procedimiento ordinario (artículo 43 de la Ley 1305) y a fs. 115 toma intervención del Sr. Fiscal de Estado.

V.- A fs. 120/131 luce la réplica del Instituto de Seguridad Social.

Luego de negar los hechos alegados por la parte actora que no sean de su reconocimiento, solicita el rechazo de la pretensión actoral.

Señala que la Señora Elisa Beatriz Candia, en el carácter de viuda del causante y la Sra. Seguel Luisa del Carmen, en representación de sus hijos menores, solicitaron el beneficio de pensión en fecha 18 de abril de 1994 y 2 de mayo de 1994, respectivamente.

Expresa que el Instituto demandado efectuó el cómputo de tiempo y denegó el beneficio de pensión porque no era caja otorgante conforme el Sistema de Reciprocidad vigente.

Resalta que recién en el año 2004 –25/10/2004- la Sra. Ramírez por primera vez se presenta ante el organismo previsional provincial y solicita que se transforme el pedido del beneficio de pensión efectuado por Seguel –Expte. 2408-127712/2- en reconocimiento de servicios.

Afirma que la RSU D 356 de fecha 17/03/2005 emitida en el expediente iniciado ante el ANSeS reconoció 3 años, 6 meses y 27 días de servicios y determinó que la caja otorgante del beneficio de pensión sea el Instituto de Seguridad Social de Neuquén.

En consecuencia, el organismo previsional provincial resolvió mediante Disposición 2009/05 otorgar el beneficio previsional a favor de los menores Javier de la Cruz y Erico Nelson –Segura- representados por la Señora Beatriz Ramírez, a partir del 26/04/2004 (art. 92° de la Ley 611, 1° párrafo), en concurrencia con los menores Jonatan Omar y Renzo Adrián –Segura-, representados por la Señora Luisa del Carmen Seguel, a partir del 26/04/2003 (art. 92° de la Ley 611, 2° párrafo).

Reitera que existió inacción por parte de las actoras en cuanto no ejercieron los medios de impugnación administrativos o judiciales que correspondían, ni instaron el pronunciamiento de la administración.

Asimismo destaca que ante la presentación efectuada por la concubina Ramírez el organismo otorgó de oficio el beneficio de pensión a los hijos menores del Sr. Segura –fallecido- representados por la Sra. Seguel, quien desde mayo de 1994 no había instado el trámite ante el Instituto demandado.

Por último, respecto al haber inicial de pensión afirma que fue determinado en diciembre de 2005 con la categoría de Sargento ES 2, no adeudándose diferencias.

Funda el rechazo de la pretensión en los artículos 77° y 92° de la Ley 611.

Cita jurisprudencia sobre la aplicación del instituto de la prescripción. Hace reserva del caso federal.

VI.- A fs. 134/134 vta. se abre la causa a prueba y a fs. 181/181 vta. se clausura el período probatorio y se colocan los autos a disposición de las partes para alegar.

VII.- A fs. 191/196 se expide el Señor Fiscal del Cuerpo. Opina que corresponde hacer lugar a la demanda promovida por la Sra. Seguel. Asimismo respecto a la Sra. Ramírez dictamina que procede hacer lugar parcialmente a la demanda, desde el 25 de octubre de 2003.

VIII.- A fs. 200 se dicta la providencia de autos para sentencia. A fs. 205 se suspende el llamado de autos.

A fs. 215 y 217 se presentan con patrocinio letrado los hijos del causante, quienes alcanzaron la mayoría de edad durante el proceso.

A fs. 221 se reanuda el llamado de autos. Finalmente encontrándose firme y consentido, se colocan las actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

IX.- Ahora bien, las accionantes pretenden el pago de la pensión (conforme la categoría "Sargento Ayudante") retroactivo al momento del fallecimiento del Sr. Segura –en el marco de la Ley 1131-.

En primer término surge de la demanda -ver fs. 41 vta. y 71 vta.- que el organismo previsional corrigió la categoría y comenzó a abonar correctamente el haber de pensión desde el momento que advirtió la diferencia (obsérvese que la Disposición 2009/05 otorgó el beneficio de pensión a los menores y aprobó los cómputos practicados por el Departamento de Beneficios Previsionales conforme la Resolución 158/94 emitida por el Ministerio de Gobierno y Justicia que modificó el encuadre legal de la baja del Sr. Nelson Érico Segura –cfr. fs. 135,143/151 del expediente administrativo 2408-127712/2 y su acumulado 2408-128170/1-).

En definitiva, la pretensión se circunscribe a determinar si corresponde el pago retroactivo de haberes o si debe convalidarse el reconocimiento efectuado en la Disposición 2009/05 con fundamento en el art. 92 de la Ley 611 y los plazos de prescripción allí establecidos.

Ahora bien, el organismo previsional resolvió mediante Disposición 1215/05 de fecha 29/07/2005 acordar el pago de adelantos del haber de pensión -a partir del 1/06/2005- a los menores Javier de la Cruz y Erico Nelson –ambos de apellido Segura- representados por la Señora Beatriz Ramírez- en concurrencia con los menores Jonatan Omar y Renzo Adrián –de apellido Segura- representados por la Señora Luisa del Carmen Seguel. Y, denegó la solicitud de pensión a la Sra. Elisa Beatriz Candia, en su carácter de viuda.

Posteriormente, dictó la Disposición 2009/05 de fecha 29/12/2005 que otorgó el beneficio de pensión a los menores mencionados precedentemente y lo denegó a Erica Beatriz Segura y Natalia de los Ángeles Jaque.

A su vez, dicho acto reconoció el pago retroactivo del beneficio de pensión a los menores representados por la Sra. Ramírez, a partir del 26/04/2004 y a los beneficiarios representados por la Sra. Seguel desde el 26/04/2003.

De modo que el organismo previsional provincial reconoció el derecho al beneficio de pensión a cuatro de sus hijos: Javier de la Cruz, Erico Nelson, Jonatan Omar y Renzo Adrián. Asimismo aplicó el instituto de la prescripción -artículo 92° de la Ley 611- al liquidar el pago retroactivo de la pensión.

En ese contexto se liquidó la pensión en función del segundo párrafo del artículo 92° de la Ley 611 para los hijos representados por la Sra. Seguel (quien había reclamado la pensión en el año 1994 y luego en 1999) y el primer párrafo de la norma para los menores representados por la Sra. Ramírez (cuya solicitud del beneficio data del año 2005).

X.- Ahora bien, las accionantes sostienen que no es viable la aplicación de la Ley 611 en materia de prescripción de haberes derivados de una pensión policial otorgada en el marco de la Ley 1131.

Sin embargo, es pacífica la jurisprudencia de este Cuerpo en cuanto establece que la materia liberatoria en el orden previsional, se regula por las específicas previsiones del artículo 92° de la Ley 611.

En efecto, este Tribunal en forma reiterada y en causas similares, parte de la premisa que el Derecho a la Seguridad Social es una disciplina autónoma, con principios e institutos propios, como lo es el atinente a la irrenunciabilidad, pero no resulta ajena a la aplicación de otros institutos, tales como el de la prescripción, la caducidad, la preclusión, etc. Y concluye (remitiéndose a los Acuerdos 90/84 y 302/93) que si bien resulta imprescriptible el derecho a la obtención de un beneficio previsional, no ocurre lo mismo con lo atinente al contenido patrimonial, es decir al cobro de los haberes devengados –incluyendo su transformación y reajuste- antes de la presentación de la solicitud del beneficio, siempre -

claro está- que haya mediado inacción del acreedor y el transcurso del plazo legal pertinente (Acuerdo 361/95 "Diaz" entre muchos otros).

Siguiendo tales premisas cabe afirmar que en materia previsional, más allá del régimen que encuadra al beneficio, se aplica el plazo de prescripción establecido en la Ley 611 (cfr. Acuerdos 475/97, 1275/06, 1284/06, 1314/06, 1515/08, 1703/09, 104/11, 88/12 entre otros).

Puntualmente, en autos "Vejar" (Ac. 88/12) ante la solicitud de reajuste del haber de retiro policial la Sala contencioso administrativa del Tribunal, aplicó el artículo 92° de la Ley 611.

En dicho precedente se hace referencia a que -en el orden nacional- rige la imprescriptibilidad del derecho a los beneficios acordados por las leyes de jubilaciones y pensiones, desde la sanción de la Ley Nac. 13.561, cláusula mantenida por el artículo 82 de la Ley Nac. 18.037.

Dicha imprescriptibilidad posee rango constitucional en virtud del artículo 14 bis de la Constitución Nacional (reforma de 1957), que le otorga a los beneficios de la seguridad social carácter de irrenunciables (vigente a nivel provincial por reenvío del artículo 21 de la CP).

Y, "Pese a que en el campo previsional reina el principio de irrenunciabilidad, la prescripción liberatoria es una figura aceptada que puede ser esgrimida por el Estado frente a los reclamos de los afiliados y/o potenciales acreedores al sistema pues lo irrenunciable es el derecho a las prestaciones y no su consecuencia económica que se traduce en el cobro de un haber periódico y mensual" (Pawlowski de Pose, Amanda Lucía, "La defensa de prescripción liberatoria en el campo previsional" en revista Derecho del Trabajo, 2010 (diciembre), página 3365) (cfr. Ac. 88/12).

Siguiendo estos lineamientos se concluye que el derecho al beneficio previsional (pensión, jubilación, retiro, etc.) es imprescriptible, pero respecto de los haberes previsionales devengados se aplica el plazo de prescripción establecido en el art. 92° de la Ley 611.

XI.- Ahora bien, el artículo 92° de la Ley 611 establece que prescribe al año la obligación de pagar los haberes jubilatorios y de pensión devengados antes de la presentación de la solicitud en demanda del beneficio. Y dispone que prescribe a los dos (2) años la obligación de pagar los haberes devengados con posterioridad a la solicitud del beneficio.

La norma contempla dos supuestos, la prescripción de un año hace referencia a la pérdida del derecho a recibir el pago mensual de quien, teniendo el derecho al beneficio previsional con anterioridad al plazo mencionado, hasta el momento de efectuar la petición de la prestación, no ha interpuesto reclamo alguno.

El segundo supuesto, en cambio, se aplica a aquellas personas que han solicitado el beneficio, en cuyo caso los salarios devengados prescriben una vez transcurridos los dos años.

En cuanto a la interrupción del plazo, el último párrafo prevé que "la presentación de la solicitud ante el Instituto interrumpe el plazo de prescripción, siempre que al momento de formularse el peticionario fuere acreedor del beneficio solicitado...".

En las actuaciones administrativas consta que el 2/05/1994 –fs. 33-,la Sra. Luisa del Carmen Seguel, en representación de sus cuatro hijos (Eugenia Elizabeth, Erica Beatriz, Jonatan Omar y Renzo Adrián, todos de apellido Segura) solicitó el beneficio de pensión.

Luego, en fecha 26/04/2005 –fs. 82- la Sra. Ramírez solicitó el beneficio de pensión para sus hijos Erico Nelson y Javier de la Cruz –de apellido Segura-.

Desde esta perspectiva la liquidación realizada por el Instituto de Seguridad Social a partir del 26/04/2004, a favor de Erico y Javier de la Cruz –ambos de apellido Segura- es correcta.

En igual sentido, en el caso de los hijos de la Señora Luisa del Carmen Seguel –Jonotan Omar y Renzo Adrián también de apellido Segura-, la liquidación efectuada a partir del 26/4/2003 –en virtud de la solicitud presentada en 1994- se ajusta a lo establecido en el segundo supuesto contemplado en el art. 92 -2 años de prescripción-.

En definitiva, si -como fuera establecido- la prescripción prevista en el art. 92 de la Ley 611 es aplicable a los beneficiarios de la Ley 1131 y si el reconocimiento efectuado en la Disposición 2009/05 respecto de los haberes devengadosno resulta cuestionable, la pretensión de pago retroactivoincoada en esta causa es improcedente.

Por ello, propongo al Acuerdo se rechace la demanda interpuesta.

XII.- En cuanto a las costas, atento a las particularidades del caso y a la naturaleza de los derechos reclamados, resulta razonable eximir de costas a los accionantes e imponerlas en el orden causado (art. 68, segundo párrafo del CPCyC de aplicación supletoria en la materia). TAL MI VOTO.

El señor Vocal Doctor Ricardo Tomás Kohon dijo: Adhiero a la solución propuesta, por lo que voto en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) RECHAZAR la demanda incoada contra el ISSN. 2°) Imponer las costas en el orden causado (art. 68, segunda parte del CPCyC de aplicación supletoria). 3°) Diferir la regulación de honorarios hasta que se cuente con pautas para ello; 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

DRA. LUISA A. BERMÚDEZ – Secretaria

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

**"SEGURA JORGE ROBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1802/2006) – Acuerdo: 57/15 – Fecha: 07/09/2015

DERECHO ADMINISTRATIVO: Administración pública.

EMPLEO PÚBLICO. CONTRATADO. MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO. CIPPA. CONVENIO. ESTABILIDAD LABORAL. PRUEBA INSUFICIENTE. COSTAS.

1.- Corresponde rechazar la demanda interpuesta mediante la que el Sr. Segura solicita que se le restituya la situación de revista de la que fue despojado (Inspector Clase A en el área de Control de Ingresos Provincial de Productos Alimenticios - C.I.P.P.A.) y se le reintegren las sumas no percibidas a tenor de las escalas salariales actuales para dicho escalafón, con más sus intereses y costas.

2.- […] La vinculación del actor con el Municipio fue contractual y respondió a la especialidad del régimen contenido en el "Convenio" (nótese que de acuerdo con las constancias obrantes a fs. 225/303, la nómina del personal y su "categoría" se integra como "Anexo" a cada uno de los convenios, lo que responde a la cláusula décimo primera que establece la vigencia, fecha de inicio y vencimiento). [ … ] En este punto, recuérdese que el personal que sea afectado al CIPPA, bajo la modalidad contractual, no podrá pertenecer a la planta permanente, transitoria, temporaria u otra modalidad de dependencia laboral del Municipio, dejándose constancia que el

personal afectado a estas tareas no está alcanzado por los derechos y obligaciones establecidos en el Estatuto de empleados Municipales de Centenario.

3.- El tipo de contratación, la forma en que ésta se desarrolló y las tareas prestadas a favor del CIPPA, excluyen, la posibilidad de considerar que exista en este caso, un compromiso de la garantía de estabilidad en el empleo, pues éste es un derecho que no lo alcanzaba; y ello es relevante pues, precisamente de tal derecho es del que se vale el actor para sostener que fue ilegítimamente desplazado de la categoría; que poseía un "derecho adquirido" y que no puede ser despojado de "su situación de revista", citando al respecto, la manda del art. 100 de la Carta Orgánica Municipal.

4.- Las particularidades del régimen que rigió la relación del accionante, coloca a la situación en un confuso contexto que, válidamente, pudo crear en el actor el convencimiento de su derecho a litigar. Con lo cual no puede soslayarse que el accionante ha tenido motivos para enderazar su acción contra la Municipalidad -aun cuando le asista razón a ésta última respecto de la falta de legitimación pasiva de cara a lo que resultaba la pretensión de demanda-, existen razones para justificar que las costas sean impuestas en el orden causado.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 57. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los siete días del mes de septiembre de dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia integrada por señores Vocales Doctores OSCAR E. MASSEI y RICARDO TOMAS KOHON, con la intervención de la Secretaria titular de la Secretaría de Demandas Originarias Dra. Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "SEGURA JORGE ROBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" Expte. 1802/06, en trámite por ante la mencionada Sala y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: I.- Que, a fs. 13/16, el Sr. Jorge Roberto Segura, por apoderado, promueve acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Centenario.

Solicita que se restituya la situación de revista de la que fue despojado –Inspector Clase A- y se le reintegren las sumas no percibidas a tenor de las escalas salariales actuales para dicho escalafón, con más sus intereses y costas.

Afirma que es empleado de la Municipalidad de Centenario y que se viene desempeñando como Inspector Clase A en el área de Control de Ingresos Provincial de Productos Alimenticios (C.I.P.P.A.).

Explica que, a partir de enero 2006, sin justificación que explique la medida, sustrayéndose de los procedimientos establecidos por el Convenio entre la Unidad de Gestión C.I.P.P.A. y el Municipio y vulnerando la garantía constitucional de estabilidad en el empleo público y el artículo 100 de la Carta Orgánica Municipal, fue desplazado de su categoría de "Inspector Clase A" para figurar en el escalafón como "administrativo".

Menciona que en el Convenio no existe ninguna cláusula que permita extraer al agente de su situación de revista y menos, para bajar su categoría.

Refiere sobre el régimen de estabilidad del empleo público, con citas de jurisprudencia.

Informa que realizó una reclamación al Intendente en la que solicitó la restitución de su categoría y que se abonen las sumas no percibidas e intereses pero, dice, fue respondida por la Directora de Recursos Humanos Municipal mediante una resolución donde se desconoce su condición de empleado municipal a tenor del Convenio suscripto entre el Municipio y el C.I.P.P.A.; además, se alegó que no contaba con estabilidad en el empleo público y que a partir de dicho convenio pasó a ser empleado de la Provincia.

Todo ello, a su entender, traduce una falacia, desde que el Convenio referido establece que el personal calificado para realizar las tareas se realizará a costa y cargo del Municipio.

Sostiene que su categoría –Inspector Clase A- es un derecho adquirido y que no puede ser despojado con el pretexto de un Convenio suscripto con un Ente Provincial.

Alega que desde el mismo momento en que el CIPPA y el Municipio acuerdan que las contrataciones del personal serán a cargo de la Municipalidad, se está afirmando que los empleados del CIPPA siguen siendo empleados del Municipio; el Municipio se encarga de suministrar los recursos humanos y el CIPPA de los puntuales gastos afectados al servicio y la dirección técnica de las labores.

Señala que del convenio referido se observan puntuales causales para desplazar a los inspectores de su situación de revista, pero manifiesta que en su caso no se justificó la medida, ni se instruyó sumario alguno; agrega que no existen causas legales, ni fácticas para que, desarrollando la mismas tareas, le bajen la categoría; esa baja efectuada por el Municipio –afirma- fue una "vía de hecho" que simplemente se limitó a suprimir de sus recibos de sueldo su calidad de "Inspector" para pasar a figurar con la calidad de "Administrativo".

Funda en derecho. Ofrece prueba.

II.- A fs. 23/24 se declaró la admisión formal del proceso -Resolución Interlocutoria 5527/06-.

III.- A fs. 26 el actor ejerce la opción por el proceso ordinario.

IV.- A fs. 30 se presenta el Sr. Fiscal de Estado y toma intervención en los términos de la Ley N° 1575.

V.- A fs. 34/43 se presenta la Municipalidad de Centenario, por apoderado, con patrocinio, y contesta la demanda.

En primer lugar, postula la improcedencia formal de la acción en virtud de que, entiende, la vía administrativa no fue agotada en debida forma.

Luego, plantea excepción de falta de legitimación pasiva, en tanto su parte solo actuó como un simple intermediario entre el actor y su empleador, Provincia del Neuquén por medio del CIPPA. Menciona lo resuelto en los autos: "Fernández Raúl Oscar c/ Municipalidad de Centenario s/ acción procesal administrativo" Expte. 782/03 del registro de la Secretaría actuante.

Además, por esas mismas razones, planteó la existencia de un litisconsorcio necesario con la Provincia del Neuquén, requiriendo que se integre la Litis con ésta.

Dice que el actor debió demandar a la Provincia ya que el CIPPA depende del Ministerio de Producción y Turismo y fueron sus autoridades las que ejercieron las facultades propias del empleador.

Resume en que el Sr. Segura no laboró para su parte y solo por cuestiones administrativas se le abonó el sueldo por medio del Municipio; indica que, además, tampoco cuenta con estabilidad en el empleo en el ámbito municipal.

Luego de efectuar las negativas de rigor hace su relato de los hechos.

Manifiesta que, para dilucidar las presentes actuaciones debe determinarse si el actor es empleado de la comuna o del C.I.P.P.A. y, en consecuencia, si goza o no de estabilidad.

Dice que no es cierto que el Sr. Segura haya ingresado para trabajar para su parte y, además, si fue desvinculado o cambiado de categoría lo hizo quien fue su empleador, esto es el C.I.P.P.A.

Marca las contradicciones que advierte en el relato de la demanda para luego explayarse en punto a las cláusulas del Convenio, de donde extrae que la totalidad de las facultades propias del empleador se encuentran en cabeza del CIPPA y no del Municipio.

Insiste en que el actor no está comprendido en los alcances del Estatuto y Escalafón del empleado municipal; en que no es la comuna su empleador ni la que toma las decisiones vinculadas con las funciones y en que no posee estabilidad en el empleo desde que jamás revistió el carácter de empleado de planta permanente. En este último sentido, abunda en justificaciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales.

Acota que, en 1997, frente a la problemática originada por el ingreso de productos alimenticios a la Provincia, el Ejecutivo Provincial sancionó el Decreto 1751/97, modificado por el Decreto 477/98, tendiente a reordenar y unificar las tareas relacionadas con el control de sanidad e higiene de los productos alimenticios. Por ese motivo, dice, bajo el ámbito de la Secretaría de Estado de Producción y Turismo se creó una Unidad de Gestión y en ese marco se suscribió

un convenio entre la Municipalidad y el C.I.P.P.A. con la finalidad que el personal que prestaba tareas para el municipio lo hiciera, desde ese momento, para el C.I.P.P.A.

Refiere que se acordó con el personal interesado la afectación de tareas para el C.I.P.P.A quien, a partir de allí, ejerció las facultades propias del empleador; aduna que es ese organismo el que determina el horario, el que dicta las órdenes y directivas para el desempeño de las tareas.

Dice que durante toda la relación el monto que percibió el actor fue solventado por intermedio de la Municipalidad, pero que ésta los abonaba con los fondos que el C.I.P.P.A le fue girando y conforme al convenio suscripto.

Sostiene que el actor reconoce ser empleado contratado; impugna el reclamo por la diferencia de haberes pretendida. Ofrece prueba. Funda en derecho.

VI.- A fs. 52, el accionante contesta la excepción de falta de legitimación y manifiesta que, si bien no se opone al pedido de integrar la litis con la Provincia de Neuquén, entiende que resulta innecesaria por cuanto la demandada asume ser la contratante y quien realiza la liquidación de sueldos.

Aclara que no se trata de dilucidar si la Provincia o el Municipio demandado es empleador sino si es ajustado a derecho la modificación en su categoría que produjo las diferencias salariales que se reclaman.

VII.- A fs. 58/60, mediante la R.I. 6121/07 se resuelve diferir el tratamiento de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la Municipalidad de Centenario y citar a la Provincia, en los términos del art. 94 del CPC y C.

VIII.- A fs. 68/75 se presenta la Provincia del Neuquén, por apoderada, con patrocinio del Sr. Fiscal de Estado y contesta la demanda. Efectúa las negativas de rigor y describe los antecedentes y actos administrativos atacados.

Sostiene que no le asiste razón al actor en su petición. Afirma que de los antecedentes agregados a la causa surgiría que el Sr. Segura prestaría servicios en el CIPPA, conforme surge del convenio acompañado a fs. 6, quien fuera contratado por la Municipalidad de Centenario, por aplicación de la cláusula 1°.

Continúa expresando que, de un análisis de la demanda, su contestación y los antecedentes agregados a los autos surge que el actor no es agente de planta permanente ni temporaria del municipio, como tampoco de la Provincia.

Agrega que, con independencia de quien se considere su contratante (Municipio o Provincia, a través del C.I.P.P.A.) lo cierto es que su relación de trabajo no es más que ello: un contrato, excluido de toda norma estatutaria municipal y provincial.

Refiere a las cláusulas del Convenio y a su carácter de contratado para afirmar que es ésta la norma que rige la relación mantenida.

Afirma que el Municipio sólo es un intermediario que redacta y firma el contrato teniendo en cuenta el convenio con el C.I.P.P.A. que es quien ejerce las facultades de empleador.

Alega que el mismo accionante reconoce que presta servicios para el C.I.P.P.A. y que, desde la firma del primer contrato, tuvo pleno conocimiento de las condiciones allí establecidas, surgidas del convenio firmado entre el Organismo y el C.I.P.P.A.

Alude al Decreto 1751/97 que se dictó para cumplir con el control de la sanidad y calidad de los productos que se comercializan en la Provincia y el cumplimiento de las cargas tributarias. En ese marco, dice que se suscribió el convenio con la Municipalidad de Centenario.

Niega que el actor goce de estabilidad en el empleo y que su situación sea igual a la de los empleados de planta permanente del municipio. Ratifica que el actor posee el carácter de contratado y sólo con el resto del personal contratado puede comparar su situación y la remuneración que percibe.

Afirma que los contratos de locación de servicios celebrados estaban excluidos del E.P.C.A.P.P. y del Estatuto Municipal de Centenario.

Con cita de jurisprudencia, distingue entre empleado público y contratado.

Refiere a la jurisprudencia de este Cuerpo en aval de su postura (autos "Fernández Raúl" Ac. 1270/06).

En definitiva, postula que en ningún momento, ni por parte del Municipio ni de la Provincia hubo intención de incorporar al actor a la planta de empleados; al no estar incorporado y regirse su relación por los contratos celebrados,

de ninguna manera puede considerarse con estabilidad en el empleo, ni tampoco derivar que exista un derecho adquirido a mantener la categoría pretendida.

Ofrece prueba y formula su petitorio.

IX.- A fs. 84 se abre la causa a prueba.

A fs. 342 se clausura el período probatorio y se colocan los autos para alegar; ninguna de las partes hizo uso de tal facultad.

X.- A fs. 349/355 dictamina el Sr. Fiscal General quien propicia que se rechace la demanda.

XI.- A fs. 356 se dicta el llamado de autos para sentencia el que, encontrándose firme coloca a las actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

XII.- Tal como quedara expuesto entonces, el actor reclama la restitución de la "situación de revista Inspector Clase A" que, dice, le fue injustamente despojada –pasándolo a la de "administrativo"- .

Afirma ser empleado del Municipio y estar alcanzado por la garantía de estabilidad pero en todo su relato hace referencia al "Convenio entre la Unidad de Gestión CIPPA y el Municipio".

Es más, acompaña a su demanda una copia del referido Convenio –incompleta- en el que, luego, sustenta su derecho, y funda la legitimación del Municipio en que éste, de acuerdo a la cláusula segunda, es el que debe "contratar a su cargo y costa" al personal calificado para desempeñarse en el control de ingreso provincial de productos alimenticios (CIPPA). De allí que afirma que es el Municipio su empleador y quien debe responder por la decisión impugnada, rechazando la falta de legitimación opuesta.

La demandada, por su parte, opone la defensa de falta de legitimación pasiva, postulando que es la Provincia –a través del CIPPA- la empleadora del accionante y que ella resulta una mera intermediaria en esa relación, a tenor de las cláusulas del "Convenio".

XII.1.- En principio, en razón de las posiciones asumidas por las partes, vale señalar que este Tribunal ha tenido oportunidad de analizar distintas situaciones derivadas del "Convenio" aludido y, es pertinente hacer una descripción de las consideraciones allí efectuadas, pues aún con los distintos matices, se podrá ir delineando la solución de este caso.

Estos precedentes son: "Fernández Raúl Oscar c/ Municipalidad de Centenario s/ Acción Procesal Administrativa" Expte. 783/3, Acuerdo 1270/06; "Valdez Benjamín Sergio c/ Municipalidad de Centenario s/ Acción Procesal Administrativa" Expte. 834/03 Acuerdo 17/13; "Fernández Eduar Shmirt c/ Municipalidad de Centenario S/ Acción Procesal Administrativa" Expte. 1545/05, Acuerdo 53/12 del registro de esta Secretaría. Y, "Díaz Elvira Rita c/ Municipalidad de Picún Leufú s/ Acción Procesal Administrativa", Expte. 2958/10, Acuerdo 19/13;

a) en los autos "Fernández Raúl" Expte. 782/3, Acuerdo 1270/6, que es citado tanto por la demandada como por la Provincia en sus respondes en apoyo de su posición, se reclamaron los adicionales por antigüedad y zona desfavorable, en el entendimiento que le resultaban de aplicación las disposiciones del Estatuto y Escalafón del Empleado Público Municipal (Ordenanza 3237/98) sobre "estabilidad y retribución justa".

Allí, como no se encontraba controvertido que el actor había sido contratado por el Municipio en el contexto del "Convenio" con el CIPPA y que las tareas las realizó fueron en y para dicho Organismo, se estimó que la vinculación era de carácter contractual y se regía por los respectivos y consecutivos contratos celebrados, excluyendo la aplicación de las disposiciones estatutarias. De allí, analizando las cláusulas de los contratos, toda vez que no se había pactado el pago por la demandada (previa transferencia de fondos que le efectuara el CIPPA) de antigüedad y zona desfavorable, se desestimó su reconocimiento. A la par se dijo que dado que el actor no era empleado de planta permanente del Municipio, no estaba amparado por la garantía de la estabilidad, ni por los demás beneficios establecidos en el Estatuto; también que, los términos de los contratos suscriptos, fueron establecidos de acuerdo a lo estipulado en el Convenio que suscribiera la Municipalidad de Centenario con el CIPPA y las obligaciones a su cargo, se limitaban a lo expresamente establecido en los contratos.

b) Más tarde, por Acuerdo 53/12, dictado en los autos "Fernández Eduar Shmirt c/ Municipalidad de Centenario", el actor también solicitaba que se le abonara el rubro zona desfavorable, antigüedad y antigüedad suma fija. Pero, en

este caso, el accionante era empleado de planta del Municipio desde el año 1983, es decir, con anterioridad a la suscripción del convenio con el CIPPA y pasó a desempeñarse para dicho Organismo en el año 1998 suprimiéndose los rubros reclamados, cuando comenzó a percibir la remuneración de acuerdo al Convenio.

En ese contexto, la Municipalidad de Centenario ensayó una defensa similar a la que ensaya en esta causa y también la Provincia del Neuquén (quien fue traída por la Municipalidad al plantear un litisconsorcio pasivo necesario), con lo cual obligó a que el Tribunal debiera analizar en primer lugar "quien revestía el carácter de empleador, si el Municipio de Centenario o la Provincia a través del CIPPA".

Más allá que la demanda fue rechazada por otras razones vinculadas concretamente con la "remuneración", en esa oportunidad se consideró que el Municipio de Centenario poseía legitimación pasiva, en atención a que el actor era empleado de planta permanente antes de pasar a prestar servicios en el CIPPA.

No obstante, en lo que aquí importa rescatar, se analizó en ese momento el "Convenio" -en base al cual, el aquí actor se vinculó con el Municipio- aduciendo que:

"Cabe remontarse al origen de esta situación; esto es, al dictado del Decreto 1751. Por éste, en atención a la problemática originada en el ingreso de Productos Alimenticios a través de los distintos accesos a la Provincia, se tendió a reordenar y unificar las tareas relacionadas con el control de sanidad y calidad de esos productos. A tal fin se creó, en el ámbito de la Secretaría de Estado de Producción y Turismo, una "Unidad de Gestión" con representantes de la Secretaría de Salud, de la Dirección Provincial de Rentas, de la Dirección Provincial de Industria y Comercio, de la Policía Provincial y de los Municipios de Neuquén, Centenario, Rincón de los Sauces, Villa La Angostura y

Barrancas, bajo la coordinación y supervisión de dicha Secretaría de Estado. Entre otras medidas, se estableció que esa Unidad de Gestión contaba con 30 días para elevar, por intermedio de la Secretaría de Estado de Producción y Turismo, un programa de acción y los requerimientos presupuestarios para el equipamiento y dotación de personal a los fines del funcionamiento y cumplimiento del Decreto.

A la par, se invitó a todos los Municipios a que formularan su adhesión y, con la coordinación de la Unidad de Gestión, a unificar la tasa de introducción de productos, nómina de los mismos y la forma de distribución de los fondos percibidos; asimismo, se facultó a la Secretaría de Estado de Producción y Turismo a suscribir convenios con las Municipalidades.

Luego, con fecha 13/3/98, el entonces Intendente de Centenario dictó el Decreto 133/98 por medio del cual adhirió al Decreto Provincial 1751/97.

Al mismo tiempo, "afectó" al servicio en el Puesto de Alimentos del Puente Carretero Centenario-Cinco Saltos, hasta tanto se resuelva su situación laboral en la Unidad de Gestión, a diversos agentes municipales.

Y, en ese contexto, se firmaron los convenios, entre la Unidad de Gestión del CIPPA y la Municipalidad de Centenario, con las siguientes cláusulas:

Tenían una duración mensual, bimestral o trimestral. Perdían su vigencia sin necesidad de notificación previa. La Municipalidad contrataría, a su cargo y costa, a personal calificado para desempeñarse en el control de ingreso provincial de productos alimenticios (CIPPA) en los Puestos de Control existentes, según nómina que formaba parte de ese acto con sus respectivas categorías.

El CIPPA era el que determinaría las tareas a cumplir por el personal afectado; evaluaría el desempeño en las funciones y quedaba facultado a remover o sustituir al agente; informaría al Municipio el cese o relevo del personal con una antelación de diez días, debiendo en igual tiempo la Municipalidad cubrir la vacante producida a pedido y requerimiento del CIPPA; éste determinaría el cronograma de trabajo, estableciéndose que el personal debería realizar turnos rotativos de 8 horas, semana no calendario y guardia pasiva.

El gasto afectado al servicio sería abonado por el CIPPA a la Municipalidad, mensualmente y de acuerdo a una escala que allí se detalla, más la contratación de una ART.

Se estableció la escala de categorías y sus valores en pesos.

El CIPPA se reservaba el derecho a nombrar al funcionario que oficiaría como JEFE DE PUESTO; también, el de supervisar, controlar e impartir instrucciones de carácter obligatorio que estime convenientes y, se comprometía a brindar la capacitación necesaria del personal.

Expresamente se dispuso que "Todo el personal que sea afectado al CIPPA, a partir de la fecha y bajo la presente modalidad contractual, no podrá pertenecer a Planta Permanente, transitoria, temporaria u otra modalidad de dependencia laboral de Municipio alguno, exceptuando los que a la fecha se encuentren cumpliendo funciones".

Por su parte, la Municipalidad se comprometía a acreditar en forma mensual al CIPPA la liquidación practicada sobre cada uno de los agentes contratados en concepto de salarios, a efectivizar los aportes previsionales y póliza de ART.

En el Anexo I de cada convenio se detallaban los nombres de los agentes, la categoría otorgada (según ese régimen) y se consignaba el "total de agentes contratados" en cada período.

Entonces, el sistema así diseñado determinaba la contratación de personal por parte del Municipio para realizar tareas específicas, con una remuneración establecida según el régimen especial. La afectación de quienes ya venían desempeñándose como agentes municipales para esas funciones era considerada "excepcional".

Tal como puede observarse, entonces, el régimen especial convenido entre el Municipio y el CIPPA, implicó: para el CIPPA, la determinación de las tareas, la evaluación del desempeño, supervisión, control y otorgamiento de instrucciones de carácter obligatorio, remoción y sustitución de agentes; cronograma de trabajo (turnos rotativos de 8 horas, semana no calendario y guardia pasiva y, capacitación); para el Municipio, la liquidación de los haberes, conforme categorías y montos que surgen del convenio, el pago de esa remuneración con los fondos remitidos por el CIPPA, la contratación de la ART y las restantes facultades connaturales a su carácter de empleador (licencias, justificaciones y franquicias).

Todo ello es lo que define la especialidad del régimen.

c) Análogo planteo fue resuelto en la causa "Valdéz Benjamín Sergio c/ Municipalidad de Centenario", a través del Acuerdo N° 17/13.

d) Por Acuerdo N° 19/13 se resolvió la causa "Díaz Elvira Rita c/ Municipalidad de Picún Leufu"; allí la actora reclamaba el derecho a la estabilidad en el empleo público, su reincorporación laboral y el pago de salarios, invocando a su favor que había sido designada mediante Decreto del Intendente como "inspectora de la Barrera Sanitaria CIPPA SENASA".

Allí se analizó nuevamente el tipo de vinculación mantenida en los siguientes términos:

La designación que se efectúa se realiza dentro del marco del convenio firmado oportunamente entre la Municipalidad y el CIPPA. En este sentido, no puede soslayarse que la norma tuvo en cuenta para su dictado una cuestión esencial, como lo es el convenio referido.

Se sostuvo allí que: "...a partir que el personal sea afectado al C.I.P.P.A., no podrá pertenecer a planta permanente, transitoria o temporaria u otra modalidad de dependencia laboral con municipio alguno, exceptuando, los que a la fecha, se encuentren cumpliendo funciones".

En síntesis, se estableció un principio general, que admite una sola excepción.

Justamente, el mandato general indica que el personal que sea afectado al C.I.P.P.A. por contrato no puede pertenecer a planta permanente, transitoria, temporaria u otra modalidad de dependencia laboral de ningún municipio, con excepción de aquéllos empleados que a la fecha de la firma del convenio se encuentren cumpliendo funciones en el Municipio." (Cfr. "FERNANDEZ EDUAR SHMIRT C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" Expte. nº 1545/05. Ac. 53/12).

A dichas pautas… debe añadirse un dato no menor, como lo es el hecho que la norma le asigna a la actora una función en el CIPPA SENASA, y no dentro de la municipalidad, todo dentro del convenio suscripto entre la Municipalidad y aquél organismo.

Entonces, más allá de las connotaciones que la actora pretende asignarle a la norma que materializó su designación, parece existir una estrecha vinculación entre los contratos y la designación contenida en aquella.

Y, se destaca, tanto en el instrumento suscripto con fecha 1/10/07, como en el cuerpo del decreto de designación, existe una expresa referencia al convenio suscripto entre el Municipio y el CIPPA.

Hasta aquí, este conjunto de elementos analizado da una pauta clara que desvirtuaría la hipótesis sostenida por la actora, en el sentido que la norma no posee per se la virtualidad de designarla en un cargo de planta permanente, tal como se pretende.

En este escenario, la pretendida asignación de los efectos que la actora pretende al Decreto 279/07, resultaría una conclusión descontextualizada de las constancias del caso, e incluso de la propia realidad de los hechos, en tanto ni siquiera la prestación de tareas por parte de la accionante lo fue en actividades del Municipio, sino que su expresa asignación se circunscribió, como da cuenta la norma, a la barrera sanitaria CIPPA SENASA.

A modo de conclusión puede afirmarse, que los elementos traídos por la actora a consideración, interpretados en forma armónica entre ellos, y fundamentalmente con la normativa aplicable, no permiten vislumbrar que la misma haya adquirido el derecho a la estabilidad que pretende.

XIII.- Ahora, el accionante afirma que es "empleado del Municipio" pero no ha sido acreditado ni puede inferirse de los elementos de la causa, que haya sido ingresado a la planta permanente de empleados municipales.

Antes bien, de la prueba rendida, todo lleva a colegir que, al igual que en el primer antecedente citado, fue "contratado" por el Municipio en el marco del Convenio aludido –tal como referencian la demandada y la Provincia- (repárese que el actor fue declarado negligente en la producción de la prueba tendiente a la remisión de su legajo personal).

En este punto, las testimoniales rendidas a fs. 189, dan cuenta de la modalidad y forma de la vinculación: testigo Virgina del Carmen Magallanes –compañera de trabajo del actor (el actor era contratado, se vencían cada seis meses, un año; el CIPPA establecía la modalidad de trabajo; los fondos para abonar la remuneración provenían del CIPPA, el CIPPA decidía sobre contrataciones personales; entre el actor y el CIPPA existe un contrato); testigo Urrutia Ernesto (fs. 195; el actor siempre estuvo en el CIPPA, contratado por la Municipalidad); testigo Eduardo Ernesto Rosa, ex Director General del CIPPA (fs. 198), se celebraban convenios mediante el cual, la dirección del CIPPA con la autorización del ministro de desarrollo territorial, celebraba convenios con el municipio, para que por su cuenta y orden se contratara personal para desempeñar tareas para el CIPPA; las funciones estaban fijadas en el convenio, creo que en el año 2005 desempeñaba tareas de administrativo; las tareas las impartía el CIPPA).

También, vinculado con la especialidad del régimen obra, a fs. 168, el informe del Director General de control de Ingresos Provincial de Productos alimenticios que indica: el gasto afectado al servicio de Control de Ingreso es abonado por el CIPPA a la Municipalidad en forma mensual (Convenio marco entre el Ministerio de producción y Turismo y la Municipalidad de Centenario, cláusula quinta). La procedencia de los gastos erogados surge de la recaudación por el cobro de una tasa por re inspección Bromatológica que percibe el CIPPA en los puestos de control habilitados a tal fin. El CIPPA determina las tareas a cumplir por el personal afectado, así como evalúa el desempeño en las funciones que le son asignadas, quedando facultado a remover o sustituir al agente por disconformidad en el desempeño de las mismas (Convenio marco, cláusula segunda). El CIPPA determina el cronograma de trabajo (Convenio marco, cláusula cuarta). Los sueldos se desprenden de la escala de categorías determinadas por el CIPPA en el convenio mencionado. Las licencias las otorga el CIPPA y aplica las sanciones; la municipalidad contrata al personal a su cargo y costa para desempeñarse en el CIPPA. El personal inicia su carrera administrativa accediendo en las categorías mínimas y luego por concurso se promueve al personal idóneo. El actor percibía una remuneración acorde a su desempeño. Ingresó al CIPPA a través de la Municipalidad de Centenario como Inspector ($1.054). Luego fue reasignado a administrativo B ($980)".

Luego, a fs. 170, obra el informe del Director de Personal del Municipio que indica que: la procedencia de los montos que se le abona a los empleados del CIPPA, son otorgados por la Provincia; la metodología que se otorga a las licencias anuales se rige por el Estatuto del empleado municipal; la renovación de los contratos lo dispone el CIPPA; los actores son designados mediante el convenio que mantiene la Municipalidad de Centenario y el CIPPA.

XIV.- De tal modo, varias son las conclusiones que pueden ir siendo extraídas:

a) La vinculación del actor con el Municipio fue contractual y respondió a la especialidad del régimen contenido en el "Convenio" (nótese que de acuerdo con las constancias obrantes a fs.225/303, la nómina del personal y su "categoría"

se integra como "Anexo" a cada uno de los convenios, lo que responde a la cláusula décimo primera que establece la vigencia, fecha de inicio y vencimiento).

En este punto, recuérdese que el personal que sea afectado al CIPPA, bajo la modalidad contractual, no podrá pertenecer a la planta permanente, transitoria, temporaria u otra modalidad de dependencia laboral del Municipio, dejándose constancia que el personal afectado a estas tareas no está alcanzado por los derechos y obligaciones establecidos en el Estatuto de empleados Municipales de Centenario.

b) El tipo de contratación, la forma en que ésta se desarrolló y las tareas prestadas a favor del CIPPA, excluyen, entonces, la posibilidad de considerar que exista en este caso, un compromiso de la garantía de estabilidad en el empleo, pues éste es un derecho que no lo alcanzaba; y ello es relevante pues, precisamente de tal derecho es del que se vale el actor para sostener que fue ilegítimamente desplazado de la categoría de Inspector "A"; que poseía un "derecho adquirido" y que no puede ser despojado de "su situación de revista", citando al respecto, la manda del art. 100 de la Carta Orgánica Municipal.

c) Luego, aun cuando la Municipalidad sea la que contrata al personal a su "cargo y costa" y que sea la que efectivamente liquida el sueldo (con los fondos que le envía el CIPPA), estas circunstancias –de cara a lo que resulta la pretensión de demanda- no alcanzan para considerar que posee legitimación para ser demandada en esta causa, toda vez que la decisión que causa el agravio del accionante, no provino de su esfera de actuación y competencia.

A fuerza de reiterar, es el CIPPA el que determina las tareas a cumplir, evalúa el desempeño de las funciones que son asignadas, es el facultado a remover o sustituir al agente por disconformidad en el desempeño de las mismas; informa a la Municipalidad el cese o relevo del personal y es el que propone el reemplazo; determina el cronograma de trabajo, afronta el gasto del servicio (que luego abona a la Municipalidad); fija la escala de categorías; tiene el derecho de supervisar, controlar e impartir instrucciones de carácter obligatorio que estime convenientes para el manejo operativo, administrativo y contable del personal y brinda capacitación necesaria del personal (y todo ello se compadece con las testimoniales brindadas en autos).

En definitiva, si de lo que aquí se trata es de la impugnación de la decisión de haberlo "desplazado de su categoría de Inspector"; si dicha facultad en tanto compete –y ha sido ejercida por el CIPPA- y no por la Municipalidad de Centenario (tanto así que las categorías están contenidas en el "Convenio" y se corresponden con las funciones que cumple el CIPPA), cabe concluir que ésta ha sido incorrectamente demandada en estos autos.

d) En este mismo orden de ideas, retomando lo que constituye la pretensión de autos y habiendo quedado sentado que no se encuentra comprometido el derecho a la estabilidad en el empleo, la cuestión queda limitada a analizar si ha existido por parte del CIPPA –cuya representación asumió la Provincia en tanto organismo que en ese entonces dependía del Ministerio de Producción y Turismo- un actuar desajustado al principio de legalidad o arbitrario en oportunidad de "desplazar al actor de la categoría de Inspector para ubicarlo en la categoría de "administrativo", tal como denuncia el accionante.

Y lo que adquiere relevancia en este punto, a tenor de las facultades de la Administración para asignar las tareas y nombrar personal, es que el actor sostiene que "sigue realizando las tareas de "Inspector", pero cobra como "administrativo".

Sobre el particular, partiendo de recordar que en el régimen analizado y dada la vinculación contractual, el actor no posee un derecho adquirido a una determinada "situación de revista" (para el caso "Inspector") vale señalar que no se advierte configurada ninguna situación que permitiría conceder razón al planteo: no consta en autos que haya sido "contratado" como "Inspector" a partir de enero del 2006; tampoco que se le haya modificado la categoría a "administrativo" ínterin estaba vigente su contratación como "inspector" y, lo que es más relevante es que no hay constancia de que, efectivamente, siga desempeñando la función de Inspector "A" habiendo sido contratado como "administrativo", única situación que comprometería la responsabilidad del CIPPA de cara al principio de "igual remuneración por igual tarea" y al derecho de obtener un correcto encuadramiento de la función asignada.

Es que la prueba rendida en autos no arroja ningún elemento en este sentido. La prueba que hubiera adquirido relevancia en el punto es la testimonial pero nada puede extraerse de ella.

La testigo Rojas Díaz (fs. 122) manifiesta que el actor era inspector pero ella dejó de trabajar con el accionante en el año 2002 (aquí el período comprometido es a partir del año 2006); el testigo Vilte, dice que el actor era Inspector y a la concreta pregunta de "si sabe si habiéndose desempeñado como inspector recibía sueldo como administrativo" contestó "no sabe, pero se que nunca hizo administración"; por su parte, la testimonial de la Sra. Elida Bustos no fue rendida en tanto fue declarada la caducidad de dicha prueba (RI33/13). Y las restantes testimoniales ofrecidas por la demandada, tampoco coadyuvan a la afirmación del accionante (cfr. declaración de Urrutia y de Rosa, antes referidas).

Luego, la falta de prueba respecto de la situación de hecho alegada conlleva a que las consecuencias de ese déficit deben ser soportadas por quien tenía la carga de probar.

XV.- De tal modo, no existen elementos que permitan afirmar que el accionar del CIPPA haya resultado ilegítimo o arbitrario.

Y desde dicho vértice, corresponde desestimar la demandada impetrada por el Sr. Jorge Roberto Segura.

XVI.- En cuanto a las costas, vale hacer ciertas observaciones.

En los precedentes arriba citados (Acuerdo 53/12 y 17/13) se impusieron las costas en el orden causado, meritando para ello "la confusa situación por la que ha atravesado la relación laboral del accionante con el Municipio, sumado a la complejidad que ello trasuntó para el análisis (todo lo cual pudo haber creado en el accionante el convencimiento de su derecho a litigar)".

En este caso, nuevamente, las particularidades del régimen que rigió la relación del accionante, esto es, en razón del "Convenio", la Municipalidad de Centenario "contratando" al accionante y liquidando su sueldo (con fondos ajenos) y quedando todas las demás facultades atinentes al "empleador" –de dirección, de selección de personal, de supervisión, etc.- en cabeza del CIPPA, también coloca a la situación en un confuso contexto que, válidamente, pudo crear en el actor el convencimiento de su derecho a litigar.

Es que el régimen no responde al molde ortodoxo de las relaciones laborales que celebra la Administración con sus empleados y es esperable que, a fin de paliar los conflictos que se susciten, el CIPPA se brinde el adecuado continente normativo para la contratación del personal que ejerza las funciones que son de su competencia.

Luego, más allá de ello, lo cierto es que en esta oportunidad, no puede soslayarse que el accionante ha tenido motivos para enderezar su acción contra la Municipalidad, con lo cual aun cuando asista razón a ésta última en punto a que no poseía legitimación pasiva de cara a lo que resultaba la pretensión de demanda, existen razones para justificar que las costas sean impuestas en el orden causado. (art. 68 segunda parte del CPC y C).

Y la misma solución cabe dispensar en cuanto a las costas generadas por la intervención de la Provincia del Neuquén, toda vez que, más allá que ha sido traída a juicio a instancias de la demandada, a éstas le alcanzan las consideraciones efectuadas en punto a las particularidades de la relación y complejidad de análisis que insumió la situación planteada.

En definitiva, por las razones expuestas, las costas serán impuestas en el orden causado (art. 68 segunda parte del CPC y C).

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: comparto los fundamentos y la solución que propone el Dr. Kohon y emito mi voto de adhesión en idéntico sentido. TAL MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Rechazar la demanda interpuesta por el Sr. JORGE ROBERTO SEGURA. 2°) Imponer las costas en el orden causado (art. 68 segunda parte del C.P.C. y C. y 78 de la Ley N° 1.305); 3°) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello. 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

Volver al índice -Por Organismo

-Por Tema
-Por Carátula

**"RUBILAR NATANAEL C/ MOLINA EDUARDO HERNAN S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 29050/2011) – Interlocutoria: 65/15 – Fecha: 30/07/2015

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

HONORARIOS DEL ABOGADO. REGULACION DE HONORARIOS. MONTO DEL JUICIO. CONFISCATORIEDAD. REDUCCION. DISIDENCIA.

1.- Es la interpretación de la confiscatoriedad del monto resultante de la regulación de honorarios la que motiva mi diferencia de enfoque, particularmente en lo que a los emolumentos a incluir en el cálculo se refiere. (Del voto de la Dra. BARRESE, en mayoría).

2.- [...] la totalidad de los honorarios regulados (sin discriminar si eran los de los profesionales de la parte vencedora o de la vencida) no puede superar el tope del 33% del importe de condena, porque todos están a cargo de la parte a quien se le impusieron las costas. Agrego, además, que el antecedente del Tribunal Superior de Justicia citado por mi colega de Sala (in re "IPPI"), no obliga a los tribunales inferiores, por no haberse dado el supuesto previsto en el art. 15, inciso d), de la Ley 1.406. (Del voto de la Dra. BARRESE, en mayoría).

3.- [...] ateniéndome a la inveterada jurisprudencia forjada por el anterior tribunal de Alzada con competencia en la IV Circunscripción Judicial, y cuya línea siguió esta Sala –con integración distinta a la actual- en el citado antecedente "ROZAS", he de proponer se reduzcan la totalidad de los honorarios regulados en la instancia de grado, de manera proporcional y a prorrata, hasta alcanzar el citado límite del treinta y tres por ciento (33%) del monto del proceso. (Del voto de la Dra. BARRESE, en mayoría).

4.- [...] si bien no paso por alto el criterio sustentado por la ex Cámara en Todos los Fueros de la ciudad de San Martín de los Andes en el precedente "Rosauer", cierto es que a mi entender corresponde ceñirme a lo resuelto por la Sala Civil del Excmo. Tribunal Superior de Justicia de nuestra provincia en autos "Ippi Gabriela c/ Sanchez José Mario s/ división de bienes" (Ac 05/14 de fecha 20-02-2014). En dicha oportunidad, el Máximo Órgano Judicial Provincial postuló, reiterando la posición que venía sostenido el Cuerpo en sus anteriores integraciones, que los emolumentos

profesionales de primera instancia de los letrados de la parte gananciosa en el pleito, con más la regulaciones que correspondan a los peritos actuantes en el litigio, no pueden ser superiores al 33% del valor fijado judicialmente en los supuesto en que el monto reclamado sea superior a la suma que resulte de la sentencia o transacción, debido a que de superar dicho porcentaje los mismos se tornarían confiscatorios. (Del voto del Dr. FURLOTTI, en minoría).

5.- En virtud de la posición adoptada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia local, a la cual adhiero por compartirla, entiendo que el presente agravio debe ser desestimado, máxime si se tiene en cuenta que la sumatoria de los honorarios regulados a los profesionales de la parte actora y el perito contador interviniente en la decisión que se cuestiona no supera el 33% del monto tomado como base regulatoria, el cual llega firma a esta instancia. (Del voto del Dr. FURLOTTI, en minoría).

**Texto completo:**

San Martín de los Andes, 30 de Julio del año 2015.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "RUBILAR NATANAEL C/ MOLINA EDUARDO HERNAN S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES" (Expte. Nro. 29050, Año 2011), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la ciudad de Junín de los Andes; venidos a conocimiento de la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

De acuerdo al orden de votos sorteado, el Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

I.- Llegan nuevamente los presentes obrados a esta Sala, en esta oportunidad a fin de resolver los recursos de apelación intentados por la parte demandada (fs. 446/447) y los letrados del actor –Dr. ... y Dra. ...- (fs. 448/449, este último concedido en los términos del art. 58 de la ley 1594), contra la regulación de honorarios efectuada a fs. 444 y vta.

II.- A) La incoada en su escrito recursivo apela la totalidad de los emolumentos profesionales establecidos por el judicante en la decisión puesta crisis por considerar que los mismos en conjunto superan el 33% del monto de la sentencia.

Sostiene que esta Cámara, en precedente que cita y transcribe parcialmente, ha fijado jurisprudencia respecto a que la totalidad de los honorarios regulados en la instancia de grado no pueden superar el 33% del monto de la sentencia o transacción y que del auto regulatoria se desprende que la sumas fijadas en concepto de estipendios profesionales se encuentra en el orden del 39% del monto de condena actualizado.

También critica que el monto de lo honorarios excede el tope del 25% que en concepto de responsabilidad por costas debe ser afrontado por su parte, conforme lo prevé el art. 505 del Código Civil modificado por el art. 1 de la ley 24.432.

Por lo expuesto solicita se haga lugar al recurso intentado, se revoque la resolución recurrida en la medida materia de agravio y se proceda a efectuar una nueva regulación de honorarios limitando los mismos y prorrateándolos de modo que queden por debajo de los topes indicados.

B) Los letrados recurridos al responder los agravios intentados por la incoada (fs. 456/457 vta.) expresan que la apelación debe ser desestimada toda vez que los honorarios de la representación letrada de la parte perdidosa no integran el monto de estipendios cuyo valladar de confiscatoriedad sea del 33% del monto de condena actualizado.

Sostienen que el Máximo Tribunal Provincial, en precedentes que citan, ha sentado jurisprudencia sobre la cuestión que se ventila al establecer que los honorarios de los abogados de la parte vencedora, correspondientes a la primera instancia, sumados a los de los peritos y excluidos los de los abogados del vencido no puede superar el 33%.

Indican que en el supuesto de autos el límite de confiscatoriedad del 33% sobre el monto de la liquidación aprobada en estos obrados es superior a la suma establecida por el judicante en concepto de honorarios profesionales de la parte actora y perito contador e incluso entre esta última y el tope máximo aludido existe margen suficiente para elevar los estipendios fijados por el sentenciante conforme los solicitan en la impugnación por ellos intentada.

III.- Los Dres. ... y ... en escrito de fs. 448/449, apelan por bajos los honorarios regulados en interlocutoria de fs. 444 y vta.

Expresan, luego de efectuar una serie de cálculos, que de conformidad a lo dispuesto por los arts. 6 y 7 de la ley 1594 la alícuota fijada por el sentenciante (15% sobre el monto que se desprende de la liquidación aprobada en autos con más el 40% establecido por el art. 10 de la Ley de aranceles profesionales) es reducida en atención a la actividad profesional desarrollada a lo largo del procesos -dan diversos ejemplos de la tarea desplegada- que no resulta habitual en este tipo de juicios.

IV.- A) Ingresando al análisis del primer agravio deducido por la parte demandada es dable poner de resalto que si bien no paso por alto el criterio sustentado por la ex Cámara en Todos los Fueros de la ciudad de San Martín de los Andes en el precedente "Rosauer", cierto es que a mi entender corresponde ceñirme a lo resuelto por la Sala Civil del Excmo. Tribunal Superior de Justicia de nuestra provincia en autos "Ippi Gabriela c/ Sanchez José Mario s/ división de bienes" (Ac 05/14 de fecha 20-02-2014).

En dicha oportunidad, el Máximo Órgano Judicial Provincial postuló, reiterando la posición que venía sostenido el Cuerpo en sus anteriores integraciones, que los emolumentos profesionales de primera instancia de los letrados de la parte ganancioso en el pleito, con más la regulaciones que correspondan a los peritos actuantes en el litigio, no pueden ser superiores al 33% del valor fijado judicialmente en los supuesto en que el monto reclamado sea superior a la suma que resulte de la sentencia o transacción, debido a que de superar dicho porcentaje los mismos se tornarían confiscatorios.

Extraigo del voto del Vocal preopinante -Dr. Evaldo D. Moya- en dicho precedente las siguientes argumentaciones en pos de la aplicación de la postura aludida: "…mediante R.I. Nro. 825/91 dictada en autos "Martinez Carlos Alberto c/ Instituto de Seguridad Social del Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa" (del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias) se cita el criterio expuesto en el Acuerdo Nro. 64/89 pronunciado in re "Galián Jorge Hermelindo y otro c/ Sideco Americana S.A. s/ ordinario" del Registro de Recursos Extraordinarios (luego reiterado en Acuerdo Nro. 284/92 del primer Registro), por el cual este Cuerpo expresó el razonamiento que citaré en forma textual teniendo en cuenta que resulta de estricta aplicación al presente: "Vale también destacar que no es ajena a la situación que se da en estas actuaciones, la doctrina que limita el monto de los honorarios profesionales al 33% del total que obtuviere la parte ganancioso, ello a fin de evitar que tales emolumentos se conviertan en confiscatorios". Y agregó que dentro de los parámetros expuesto debe tenerse en cuenta asimismo el que la suma de los honorarios de los letrados de la parte ganancioso en el pleito, con más las regulaciones correspondientes a los peritos, no superen el 33% del monto base, ya que de así acontecer, dicha regulación se tornaría confiscatoria" (cfr. Acuerdo Nro. 1/97, "Avilés de Zapata c/ Consorcio Patagonia UTE s/ accidente ley s/ incidente de apelación", del Registro de la Actuaria; en idéntico sentido puede verse la causa "González Omar Hugo c/ Municipalidad de Neuquén s/ A.P.A." del 27-5-97 del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias, y Acuerdos Nros. 52/88, 93/94, 139/95 del Registro de la actual Secretaría Civil)" (sic.).

De seguido, consideró el votante del Máximo Órgano Provincial, que: "Entonces, como regla, corresponde observar las escalas arancelarias sin traspasar los porcentajes máximos y mínimos previstos en el arancel. Sin embargo, su apartamiento puede justificarse cuando la aplicación de los topes legales afecta el derecho de propiedad de los obligados al pago (Ibíd., pág. 287). En tal senda, el Alto Tribunal Nacional ha descalificado pronunciamientos que no evidenciaban una adecuada proporción entre las regulaciones, porque ni el apego al monto del proceso ni a la correspondiente escala arancelaria puede legitimar un lucro irracional que desnaturalice el principio de

proporcionalidad (Ibídem., pág. 287/288). De allí que se ha juzgado que los honorarios de los profesionales intervinientes en el pleito (abogados y peritos) no pueden superar el 33% del monto de condena. Esto es, del beneficio obtenido por la llamada gananciosa. Con dicho importe se solventará los emolumentos de los abogados de la parte gananciosa más los correspondientes a los peritos por la labor que unos y otros hubieren realizado en Primera Instancia. De lo contrario, el establecimiento de honorarios desproporcionados con el monto de condena viola las garantías constitucionales de la propiedad y la defensa en juicio, tornando arbitraria la resolución judicial que de eso modo los fije. Y por eso, cuando el monto reclamado sea superior a la suma que resulte de la sentencia o transacción, los honorarios que se regulen a los profesionales no puede superar el 33% del valor fijado judicialmente, ya que, en caso de ser superiores, serían confiscatorios (cfr. Acuerdo Nro. 284/1992 "Martinez" y 63/1993 "Guenchullan", ambos del Registro de la entonces Secretaría de Demandas Originarias y Recursos Extraordinarios de este Tribunal Superior de Justicia)...." (tex.).

En virtud de la posición adoptada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia local, a la cual adhiero por compartirla, entiendo que el presente agravio debe ser desestimado, máxime si se tiene en cuenta que la sumatoria de los honorarios regulados a los profesionales de la parte actora y el perito contador interviniente en la decisión que se cuestiona no supera el 33% del monto tomado como base regulatoria, el cual llega firma a esta instancia.

A lo dicho he de agregar que a mi entender, siguiendo la posición asumida por la Sala Civil de la ex Cámara de Apelaciones en Todos lo Fueros de la ciudad de Zapala en autos "Schell, Marcela C/ Horkla S. A. y otra S/ Laboral por Despido" (Expte nro. 2041, folio 189, año 1997, del Registro de la Secretaría actuaría) entre tantos otros, el tope del 33% aludido precedentemente no resulta aplicable cuando corresponde regular los mínimos legales que se desprenden de la ley 1594, específicamente el art. 9, el que frente al carácter que asuman los letradas de las partes hace aplicable art. 10.

B) Despejado lo anterior y adentrándome en el análisis del segundo cuestionamiento intentado por la accionada, cabe recordar que el Tribunal Superior de Justicia de esta Provincia –con una integración distinta a la actual- en los precedentes "Yerio" (Ac. 189/96 del 18/12/1996) y "Lowental" (Ac. 3/00 del 15/02/2000) señaló que la modificación introducida por la ley 24.432 al art. 505 del Código Civil era inconstitucional y declaró su inaplicabilidad en el orden provincial, circunstancia esta por la cual entiendo, debido a que comparto los argumentos esgrimidos en los precedentes citados, que la crítica de la recurrente referida a la aplicación de la modificación legal del artículo 505 del Código Civil no tendrá acogida favorable.

C) En virtud de los argumentos esgrimidos precedentemente corresponde rechazar la apelación intentada por la parte demandada y, consecuentemente, confirmar la resolución recurrida en toda aquello que ha sido materia de agravio para la accionada.

V.- Entrando al estudio del recurso incoado por los letrados de la parte actora, cabe establecer si la regulación de honorarios dispuesta en el origen se ajusta -en primer lugar- a los parámetros establecidos por la Ley 1.594 de aranceles profesionales de abogados y procuradores.

En estos términos y visto que el estadio procesal de los presentes obrados se inserta dentro del final del proceso, donde el A quo ha dictado sentencia definitiva haciendo lugar a la demanda incoada por el actor, el trabajo profesional de los letrados debe ser remunerado en orden a las pautas de los Arts. 6, 7, 10, 37, 39 y ccdtes. de la Ley arancelaria.

En base a dichos parámetros, hemos de adelantar que no les asiste razón a los apelantes.

Ello así por cuanto la regulación basada en las dos etapas del proceso laboral, por aplicación del mentado Art. 39 de la Ley 1.594 y su correspondencia a lo que resulta de la escala del Art. 7° (entre el 11% y el 20% del monto del por el cual prospera el proceso con más intereses) y teniendo en cuenta las pautas que establece el Art. 6° de la citada normativa, entendemos adecuada -a la luz de la actividad profesional desarrollada por los profesionales del derecho actuantes-, el monto establecido en primera instancia.

Obsérvese al respecto que, efectuado los cálculos pertinentes, sobre la base que viene firme en este estado, se verifica que la determinación de Primera Instancia responde a la aplicación de una alícuota del 15% de la escala del Art. 7° del

arancel, siendo que a los letrados recurrentes se les agregó el porcentaje correspondiente al apoderamiento (40%) (Arts. 10 y 7 última parte de la Ley 1.594).

Los letrados apelantes se limitan a indicar: "consideramos que -en función de las pautas de los arts 6 y 7 de la ley arancelaria- y el resultado obtenido, los emolumentos regulados a nuestro favor resultan bajos".

Salvo por la mención del resultado logrado, los quejosos no identifican concretamente cuáles son las pautas que, a su entender, habrían sido incorrectamente aplicadas. La mera mención a la "obstaculización" por parte de la contraria (que no cristalizan en ejemplos concretos), a la extensión de la audiencia de vista de causa y a los cuestionamientos de la idoneidad de los testigos, no resulta una argumentación suficiente a fin de revisar una regulación que se encuentra dentro de los parámetros legales y que no peca por menesterosa. Una correcta faena regulatoria requiere de la apreciación global de las pautas otorgadas por la legislación arancelaria y no de manera aislada.

Por último, si se considera que el esquema regulatorio previsto por el legislador reposa sobre la libre discrecionalidad del magistrado, allí donde no se avizoran rastros de arbitrariedad, la Alzada no puede, motu proprio, imponer su criterio.

VI.- Por todo lo expuesto entiendo que cabe rechazar sendos recursos interpuestos por la parte condenada en costas y por los letrados de la gananciosa y, en consecuencia, confirmar el auto regulatorio de honorarios de primera instancia.

A su turno, la Dra. María Julia Barrese, dijo:

I.- He de disentir parcialmente con las consideraciones vertidas por mi colega de Sala, por los motivos que de seguido expondré.

En primer lugar, coincido en la inaplicabilidad del tope a la condena en costas previsto en la legislación de fondo (art. 505 del Código Civil), por los argumentos que trajo a colación el vocal preopinante, similares a los que la suscripta también ha tenido la posibilidad de compartir en precedentes de la otrora Cámara en Todos los Fueros de la IV Circunscripción Judicial [cfr. R.I. N° 556/2013, en autos "TOLNAI CARLOS GUSTAVO Y OTROS C/ PROV. DE NQN Y OTROS S/ DAÑOS" - (Expte. N° 13.518 - 2002); con remisión a R.I. 202/2010, en autos "SANTANA CARDO, CARMEN ROSA ESTER C/ STUBRIN DARÍO FABIAN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", con cita de la R.I. N° 6641.- 9 de febrero de 2009, del TSJ, en autos "SEPULVEDA, JORGE HORACIO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA". En igual sentido, véase, "ROSAUER, MARIA MERCEDES C/ AMOROSO, FRANCISCO S/ D. Y P. MALA PRAXIS", Expte. CSM N° 270/2010].

Es la interpretación de la confiscatoriedad del monto resultante de la regulación de honorarios la que motiva mi diferencia de enfoque, particularmente en lo que a los emolumentos a incluir en el cálculo se refiere.

Pese a que reconozco la solidez de los fundamentos volcados por mi colega de Sala, la coherencia me exige respetar la línea jurisprudencial trazada como vocal del organismo que, en un pasado no muy distante, funcionara como tribunal de Alzada de los juzgados de primera instancia de la IV Circunscripción Judicial, la ya citada Cámara en Todos los Fueros [ver, R.I. e/a "RODRÍGUEZ SERRUYS, María Veroni y otros c/ STUBRIN, Darío Fabián s/ Daños y Perjuicios", Expte. CSM N° 178/2010 del Registro de la Secretaría Civil de este Tribunal, Fecha: 30/11/2010, RI 203/2010. En igual sentido, R.I. N° 268/2011, ya citada, e/a "ROSAUER, MARIA MERCEDES C/ AMOROSO, FRANCISCO S/ D. Y P. MALA PRAXIS", Expte. CSM N° 270/2010; con cita del T.S.J. e/a "ALBARRACÍN, MERCEDES PAULINA Y OTRO C/ CLÍNICA PASTEUR S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", Acuerdo N° 24/00, de la Secretaría de Casación Civil]. Esta fue también la postura de esta Sala, en su anterior integración, al tener oportunidad de pronunciarse sobre la temática ["ROZAS, ADELA Y OTROS C/ SALDIVIA, NELLY Y OTROS S/ ACCIÓN REIVINDICATORIA"; Expte. Nro. JVACI1 N° 656, Año 2007; Registro de Sentencias Interlocutorias N°:07/2015 de la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes].

En aquéllos precedentes se precisó que la totalidad de los honorarios regulados (sin discriminar si eran los de los profesionales de la parte vencedora o de la vencida) no puede superar el tope del 33% del importe de condena, porque todos están a cargo de la parte a quien se le impusieron las costas.

Agrego, además, que el antecedente del Tribunal Superior de Justicia citado por mi colega de Sala (in re "IPPI"), no obliga a los tribunales inferiores, por no haberse dado el supuesto previsto en el art. 15, inciso d), de la Ley 1.406.

A raíz de ello, y como señalé, ateniéndome a la inveterada jurisprudencia forjada por el anterior tribunal de Alzada con competencia en la IV Circunscripción Judicial, y cuya línea siguió esta Sala –con integración distinta a la actual- en el

citado antecedente "ROZAS", he de proponer se reduzcan la totalidad de los honorarios regulados en la instancia de grado, de manera proporcional y a prorrata, hasta alcanzar el citado límite del treinta y tres por ciento (33%) del monto del proceso.

II.- A raíz de ello, la apelación ensayada por los letrados de la parte gananciosa deviene de tratamiento abstracto.

III.- Sin costas de Alzada, en virtud de que la materia debatida no las genera (art. 58 de la Ley Arancelaria).

Finalmente, el Dr. Dardo Walter Troncoso, dijo:

I.- Que convocado a dirimir la disidencia, he de manifestar mi adhesión a la propuesta de la Vocal María Julia Barrese, fundamentalmente por compartir con mi colega la idea directriz de coherencia y respeto a las decisiones que uno mismo forja en casos precedentes.

De allí que deba atenerme a lo resuelto por ésta misma Sala (con integración del suscripto) en el ya citado antecedente "ROZAS" (en R.I. N° 07/2015, del Registro de la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes).

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, por mayoría,

RESUELVE:

I.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, reducir la totalidad de los honorarios regulados en la instancia de grado a los siguientes importes finales: Al Dr. ..., la suma de PESOS CINCUENTA Y CINCO MIL CIENTO SETENTA ($55.170); A la Dra. ... la suma de PESOS DOCE MIL CINCUENTA Y TRES ($12.053); A la Dra. ..., la suma de PESOS TREINTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO ($32.254); Al Dr. ... la suma de PESOS OCHO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO ($8.488); y al perito contador ... la suma de PESOS DIECISEIS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS ($16.976). Los honorarios deberán ser abonados dentro de los diez días de quedar firme la presente resolución, debiendo adicionarse el porcentaje correspondiente a la alícuota del I.V.A. en caso de que los beneficiarios acrediten su condición de responsables inscriptos. Todo bajo apercibimiento de ejecución.

II.- Declarar abstracto el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por los letrados apoderados de la parte actora contra el auto interlocutorio de honorarios de primera instancia.

III.- Sin costas de Alzada, en virtud de la cuestión debatida (art. 58 de la L.A.).

IV.- Regístrese, notifíquese y, firme la presente, vuelvan los autos al origen estudio de la Sala a fin de determinar los honorarios de Alzada (art. 15 de la L.A.).

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti - Dr. Dardo Walter Troncoso

Registro de Sentencias Interlocutorias N° 65/2015.

Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

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

**"LAGO HERMOSO S.A. C/ MADANES LEISER S/ ACCION REIVINDICATORIA"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 35421/2013) – Interlocutoria: 67/15 – Fecha: 30/07/2015

DERECHO PROCESAL: Excepciones procesales.

DEFECTO LEGAL. DEFENSA EN JUICIO. RECHAZO DE LA EXCEPCION.

Tal como señala el sentenciante, no se encuentra vulnerado el derecho de defensa de la demandada. Es que, todo lo actuado da cuenta de que dicha parte ha comprendido claramente la pretensión efectuada por "LAGO HERMOSO S.A.", por lo que la excepción de defecto legal opuesta no tiene razón de ser.

**Texto completo:**

Zapala, 30 de Julio del año 2015.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "LAGO HERMOSO S.A. C/ MADANES LEISER S/ ACCION REIVINDICATORIA" (Expte. Nro. 35421, Año 2013), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO; venidos a conocimiento de la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

CONSIDERANDO:

I.- Vienen las presentes a estudio de esta Sala I, para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto a fs. 743 por la parte demandada contra la resolución interlocutoria dictada a fs. 739/740/ vta. con fecha 8/04/2015, en cuanto rechaza la excepción de defecto legal interpuesta por dicha parte.

Refiere el recurrente como primer agravio que el juez da por cierto que el inmueble objeto de la reivindicación de autos está individualizado en la demanda, poniendo de relieve que esta parte habría admitido saber cuál es el inmueble que la actora pretende reivindicar, lo que considera que no es cierto, por cuanto el accionante no habría determinado qué se demanda, conforme la exigencia legal.

En tal orden, sostiene que la actora no vuelca en la demanda ninguna descripción del inmueble que pretende reivindicar, a excepción de mencionar el dato cuantitativo de 104 ha. y fracción, y que trajo a juicio un título de dominio que no lo acredita titular del inmueble objeto de la reivindicación, ya que tal, es de titularidad de dominio pleno y perfecto del recurrente, lo que surgiría del propio escrito de la actora, y de las escrituras de dominio que acompañaron ambos litigantes.

Plantea, precisamente, la ausencia de uno de los requisitos de la acción reivindicatoria, esto es, que la actora viene a juicio sin título de dominio, accionando, en más, contra el titular de dominio pleno y perfecto con título debidamente inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble. Y que a ello se agrega que no describe el objeto de la reivindicación, afirma. Ello surgiría del escrito de demanda y de dos escrituras públicas, la de Lago Hermoso S.A., y la de Madanes Leiser, sin necesidad de ningún apoyo probatorio. Lo señalado, sostiene, son causal de defecto legal, que torna imposible un pronunciamiento definitivo y la deja en indefensión por cuanto ignora dónde están ubicadas en el espacio las tierras que la actora pretende reivindicar.

Manifiesta que el juez se ha confundido al resolver debido a la enmarañada presentación de la actora, la que describe, indicando nuevamente, que no logra individualizar la fracción de terreno objeto de la acción, y que tampoco se desprende de las presentaciones de la recurrente que hubiese manifestado conocer cuál es el inmueble objeto de la reivindicación.

Indica que la superficie a reivindicar de 104 ha, 39 acres, 64 centiáreas, y 72 decímetros cuadrados, no es más que una cantidad de superficie aislada de toda otra referencia, y que el a quo ha confundido tal descripción con la individualización precisa y analítica de un inmueble. La misma estaría ubicada en algún lugar nunca determinado dentro del lote pastoril designado con el número DOS (2), de la Sección XL, que es justamente donde se ubica la propiedad del recurrente, según surge del título de dominio pleno y de la mensura que le dio origen. Señala que si bien

la superficie del inmueble es uno de los elementos que aporta a su descripción, aislado, resulta completamente inútil, puesto que cuando se pretende reivindicar hay que determinar con precisión el objeto.

Sigue abundando sobre el tema, con mención de la normativa de fondo y procesal en orden a individualizar concretamente el objeto de la demanda de reivindicación. Y, en tal orden, indica que debe individualizárselo con nomenclatura catastral de inscripción, copia de folio real, planos inscriptos, descripción precisa de su ubicación, límites y linderos, medidas que contengan sus líneas, y medición de sus ángulos y puntos de apoyo, el señalamiento de accidentes geográficos o límites políticos, entre otros, además de aportar el título de propiedad que contenga su descripción analítica de modo tal que pueda conocerse su forma geométrica. Señala que en el caso no se sabe si se trata de una superficie cuadrada, rectangular, circular y saber cómo se ubica en el terreno, toda vez que del título de propiedad como de la inscripción registral y posesión del inmueble que la actora pretende reivindicar surgiría con claridad que está en cabeza del recurrente.

Afirma que el título que acompañó la actora, titula un inmueble lindero, distinto al de titularidad del apelante. Y que la actora afirma que el dominio de Madanes Leiser habría acrecido en esa superficie que dijo que viene a reivindicar, pero que, contrariamente a lo sostenido por el a quo, no identifica debidamente la cosa demandada, designándola con toda exactitud, como prescribe el art. 330 del CPCyC. No se sabría para dónde supuestamente habría crecido en superficie el inmueble de Madanes, ni dónde estaría situado, además que no coincide con la superficie del inmueble de Madanes según título y mensura.

Aduna que la propia actora señala con claridad que el título del dominio del inmueble que pretende reivindicar está en cabeza del demandado, justo donde dice en su demanda que el inmueble de titularidad de la actora creció en superficie y es esa superficie la que estaría dentro del inmueble de titularidad del accionado.

Considera que así, el juez no podrá sentenciar después de un proceso que seguramente insumirá varios años, ordenando algún cambio dominial ni catastral sobre un inmueble que no existe descripto ni está incorporado en el sistema catastral ni en el Registro de la Propiedad Inmueble. Se trata de un espacio de tierra que nunca fue mensurado ni individualizado ni se conoce su ubicación espacial; así sostiene.

Redunda sobre el tema, y señala distintos párrafos del escrito de demanda, recalcando lo señalado, y concluyendo que se está frente a una indeterminación cualitativa del objeto de demanda.

Cita doctrina y jurisprudencia en torno a la excepción de defecto legal y también específicamente al objeto de la acción reivindicatoria, en apoyo de su postura.

En los términos expuestos solicita la revocación de la interlocutoria y se disponga el rechazo de la demanda.

Como segundo agravio plantea que ante la imposibilidad futura de sentenciar ordenando algún cambio dominial o catastral sobre una porción de tierra, conforme lo fundamentado en el primer agravio, se revoque la imposición en costas si se rechaza la excepción y se difiera la misma para el momento de dictarse sentencia definitiva; ya que en tal momento se conocerá si lo que afirma es verdad o no. O bien, se impongan en el orden causado.

II.- A fs. 754/758/ vta., previo traslado, contesta agravios la actora.

Considera que el demandado fundamenta su posición en cuestiones que hacen al fondo de la cuestión, y no al limitado ámbito de procedencia de la excepción. Insiste en que la recurrente ha comprendido y con creces cuál es el reclamo que se le ha hecho.

Manifiesta que de ser correcta la posición del demandado, la excepción de defecto legal no sería la adecuada, dado que tal postura hace a una defensa de fondo que al momento de sentenciar se evaluará. La excepción de defecto legal, señala, es creada para el caso en que se impida la correcta defensa a la contraparte o lo prive de poder oponerse adecuadamente a la pretensión de la contraria, y que ello no se advierte.

Sostiene que con las pericias ofrecidas y demás prueba se acreditará la legitimidad de la posición de Lago Hermoso S.A., como también se determinarán las 104 hectáreas y fracción. Recalca que la determinación exacta de la superficie a reivindicar por parte de Lago Hermoso S.A. se realizará en el marco del juicio y dependerá de la prueba. Refiere que la particularidad de este juicio es que dos títulos, el de Lago Hermoso S.A., y el actual de Madanes

impugnado por ella, tienen superpuesta una superficie de tierra, que es propiedad de Lago Hermoso S.A. (se remite a lo expuesto en la demanda).

Relata que la primera determinación de la superficie del predio adquirido por Madanes se ha hecho mediante un procedimiento viciado de nulidad, impugnado por Lago Hermoso S.A.. Señala que el Sr. Castro Cisneros (anterior comprador de las 120 ha.) tampoco supo cuáles eran las 120 ha. que había adquirido, ya que hasta el año 1994 no había certeza sobre el límite de los linderos, por lo que revestían carácter de cosa incierta y en tal carácter, no susceptibles de ser poseídas.

Aduna que la superficie exacta y definitiva deberá determinarse luego de las pericias, ya que debe tenerse en cuenta los mínimos y máximos de tolerancia en el acrecentamiento de un fundo que fueron sospechosamente superados al momento de la mensura y aprobación de plano del matrimonio Castro Cisneros, anteriores propietarios de la península.

Aduna que ha quedado probado en el Expte. Nro. 26.568/2010, "Madanes Leiser c/ Lago Hermoso S.A. s/ Acción Confesoria", que se han deducido las 120 ha., siendo ésta el máximo de superficie de la que podrá ser titular el Sr. Madanes, y en el mejor de los casos, podrá agregar las tolerancias máximas contempladas por la normativa vigente al momento de aprobación de los planos.

Indica que si bien Lago Hermoso S.A. no es titular registral de esta nueva fracción de territorio "creada" luego del proceso de mensura por parte del Agrimensor Muglia por la cantidad de 104 hectáreas y fracción en el año 1994, sí lo es por justo título desde su adquisición en el año 1944, y que tal es el punto crucial de este juicio.

Manifiesta que la jurisprudencia citada por la contraria no corresponde a sentencias que hayan acogido o rechazado excepciones de defecto legal sino a sentencias definitivas, dictadas luego de la valoración de la prueba; entre otras cuestiones que señala.

Cita jurisprudencia en sustento de su postura, y solicita se rechace el recurso de apelación conforme lo argumentado.

En cuanto a la apelación por la imposición en costas, considera que nada indica que V.E. deba apartarse del principio general previsto en los artículos 68 y 69 del CPCyC, por cuanto Madanes no tuvo fundado derecho para oponer la defensa en cuestión, por los motivos expuestos, pudiendo interpretar cuál es su posición y pretensión de su mandante.

Por último señala que las demoras ocasionadas por la interposición de excepciones por parte de Madanes, dado que primero opuso la incompetencia que fue rechazada, y de otras tres más, no hacen otra cosa que generar una demora en el tratamiento de las cuestiones de fondo para dilucidar su reclamo, siendo, por tal, injustificable una condena en costas en el orden causado.

III.- Ahora bien, efectuado el relato de las posturas asumidas por ambas partes y ciñéndonos a ellas, adelantamos, conforme lo que seguidamente fundamentamos, que habremos de confirmar la resolución de grado.

Tal como señala el sentenciante, no se encuentra vulnerado el derecho de defensa de la demandada. Es que, todo lo actuado da cuenta de que dicha parte ha comprendido claramente la pretensión efectuada por "LAGO HERMOSO S.A.", por lo que la excepción de defecto legal opuesta no tiene razón de ser.

Citaremos, a modo de ejemplo, algunas constancias de autos; a saber: contestación de demanda, fs. 677: "…Como apreciará el juzgador, el demandado Leiser Madanes es titular de dominio pleno y con justo título del inmueble que es objeto de esta acción, como lo acredita con: (i) la escritura pública inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble del Neuquén…" (el resaltado nos pertenece). Otro: "…a) El actor no es titular de dominio del inmueble que pretende reivindicar… esta acción no puede prosperar.., toda vez que el inmueble que se denomina Lote DOS (2) de la Sección XL, Fracción A,…de titularidad de dominio y posesión plena del demandado Leiser Madanes… Por estas realidades fácticas y jurídicas la actora …no es titular del dominio ni total, ni parcialmente, ni perfecto o imperfecto del inmueble que pretende reivindicar en esta acción…" (fs. 678/vta.). Otro: escrito de oposición de excepciones (fs. 508): "El actor no es titular de la relación jurídica substancial que hace a esta causa, por lo cual no es la persona habilitada para demandar, en cuanto no es titular de dominio….de la heredad que pretende reivindicar…".

Por otra parte, da cuenta de ello, otro expediente que tramita entre las mismas partes: "MADANES LEISER C/ LAGO HERMOSO S.A. S/ ACCIÓN CONFESORIA" –Expte. 26.568/2010, el cual nos permitimos traer a colación por haber sido citado en la contestación de agravios. Asimismo, es dable señalar respecto a ellos, que la actora pidió su acumulación

a las presentes, aunque fue rechazado en estos autos mediante R.I. 35/2015 (fs. 715/717/vta.). De tales actuaciones, que hemos tenido a la vista por cuanto se encuentran en etapa de apelación ante esta Cámara (solo "Lago Hermoso S.A. ha recurrido), surge con claridad que la demandada en estas actuaciones, actora en las otras, conoce perfectamente el reclamo que efectúa "Lago Hermoso S.A.".

Transcribiremos algunas constancias de las referidas actuaciones para dar cuenta de lo que señalamos en el párrafo precedente: Considerando VII de la sentencia dictada el 17/04/2015 (fs. 540): "…Cabe destacar que ninguna relevancia tiene para la solución de esta controversia cuál es la extensión correcta de la superficie del fundo del actor, dado que el camino que el actor pretende transitar por la heredad de la demandada no se encuentra comprometido en las 104 hectáreas cuyo dominio discute la sociedad demandada. Ello puede apreciarse con claridad en todos los planos obrantes en autos y, en especial, en los planos de fojas 21 y 441. Es que las 104 hectáreas que Lago Hermoso S.A. reclama como propias se encuentran ubicadas en la rivera Sud-Este del lago Las Cármenes –entre éste lago y el lago Hermoso-, y el camino que pretende transitar el actor se encuentra ubicado en la rivera opuesta, y comienza en el arroyo que vincula los Lagos Raulí y Las Cármenes y termina –o viceversa- en el límite con la fracción de la Administración de Parques Nacionales en la cabecera del Lago Las Cármenes –ver planos de fs.21 y 441-." (el resaltado nos pertenece). Otro: Considerando VI: "…surgiendo claramente de los medios de prueba producidos en autos en qué momento y a raíz de qué circunstancias se produjo un quiebre en la relación entre los propietarios de ambos fundos que motivó que Lago Hermoso S.A. impidiera el tránsito tanto del actor como de sus comodatarios –Fundación Península Raulí-. Me refiero a la diferencia en la mensura de la propiedad del actor -104 has.-, que Lago Hermoso S.A. no reconoce, y discute actualmente en los autos seguidos entre las mismas partes sobre acción reivindicatoria (Expte. N° 35.421/2013), que tramitan ante este mismo Juzgado (el resaltado nos pertenece).

Por otra parte, también surge claro de la escritura complementaria agregada a fs. 9/13, por la cual los antecesores titulares de las "120 ha. con lo que en más o en menos resulte de sus linderos" (luego vendidas a Madanes Leiser) habrían "acrecido" la porción hoy reclamada por la actora, que dichas hectáreas se encuentran dentro del terreno mensurado por la contraria (224 ha., 4ca.,y 2 dcm.2), matriculado registralmente a nombre de Madanes Leiser con Matrícula 128-LACAR.

Conforme todo lo argumentado, y aunque, como señala la recurrente, se trataría de un espacio de tierra que nunca fue mensurado ni individualizado por la aquí actora (las 104 ha. 30acres, 64 centiáreas, 72 decímetros cuadrados, situadas en la Fracción A dentro del lote Pastoril 2 de la Sección XL que hoy intenta reivindicar la actora contra el demandado), nos convencemos de que la demandada conoce perfectamente el objeto del reclamo de las presentes.

También señalamos que, conforme las constancias de autos, podría darse, como señala la actora, una superposición de títulos sobre una misma superficie de tierra, el de Lago Hermoso S.A. (por la adquisición originaria de las 3.980 ha. – ver copia de escritura de fs. 17/23), y el actual de Madanes impugnado por ella (ver copia de escritura de fs. 451/456); todo lo cual, será objeto de prueba en los presentes -como también indica la actora- y, conforme lo que se pruebe, se hará lugar o no a la reivindicación. Pero ello, constituye el fondo de la cuestión, y no puede ser resuelto como de previo, mediante el rechazo de la demanda por medio de la excepción opuesta, como solicita la recurrente.

Abundando, si el demandado hoy se encuentra en posesión de la porción discutida, es imposible que la actora haya podido realizar una mensura particular de la misma para delimitarla físicamente como pretende Madanes Leiser; pero, de lo que no cabe duda, es que la misma conforma parte del dominio, cuya titularidad, conforme escritura e informes de dominio, hoy detenta el demandado Madanes Leiser (cuestionado por la actora), y tal vez, también de Lago Hermoso S.A. (lo cual, será dilucidado en el devenir de este proceso).

Todo lo cual hace improcedente la excepción de defecto legal opuesta. En efecto, dicha excepción tiene por objeto impedir que el demandado se encuentre en estado de incertidumbre que le impida contestar eficazmente la demanda, situación que por su propia naturaleza se vincula al principio de inviolabilidad de la defensa en juicio. Los defectos deben ser graves, colocando al demandado en verdadero estado de indefensión, al no permitirle oponer las defensas adecuadas, o producir las pruebas conducentes. Aún en el caso de que la demanda promovida fuese

oscura o insuficiente, si los demandados han demostrado conocer las pretensiones del actor en toda su magnitud y no se han visto impedidos, pese a los defectos en cuestión, de contestar la demanda, con todos los recaudos que aseguran la defensa de sus derechos, la excepción de defecto legal deviene improcedente. Con relación a la cosa demandada, si su fijación dependiera de la prueba a producirse, la excepción fundada en dicha indeterminación es improcedente (cfr. AraziRoland – Rojas Jorge, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales, Rubinzal Culzoni Editores, Tomo II, 2007, págs. 255/257).

Así las cosas, habremos de confirmar la resolución de grado en cuanto al rechazo de la excepción de defecto legal opuesta por la demandada.

IV.- Con relación al agravio por las costas, conforme lo que se resuelve sobre la excepción, el fundamento del recurrente en torno a esta cuestión no tiene asidero, por lo que habremos de confirmar la condena en costas al demandado perdidoso.

VI.- Costas de esta instancia a cargo del recurrente, por no encontrar mérito para apartarnos del principio objetivo de la derrota (art. 68 primer párrafo del CPCyC).

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y confirmar la resolución de grado recurrida en todas sus partes, con costas en esta instancia a cargo de la misma (art. 68 primer párrafo del CPCyC).

II.- Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello.

III.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dra. Alejandra Barroso

Registro de Sentencias Interlocutorias N°: 67/2015

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

**"FABANI JAVIELA LILIANA C/ FUNES RAMÓN ELISEO S/ EJECUCIÓN DE HONORARIOS E/A 158584/05"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 1065/2015) – Interlocutoria: 372/15 – Fecha: 17/09/2015

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

EJECUCION DE HONORARIOS. PEDIDO DE DESARCHIVO. TASA DE JUSTICIA.

> Cabe confirmar el auto en donde se ordena el desarchivo pero "previo al pago de tasa de justicia de corresponder". Ello es así, pues, se comparte la postura expuesta por la Sra. Jueza [...] en cuanto a que el artículo 59 de la ley 1594 se refiere al incidente de ejecución de honorarios, lo que es distinto al hecho imponible del desarchivo previsto en el art. 17, inc. 1) ley 1994 y art. 38 ley 2897, [...].

**Texto completo:**

NEUQUEN, 17 de septiembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "FABANI JAVIELA LILIANA C/ FUNES RAMÓN ELISEO S/ EJECUCIÓN DE HONORARIOS E/A 158584/05" (ICC N° 1065/05) venidos en apelación del JUZGADO CIVIL, COMERCIAL Y DE MINERÍA N° 1 a esta Sala I integrada por los Dres. Jorge PASCUARELLI y Patricia CLERICI, por encontrarse excusada la Dra. Cecilia PAMPHILE –fs. 18-, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. Llegan a resolución de esta Sala los autos de referencia debido al recurso de apelación deducido en subsidio del de revocatoria por la ejecutante a fs. 5/6 vta. contra la providencia de fs. 2 ratificada a fs. 4.

En primer lugar, se queja por los tratos del personal y que, por descuido, negligencia o desconocimiento de ellos o funcionarios, no ha podido lograrse el desarchivo.

Agrega que en el auto recurrido desacertadamente se ordena ese desarchivo pero "previo al pago de tasa de justicia de corresponder". Critica la ambigüedad de la providencia y sostiene que las ejecuciones de honorarios no pagan tasa de justicia. Se refiere a los malos tratos del personal y al pedido de sumario.

Solicita se deje sin efecto la providencia de fecha 21/07/15, en cuanto dispone el pago de dicha tasa. Se queja de la ambigüedad de la resolución al decir "de corresponder". Dice que -conforme el art. 59 de la ley 1594- las ejecuciones de honorarios están exentas de todo gravamen.

Además, se queja de las demoras y solicita se resuelva en carácter de pronto y preferente despacho.

En subsidio apela.

A fs. 8/9 vta. se rechaza la revocatoria y se concede la apelación.

A fs. 12/14 vta. la recurrente amplia sus fundamentos y apela la resolución anterior, a todo evento. Se refiere a que resulta injustificada la demora del tribunal. Luego amplia los agravios. Se queja por la estandarización de los despachos diarios y que en pos de agilizar el trámite no debe perderse la seguridad jurídica. Expresa que la eximición de todo gravamen establecida en la ley arancelaria alcanza la tasa de justicia por desarchivo y abunda al respecto.

II. Ingresando al análisis de la cuestión planteada, respecto a la tasa de desarchivo, se comparte la postura expuesta por la Sra. Jueza a fs. 8/9 vta. en cuanto a que el artículo 59 de la ley 1594 se refiere al incidente de ejecución de honorarios, lo que es distinto al hecho imponible del desarchivo previsto en el art. 17, inc. 1) ley 1994 y art. 38 ley 2897, por lo cual corresponde desestimar el agravio.

Luego, en punto a la crítica por la redacción de la providencia, se entiende que, sin perjuicio de los términos usuales de las providencias genéricas cargadas en el sistema informático, corresponde que las mismas sean adecuadas a cada caso para permitir el desarrollo del proceso (art. 160 del C.P.C. y C.) conteniendo la decisión expresa y positiva para ello.

Asimismo, cabe remitirse al artículo 58 del C.P.C. y C. en punto al trato que corresponde con los letrados.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos por mi colega preopinante, adhiero al mismo expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido en subsidio del de revocatoria por la actora contra la resolución de fs. 2 y 8/9 vta. por las razones expuestas en los considerandos.

2. Sin costas al tratarse de una cuestión suscitada con el Juzgado (art. 68 del C.P.C. y C.).

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

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

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

DERECHO CIVIL: Accidente de tránsito.

REGLAS DE TRANSITO. BOCACALLE. PRIORIDAD DE PASO.

> [...] conforme lo señalara esta Sala en reiteradas oportunidades, cuando no se respeta la prioridad de paso la responsabilidad le cabe a quien incumple la normativa vigente, en el caso el actor, razón por la cual resulta irrelevantes los cuestionamientos que realiza en relación a la prueba pericial, como bien indica la jueza. Es que al no respetar la regla de la prioridad de paso es responsable por el accidente, sin que importe si llegaron a la encrucijada simultáneamente o no o quien fue el vehículo embistente.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 10 de Septiembre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SANZ CARLOS C/ MATUZ JUAN DE DIOS Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (Expte. Nº 396065/2009), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 6 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 345/349 rechaza la demanda deducida con costas.

La decisión es apelada por el actor en los términos que resultan del escrito de fs. 364/369 y cuyo traslado fue respondido a fs. 371/373.

Los agravios del actor se fundan en los cuestionamientos que realiza en relación a la prueba pericial y en sostener que se realizó un incorrecto encuadramiento de la normativa aplicable, citando precedentes que avalan su postura.

II.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, señalo que los agravios no tendrán andamiento.

Conforme resulta de los términos de la sentencia que no fueran cuestionados, no viene controvertido ante esta Alzada que el demandado gozaba de la prioridad de paso al circular por la derecha.

Tampoco encuentro que el actor haya siquiera demostrado mínimamente que el vehículo del accionado circulara a una velocidad excesiva.

En tales condiciones y conforme lo señalara esta Sala en reiteradas oportunidades, cuando no se respeta la prioridad de paso la responsabilidad le cabe a quien incumple la normativa vigente, en el caso el actor, razón por la cual resulta irrelevantes los cuestionamientos que realiza en relación a la prueba pericial, como bien indica la jueza.

Es que al no respetar la regla de la prioridad de paso es responsable por el accidente, sin que importe si llegaron a la encrucijada simultáneamente o no o quien fue el vehículo embistente.

Así en la causa "VERA GASTON FERNANDO C/ CANZIANI PAULO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (Expte. Nº 370695/2008) del 11 de abril del corriente año dijimos en relación al tema:

"Y como la actora no respetó la prioridad de paso de quien circulaba por la derecha, resulta plenamente responsable del accidente razón por la cual su pretensión no puede prosperar.

Se destaca que ha sido el propio accionante quien reconoció que venía una camioneta por su derecha, de cuya existencia se percató, y que no pudo determinarse el lugar del impacto razón por la cual no puede afirmarse que había traspuesto la intersección como se afirma en los agravios.

Sobre el tema de la prioridad de paso esta Sala se ha pronunciado en forma reiterada adjudicándole un carácter absoluto.

En tales condiciones la cuestión debe dilucidarse en base a la preferencia de paso con que contaba la demandada.

Al respecto he sostenido:

- Al expresar agravios, la demandada sostiene a la vez que, del dictamen del perito no se pudo establecer la velocidad a la que circulaban los rodados, y luego que del informe y de las placas fotográficas de la causa penal surge que el auto del actor circulaba a elevada velocidad e insiste en que su vehículo arribó en primer lugar al cruce y ello implica que la prioridad de la ley debe ceder.

Al igual que en otras ocasiones entiendo que el hecho de buscar excepciones a la regla de la prioridad de paso, es justamente esa casuística elaborada por la jurisprudencia la que ha contribuido a que la regla deje de ser tal.

Al respecto, he tenido ocasión de señalar en numerosos precedentes de esta Sala: "MARCILLA MARCELO OSCAR CONTRA AVILA MANUEL GERARDO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte. Nº 270842/1), "SOSA IRMA DEL CARMEN CONTRA SALGADO ALEJANDRO GUSTAVO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte. Nº 314527/4) mi postura:

- "Principio por señalar que en algunos precedentes propicié igual postura pero, desde hace algún tiempo, tanto en la Alzada (ver "DELGADO CRISTINA MARTA CONTRA D'ANGELO CARLOS ALBERTO SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte. Nº 1109-CA-0)) como subrogando la Primera Instancia, sostengo que la prioridad de paso del vehículo que se presenta por la derecha, es absoluta.

Para ello me fundo en las siguientes razones: "1) el artículo y la letra expresa de la norma en cuanto dice que: "Art. 41.- Prioridades. Todo conductor debe ceder siempre el paso en las encrucijadas al que cruza desde su derecha. Esta prioridad es absoluta….

"Esto es, del propio texto de la norma y al menos en dos ocasiones, se señala la absolutez del principio adoptado: cuando dice que debe ceder siempre y luego cuando establece la prioridad como absoluta.

"2) los jueces no somos expertos en tránsito y por lo tanto no estamos en condiciones, ni debemos analizar si la prioridad es procedente o no.

Ha sido así dispuesta por el legislador y ello supone un análisis sobre el tema que obliga (salvo supuestos excepcionales) a acatarla.

"3) con la excusa de hacer justicia en el caso concreto, la relativización de los principios en esta materia, ha contribuido al caos vehicular hoy existente y que produce muertes, heridos, daños materiales, etc, en aumento. Y es lógico que ello ocurra así ya que las reglas de tránsito de objetivas, han pasado a ser subjetivas ya que los jueces, entre otros, se encargan de relativizarlas y dejarlas sin efecto. Eso sí, invocando la justicia en el caso concreto.

Al respecto me parece oportuno transcribir el voto del Dr. Roncoroni en una sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en la causa Salinas, Marcela c. Cao, Jorge (Ac. 79.618) dijo, en lo que al tema interesa y sin perjuicio de compartir el restante punto de análisis:

"II. Precisamente buscando el sentido de la preferencia de paso en las encrucijadas que consagra la regla "derecha primero que izquierda" que entroniza el primer párrafo del inc. 2° del art. 57 de la ley 11.430 -como antaño lo hiciera el art. 71 inc. 2° de la ley 5800- hemos sostenido que la subsistencia de una sociedad depende de la existencia de un proyecto vital común, sentido y compartido como tal, que requiere, necesariamente, de la ordenada y, en lo posible, armónica convivencia de sus integrantes. Para ello, la sociedad demanda un orden o pacto social que ordene esa convivencia en torno a una serie o conjunto de normas cuyo acatamiento y cumplimiento ha de imponerse coactivamente a quienes no le presten voluntaria sujeción. Esto es el ordenamiento jurídico de una comunidad. Y como tal, así entendido, el ordenamiento jurídico -como cada una de sus normas- expresa un proyecto coexistencial.

"Si entendemos el profundo significado y trascendencia de ese ordenamiento jurídico (que no es otro que el de permitir y ordenar la convivencia -vivir con los demás, vivir en sociedad-) habremos, también, de aprehender, en su justa

medida, el mismo sentido que impregna a cada una de las normas que se integran en el sistema. Todas y cada una de ellas sirven a esa armonía y entendimiento del vivir en conjunto.

"Y desde ya que entre esas todas, se encuentra la norma que otorga el derecho de paso en las encrucijadas. Por ello, cuando en mis anteriores fallos de Cámara me he referido a cómo juega dicha norma en tales circunstancias de lugar, estoy poniendo en foco ni más ni menos que en la necesidad de ese entendimiento vital común que debe ser compartido y respetado y que tiene su cuota de realismo en cada momento de la convivencia. Necesidad que en el supuesto que nos ocupa tiende a ser satisfecha por lo que llamamos una norma de prevención.

"Pero para mejor comprender todo ello y nuestra postura ante el tema, creo conveniente reiterar la línea argumental que venimos insinuando desde nuestros tiempos de juez de primera instancia y más luego en la Cámara donde se nos escuchara decir: "en el escenario de las ciudades multitudinarias y de gran parque automotor -como la nuestra- la presencia preponderante, invasora y casi omnipotente en sus calles de vehículos preñados de velocidad y cargados de potenciales riesgos, exigen de la comunidad una serie de normas de prevención que se traduzcan en pautas de comportamiento de sus habitantes, como medio de mitigar y evitar, en lo posible, aquellos riesgos.

"Algunas normas de este tipo, que hacen a la seguridad y educación vial, aparecen contenidas en los Códigos de Tránsito (entre nosotros antiguamente la ley 5800 y hoy la ley 11.430) y reclaman -pese al desdén que hacia su eficacia saben exteriorizar sus destinatarios y hasta los encargados de velar por su acatamiento- un celoso cumplimiento y un rigor creciente en el reproche a su violación. La solidaridad y las necesidades de defensa y preservación de una sociedad organizada, frente a la violencia mecánica presente en su seno y qué actitudes u omisiones individuales o conductas desviadas pueden hacerla desbordar en daños, así lo requieren.

"Convencido de que precisamente una de estas normas es aquella que consagra la regla de la prioridad de paso (arts. 71 inc. 2 de la ley 5800 y 57 inc. 2°, ley 11.430) he dicho de ella que juega como cuña del civismo en el desplazamiento urbano de los automotores, desde que objetivamente exige que quién llega a una bocacalle debe ceder espontáneamente el paso a todo vehículo que se presente por su derecha. De lo contrario esa preciosa regla de tránsito (y que la salud de la sociedad necesita que se internalice en todos los ciudadanos conductores) perdería su eficacia y, lo que es más, el desplazamiento vehicular por las calles se sembraría de inseguridad en cada esquina, donde la prioridad no estaría dada por una regla objetiva cual la de las manos de circulación, sino por una regla de juego arbitraria y hasta salvaje, cual la de quien llega primero al punto de colisión y resulta impactado, se libera de culpas (28-IV-1983 R.S.D. 136 bis/83; íd. c. 190.838 del 18-X-1984 R.S.D. 258/1984) o, agrego ahora, por la no menos peligrosa de que quien primero ingresa a la bocacalle está exento de reproches." (C 1ª, sala III; La Plata, Reg. sent. 267/84)." -el resaltado me pertenece-.

"Si como afirma Oliver W. Holmes, la suerte del ser humano se encuentra permanentemente acicateada por el peligro y la incertidumbre ("The Path of Law", Harvard Law Review, t. 10, p. 466), no debe sorprender que como juez encuentre necesario, en casos como el que nos ocupa, priorizar el valor seguridad, entendido precisamente como protección frente a esos riesgos. El mundo circundante es un mundo de riesgos y, en particular, lo es el tránsito vehicular que se integra en su realidad, el cual debe ser asegurado con normas como las del art. 57 inc. 2°, segundo párrafo de la ley 11.430. Es que como decía Recasens Siches "sin seguridad jurídica no hay Derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase".

"Es bueno recordar, cuando transitamos la vereda de la axiología de la mano del valor seguridad y pretendemos asegurar el mismo en aras de la vida en común, que "desde siempre el hombre ha pretendido conocer con la mayor precisión posible qué acciones de otros hombres pueden interferir con él, y qué acciones suyas pueden incidir en los otros. Lo cual deriva de una de las características de la condición humana que es querer saber a qué atenerse en las relaciones con los demás" (A. Alterini "La inseguridad jurídica"; Abeledo-Perrot, 1993, p. 15).

"Para ello, precisamente para saber a qué atenerse en las relaciones con los demás en las situaciones que los vehículos generan en las bocacalles, está dada la norma de preferencia de paso en las mismas, que con el equilibrado juego de expectativas mutuas que despierta en sus destinatarios está marcando, en cada caso concreto, los deberes de actuación de cada uno: "el conductor que llegue a una bocacalle o encrucijada debe en toda circunstancia ceder el

paso al vehículo que circula desde su derecha hacia su izquierda, por una vía pública transversal" (art. 57 inc. 2° ley cit.).

"En el mismo sentido el Dr. García ha dicho en autos "ALEGRIA MONTECINOS NORMA E. C/ IRIARTE LUIS ALBERTO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 580-CA-2) que:

"Tal como alega el recurrente, la cuestión planteada en autos reproduce "mutatis mutandi" la situación fáctica contemplada in re "SOTO WALTER DANIEL Y OTRO CONTRA CAMPOS ROLANDO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 1028-CA-0), en la que expresáramos: "Hemos tenido ocasión de desentrañar con Tabasso Cammi ("Preferencias del Ingreso prioritario, de la derecha izquierda y de ipso, intentando terminar una polémica interminable", en Rev. Derecho de Daños. Acc, de Tránsito III, págs. 7 y sgtes.), la trascendencia que cabe atribuir a la preferencia en cuestión en procura de la seguridad en el tránsito. También hemos sostenido con el autor citado, que la preferencia de quien accede por la derecha no cede por el arribo anticipado del otro confluyente, ya que si así fuera la prioridad no existiría, quedando sustituida por la anticipación en el acceso".

"De esta manera cabe destacar una vez más que la cuestión que intenta hacer valer la demandada como excepción a la regla, esto, es el ingreso en primer lugar a la bocacalle, ni siquiera es de las excepciones contempladas por la norma.

"Así, el artículo 41 de la ley 24.449 "PRIORIDADES. Todo conductor debe ceder siempre el paso en las encrucijadas al que cruza desde su derecha. Esta prioridad del que viene por la derecha es absoluta, y sólo se pierde ante:

"a) La señalización específica en contrario; b) Los vehículos ferroviarios; c) Los vehículos del servicio público de urgencia, en cumplimiento de su misión; d) Los vehículos que circulan por una semiautopista.

Antes de ingresar o cruzarla se debe siempre detener la marcha; e) Los peatones que cruzan lícitamente la calzada por la senda peatonal o en zona peligrosa señalizada como tal; debiendo el conductor detener el vehículo si pone en peligro al peatón; f) Las reglas especiales para rotondas; g) Cualquier circunstancia cuando: 1. Se desemboque desde una vía de tierra a una pavimentada; 2. Se circule al costado de vías férreas, respecto del que sale del paso a nivel; 3. Se haya detenido la marcha o se vaya a girar para ingresar a otra vía; 4. Se conduzcan animales o vehículos de tracción a sangre. Si se dan juntas varias excepciones, la prioridad es según el orden de este ARTICULO.

Para cualquier otra maniobra, goza de prioridad quien conserva su derecha. En las cuestas estrechas debe retroceder el que desciende, salvo que éste lleve acoplado y el que asciende no.

"Los conceptos aludidos hacen hincapié en el carácter objetivo de la regla, aspecto al que resulta imprescindible otorgar prioridad como pauta cultural ordenadora del tránsito.

"El respeto absoluto a la regla necesariamente habrá de generar un nuevo modo de comportamiento, al igual que ha ocurrido con otras cuestiones en que al erradicarse las excepciones y exigirse el cumplimiento de la norma tal como fue prevista por el legislador, ha producido cambios radicales en el modo de convivir en la sociedad, pudiendo citar a modo de ejemplo la prohibición de fumar o la obligatoriedad respecto al uso de cinturón de seguridad tanto en el tránsito por rutas como urbano.

"La subsistencia de pronunciamientos judiciales que a través de la casuística establecen excepciones a fin de contemplar la justicia del caso no hacen más que debilitar el principio, el cual fue concebido en forma absoluta y con solo unas pocas excepciones previstas taxativamente por la misma norma.

"En consecuencia y por todo lo señalado, la prioridad de paso que tenía el actor al venir circulando por la derecha cobra virtualidad plena y provoca la responsabilidad total de la parte demandada en el accidente, razón por la cual corresponde rechazar el agravio expresado al respecto y confirmar en ese aspecto, la sentencia de grado. ("Solis Raúl Eugenio contra Bianchi Hugo Alberto y otro s/ D. y P. por uso autom. c/ lesión o muerte", (Expte. N° 349208/7) 15/5/12)".

A lo dicho cabe agregar un argumento que en el caso de autos es lo que me lleva variar mi postura, y es que la regla de la prioridad absoluta no puede ceder frente al uso local que pueda predicarse respecto a la Avenida Argentina o la envergadura atribuida a esa arteria.

En tal sentido el carácter objetivo de la norma a la que hemos aludido repetidamente debe descartar en su aplicación cuestiones relacionadas con ponderaciones personales ya que, insisto, su equiparación con la pauta cultural relativa al

uso del cinturón de seguridad debe excluir la valoración subjetiva acerca de la mayor o menor velocidad de llegada a la encrucijada, el impacto del choque en la parte delantera o trasera, o el mayor o menor volumen de tránsito que pueda tener una arteria para equipararla a una semi-autopista.

He aludido al "uso local", pues me parece fundamental para insistir en el carácter objetivo de la regla que el mencionado hábito o convencimiento local no pueda argumentarse para evadirla, pues las reglas de tránsito deben ser iguales tanto para los residentes como para aquellos que vienen de otras ciudades, cuestión que de generalizarse ha de redundar en beneficio de quienes siendo de esta localidad en alguna ocasión deban manejar en otra, de la cual desconozcan el particular uso local que se le otorga a sus arterias.

En el caso de la regulación normativa del tránsito es indispensable la necesidad de reglas y no tanto de principios, teniendo en cuenta la diferencia que de ambas efectúa Alexy.

El autor citado, aún cuando se refiere a normas fundamentales, efectúa una distinción que refuerza mi idea en el tema. Así afirma que las normas pueden dividirse en reglas y principios:

"El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos… En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio". (Alexy, Robert (2001). Teoría de los derechos fundamentales, trad. Ernesto Garzón).

La dinámica del tránsito vehicular en la actualidad, tanto en ciudades como en rutas impone para los que circulamos la existencia de reglas claras, esto es, que se cumplan a todo o nada, pues de regularlo en base a principios, deberíamos estar pendientes de las distintas interpretaciones acerca de lo que es el buen orden del tránsito, lo que cada uno comprende acerca de la velocidad y la seguridad de cada vehículo, etc., quedando permanentemente abierto a justificaciones acerca de lo que cada uno entiende es lo más conveniente para la circulación.

Aquí cabe también como recurso el ejemplo del cinturón de seguridad: su uso obligatorio no depende de lo que cada uno entienda acerca de la velocidad a la que conduce, si es un adulto o un niño, si va en el asiento delantero o trasero, si circula en la ciudad o en la ruta. El uso del cinturón se seguridad es obligatorio, punto.

Además la posibilidad de conflicto entre reglas de circulación está expresamente previsto por la ley, artículo 41: "PRIORIDADES. Todo conductor debe ceder siempre el paso en las encrucijadas al que cruza desde su derecha. Esta prioridad del que viene por la derecha es absoluta, y sólo se pierde ante: a) La señalización específica en contrario; b) Los vehículos ferroviarios; c) Los vehículos del servicio público de urgencia, en cumplimiento de su misión; d) Los vehículos que circulan por una semiautopista.

Antes de ingresar o cruzarla se debe siempre detener la marcha; e) Los peatones que cruzan lícitamente la calzada por la senda peatonal o en zona peligrosa señalizada como tal; debiendo el conductor detener el vehículo si pone en peligro al peatón; f) Las reglas especiales para rotondas; g) Cualquier circunstancia cuando: 1. Se desemboque desde una vía de tierra a una pavimentada; 2. Se circule al costado de vías férreas, respecto del que sale del paso a nivel; 3. Se haya detenido la marcha o se vaya a girar para ingresar a otra vía; 4. Se conduzcan animales o vehículos de tracción a sangre. Si se dan juntas varias excepciones, la prioridad es según el orden de este artículo.

Para cualquier otra maniobra, goza de prioridad quien conserva su derecha. En las cuestas estrechas debe retroceder el que desciende, salvo que éste lleve acoplado y el que asciende no."

Asimismo, y a raíz del dictado del reciente Acuerdo N° 48 del Tribunal Superior de Justicia de nuestro provincia en los autos "MARCILLA MARCELO OSCAR CONTRA ÁVILA MANUEL GERARDO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", en el que se aludiera a una teoría "inquietante" de esta Sala –en ocasión de integrarla el suscripto con la estimada colega Dra. Osti

de Esquivel- relacionada con el carácter absoluto de la prioridad de paso por la derecha y su relación con la velocidad entiendo imprescindible efectuar una precisión.

Señala el alto Cuerpo: "En efecto, la Alzada postula esta inquietante teoría:

"En cuanto a la velocidad de la moto no considero que resulte relevante para la cuestión analizada partiendo de la base, claro está, de que el actor tenía la prioridad de paso y por resultar ello concordante con la postura asumida sobre el punto en cuestión" (cfr. fs. 429).

Tal afirmación no satisface las exigencias de la jurisdicción. Se trata de un fundamento sólo aparente en la medida en que pretende demostrar su tesis mediante la premisa que debe ser demostrada. En efecto, decir que la ley asigna prioridad absoluta a quien viene por la derecha, sin indagar los alcances y extensión de esa prioridad, para decidir el caso prescindiendo de la interpretación legal, de las restantes normas del ordenamiento que reclaman aplicación y de las circunstancias relevantes de la causa, privan a la sentencia de su necesaria condición de ser derivación razonada del derecho vigente."

Pues bien, en orden a despejar las inquietudes que puedan suscitarse he de ahondar en las razones de la afirmación, las que vale destacar se encuentran justamente en la estructura del sistema de responsabilidad civil vigente en nuestro país.

En el marco de la dinámica vehicular, el carácter decisivo de la prioridad de paso por la derecha se asemeja al que tienen las señales lumínicas de un semáforo, de modo tal que al igual que no se discute que quien tiene el semáforo en rojo debe detener su marcha, la prioridad de paso por la derecha impone como conducta la necesidad de disminuir sensiblemente la velocidad para el caso de requerir que el vehículo deba detenerse.

Es lugar común en la jurisprudencia leer que la prioridad de paso no otorga a quien le corresponde un "bill de indemnidad" para conducirse a su antojo por la vía pública, sobre todo relacionándolo con la cuestión del exceso de velocidad.

Pues bien, la cuestión de la velocidad que le imprime a su vehículo quien circula por la derecha es preciso relacionarla con el sistema de causalidad que establece nuestro Código Civil.

En tal sentido, y como ya hemos reiteradamente expresado en esta Sala, el sistema de causalidad adecuada brinda un doble juego de respuestas en el sistema de la responsabilidad civil de nuestro ordenamiento, pues por un lado sirve para determinar quién es el responsable del hecho y por otro a establecer la dimensión de esa responsabilidad definiendo qué consecuencias debe afrontar.

En ese sistema causa es aquel acto –u omisión- que "según el curso ordinario y natural de las cosas" es capaz de producir el resultado de conformidad a la experiencia de vida y a lo que regularmente suele ocurrir, de modo tal que el resto de los antecedentes son condiciones de ese resultado y no causa, destacándose aquí en lo que me interesa que quien pone la condición de un acto, no es responsable en el término jurídico que ello trasunta, del resultado de los eventos que se desencadenaran, sólo será jurídicamente responsable quien aportó "la causa adecuada".

Así: "La construcción jurídica que emerge de los arts. 901 y sstes. del Código de Vélez Sársfield, permite establecer que para determinar la causa de un daño, es necesario formular un juicio de probabilidad, o sea considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir regular o normalmente un cierto resultado. Ese juicio de probabilidad que deberá hacerlo el juez, lo será en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto" (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, La relación de causalidad y la antijuridicidad en la responsabilidad extracontractual, LA LEY 1996-D, 23)"

"Es así que, para determinar la causa de un daño, se debe hacer ex post facto un juicio de adecuación o cálculo de probabilidad: a la luz de los hechos de la causa, habrá que preguntarse si la acción u omisión del presunto agente –en abstracto y prescindiendo de sus condiciones particulares-, era por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas. Si se contesta afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces imputable objetivamente al agente. Si se contesta que no, faltará la relación causal, aunque considerado el caso en concreto tenga que admitirse que dicha conducta fue también una condictio sine qua non del daño, pues de haber faltado

este último no se habría producido o al menos no en esa manera (TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T I, p. 610; SPOTA, Alberto G., El nexo adecuado de causalidad del daño, La Ley 1984-D-323; SCBA, 20/11/90, "Kieffer c/ Establecimiento Modelo Terrabusi", DJBA 142-1271; ídem, 27/12/88, "Morales c/ El Hogar Obrero Coop. de Consumo Ltda.", DJBA. 136-1441; etc). El cálculo de probabilidad que involucra el examen causal consiste en lo que se conoce como "planteamiento de probabilidad clásica a priori". En este tipo de análisis probabilísticos, la probabilidad se basa en el conocimiento anterior al proceso involucrado.(Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A AR/JUR/13716/2013)

El juicio en abstracto que requiere la determinación de la relación de causalidad es de toda lógica para arribar a conclusiones inequívocas pues en la realidad del hecho todos los antecedentes forman un conglomerado de condiciones sin las cuales el mismo no hubiera ocurrido.

Ahora bien, en ese marco y recurriendo nuevamente a la comparación con el semáforo, es cierto que si quien tiene la prioridad de paso otorgada por el semáforo en verde circula a más de 40 km. de velocidad -velocidad máxima en zona urbana- es impactado por quien cruza un semáforo en rojo, puede válidamente sostenerse que el exceso de velocidad pudo ser una "condición" del resultado, pero la causalidad adecuada en el caso está dada por el cruce del semáforo en rojo y no por el exceso de velocidad.

Así, quien tiene la prioridad maneja bajo la expectativa de que quien no la tiene no va a avanzar, de modo que bajo esa perspectiva -que tiene un origen legal y prescribe una conducta- lo que "ordinaria y regularmente ocurre" es que trasponga la encrucijada sin inconvenientes, pues la regla le impone a quien no cuenta con ella el respeto a la misma, sin que deba "interpretar" a qué velocidad viene quien circula por la derecha.

En ese marco y sin desconocer la fuerza retórica que tiene la expresión "bill de indemnidad" para restarle vigor a la prioridad de paso por la derecha ésta es una pauta cultural de conducta -reitero pues me parece central- que debe imperar sin excepciones para un tránsito con certezas y sin inquietudes.

Igualmente, la afirmación de que quien goza de la prioridad tendría derecho a circular arrasando todo a su paso entiendo no recepta adecuadamente las máximas de experiencia, pues si circula a una velocidad a todas luces excesiva quien debe otorgarle paso -siempre y cuando realice la maniobra de disminución de velocidad y detención que requiere cumplir con la norma- no tendrá dificultades para advertirlo, pudiendo detener su marcha.

Contribuye a la afirmación que precede un hecho de la experiencia que es la dificultad que se plantea para determinar en los procesos la velocidad a la que circulaban los vehículos al momento del siniestro en zonas urbanas.

De este modo y sin intenciones de restarle validez probatoria a los croquis elaborados por la policía de tránsito, lo cierto es que las pericias mecánicas que obran en los procesos en muchas ocasiones arrojan diferentes resultados y son motivo de todo tipo de impugnaciones, a lo que cabe agregar que se elaboran luego de un considerable transcurso de tiempo.

Para ello tampoco resultan relevantes los testimonios, pues es sabido que la cuestión de la velocidad se percibe de muy distinta manera según donde hubiera estado el testigo al momento del accidente, de modo que no es idóneo para establecer una cuestión que supone relaciones entre fuerza, materia y movimiento y requiere de complejos métodos matemáticos para arribar a conclusiones precisas.

Para culminar, la posibilidad de arraigar el respeto de la prioridad de paso por la derecha como una pauta cultural, junto al ya aludido uso del cinturón de seguridad, como así también la prioridad de circulación del peatón, llevará a que podamos gozar entre nosotros del mentado "respeto a las normas de tránsito" que tanta admiración despierta a nuestros compatriotas cuando tienen oportunidad de viajar al extranjero, y tantas dificultades provoca a los mismos viajeros cumplir una vez traspuestos los límites de Ezeiza.

De todas maneras la cuestión debe reconocerse que se encuentra discutida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sin que pueda predicarse que por adoptar una postura diferente ello la torne en carente de sustento legal ya que el afirmar que la prioridad de paso por la derecha es de carácter absoluto cuenta con un expreso respaldo legal –la redacción del artículo en cuestión- y la propia normativa vial señala que su incumplimiento genera una presunción legal de responsabilidad como lo indica el artículo 64.

Más de siete mil muertos al año, de los cuales el 52% de los accidentes ocurren en zona urbana –conforme las estadísticas de "luchemos por la vida"- obligan a extremar el análisis de la cuestión puesto que el principio rector de la normativa vial es el de la seguridad.

En tal sentido al postular que la prioridad de paso por la derecha no estamos en presencia de un derecho sino la ejecución de una regla obligatoria puesta en interés general, porque todos los usuarios se atienen a ella para regular sus respectivas maniobras. Ella por lo tanto, con carácter de principio no es renunciable o derogable al arbitrio del particular, especialmente si de la derogación puede derivar peligro para los demás (Tabasso Cammi, "preferencias del ingresos prioritario de la derecha izquierda y de facto" citado por el TSJ, en el precedente mencionado).

Como bien señala el autor citado en el párrafo que antecede no puede sostenerse para morigerar el principio que se alegue la aparición imprevista de un automotor toda vez que las calles están destinadas al tránsito de automotores razón por la cual lo normal es que aparezca circulando un auto ya que sostener que su aparición es imprevista no se compadece con la realidad.

Cabe agregar además que dicho autor señala dentro de los ordenamientos que establecen exclusivamente la preferencia de la derecha izquierda no autorizando a inferir la del ingreso previo por vía interpretativa, se encuentra la ley nacional de tránsito, la convención de circulación de París 1926, convención de circulación de Viena de 1.968, ley de tráfico de España, Suiza, Brasil, Chile, Colombia, EEUU, México entre otros, con lo cual dicha regla, entiendo no permite inferir que alude a quien ingresa primero por vía interpretativa.

No desconozco por cierto que el autor mencionado postula en definitiva una posición distinta a la aquí expuesta pero como se afirma: "de lege ferenda, el sistema técnico jurídico ideal radica en la combinación simultáneo de ambos arbitrios, pero no dejando alguno de ellos librados a la interpretación y por lo tanto a la discusión –sino formalizados en textos claros, expresos y fácilmente comprensibles por el usuario, pues el reglamento de tránsito no es para juristas, sino un manual práctico de conducta vial –y sobrevivencia- dirigido a hombres medios de todas las condiciones".

Para resumir.

Mantengo conforme la postura que sustentara en distintos precedentes, al igual que lo propiciaran otros colegas de esta Cámara y de otros Tribunales del país, que la prioridad de paso de la derecha es un principio absoluto no renunciable y que hace a la seguridad del tráfico, principio este central de la legislación vial.

Dicho principio es absoluto por cuanto así lo establece expresamente la normativa vigente –artículo 41- y por ello quien la viola es responsable de un accidente de acuerdo a los términos del artículo 64.

La claridad de la preferencia se debe a que la ley de tránsito está dirigida a la gente común y por cuanto la cantidad de accidentes y muertes derivadas de ellos, obligan a que dicho principio deba mantenerse.

No se desconoce que existen otras cuestiones de principio técnicas relacionadas con la velocidad a que se debe circular y que también deben ser respetados.

Concretamente y con relación a la velocidad del automotor preferente entiendo que, en principio, la marcha superior a la permitida no es causa del accidente sino condición del accidente conforme lo expusiera.

No se me escapa que la propia ley dispone excepciones al principio de preferencia, pero las mismas son legales y no de interpretación y entre ellas no figura la velocidad superior a la permitida en las encrucijadas.

Tampoco que al afirmar "en principio", estoy admitiendo que puede haber supuestos en que dicha velocidad obre en el caso concreto como causa y no como condición.

Pero tales supuestos deben ser extremadamente graves y abusivos, conforme los principios del derecho civil, y debiéndose tener en cuenta que la aparición de un automotor no es sorpresiva en las calles ya que las mismas están hechas para que circulen autos con lo cual lo lógico es suponer que habrá un automotor.

Así si el automotor preferente está corriendo una "picada" y ello se demuestra, entiendo que por aplicación de los principios generales del derecho civil, dicho conductor comete una conducta abusiva y como tal y pese a la preferencia la misma no puede ampararlo y liberarlo de toda responsabilidad.

Ello supone la acreditación de la conducta abusiva y su gravedad excepcional.

En consecuencia y por haber violado la prioridad de paso y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 64 de la ley de tránsito, es que estimo que existió responsabilidad exclusiva en el accidente por parte de la actora, razón por la cual la pretensión no debe prosperar.

En consecuencia y habiendo adoptado la jueza la postura de la Sala y no advirtiendo argumentos suficientes como para variar los precedentes, es que entiendo que lo decidido resulta ajustado a derecho.

III.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia apelada en todas sus partes, con costas, difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II,

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia apelada en todas sus partes, con costas a la parte actora en su condición de vencida, difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 68 del Código Procesal y art. 15 de la ley 1594).

II.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA

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

**"GOMEZ MARCELO JOSE C/ SAN CRISTOBAL SMSG S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 421993/2010) – Sentencia: 139/15 – Fecha: 10/09/2015

DERECHO COMERCIAL: Contratos comerciales.

CONTRATO DE SEGUROS. INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS. RIESGO CUBIERTO. DESTRUCCION TOTAL. PORCENTAJE DE DESTRUCCION. VALOR DE VENTA. PRUEBA PERICIAL. VALORACION DE LA PRUEBA.

Cabe confirmar la sentencia que condena a la aseguradora a abonar la suma correspondiente a la cobertura del automotor siniestrado –destrucción total-, toda vez que no hubo en el sub lite una errónea valoración de la prueba producida en lo concerniente a que los restos de la unidad siniestrada superen el 20% del valor de venta del vehículo. Ello es así, pues, entiendo que la interpretación correcta de la cláusula de referencia -9- alude al valor del bien en el estado en que se encuentra luego del siniestro, y no sus componentes individuales, ya que lo asegurado fue una unidad completa, el auto, y por lo tanto la buena fe en la interpretación de la cláusula exige que se considere el valor de los restos como un todo.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 10 de Septiembre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "GOMEZ MARCELO JOSE C/ SAN CRISTOBAL SMSG S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO", (Expte. Nº 421993/2010), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 6 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 240/244 hace lugar a la demanda, y en consecuencia, condena a San Cristóbal SMSG a abonar la suma correspondiente a la cobertura del automotor, con costas.

La decisión es apelada por la demandada en los términos que resultan del escrito de fs. 258/261 y cuyo traslado fue respondido a fs. 263/264.

Sostiene el quejoso que existió una errónea valoración de la prueba producida, toda vez que la misma acredita que los restos de la unidad siniestrada superan el 20% del valor de venta del vehículo. En tal sentido, se remite y cita lo informado por el perito que actuara en autos.

Señala luego que el actor debía acreditar que los restos del rodado no superaban el 20% del valor del auto, lo que no fue acreditado.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada y analizada y valorada la prueba producida en base a las pautas de los artículos 386 y 476 del Código de rito, considero que la sentencia dictada resulta ajustada a derecho y a los hechos obrantes en la causa.

La cuestión controvertida consiste en determinar si en el caso se encuentra configurado el presupuesto que torna operativa la responsabilidad de la aseguradora en relación al siniestro que sufrió el vehículo de la accionante, y que fue objeto del contrato firmado entre las partes.

En tal sentido, el riesgo cubierto por el contrato -cuestión no controvertida-, consiste en determinar si en el caso existió destrucción total del vehículo.

Así, la cláusula nueve de las condiciones generales del contrato de seguro establece que "habrá daño total en la medida que el valor de realización de los restos de la unidad siniestrada no supere el veinte por ciento del valor de venta al público al contado en plaza del vehículo asegurado al momento del siniestro".

Si bien la cláusula aludida determina el procedimiento a seguir y que en el caso no se ha cumplido estrictamente, cabe señalar que ello no es materia de controversia ante esta Alzada y tampoco lo fue en la Primera Instancia, razón por la cual no corresponde pronunciamiento alguno al respecto.

La cuestión entonces consiste en si en este proceso se ha determinado que existió destrucción total del vehículo o no, y en tal sentido, la jueza entiende que la demostración de que no existió dicho supuesto estaba a cargo de la aseguradora y dicha afirmación no ha sido controvertida en los términos del artículo 256 del Código de rito, por lo cual entiendo que debe mantenerse.

De todas maneras, la postura de la a quo resulta ajustada a derecho, y al respecto en jurisprudencia que comparto (CNACom, Sala F, del 26 de marzo del 2013, MJ-JU-78870-AR) se ha dicho:

"Finalmente, debo recordar que Halperín en la exposición crítica de la ley 17418 (Isaac Halperin, Seguros, ed. Depalma, pág.590 y ss., Buenos Aires, agosto de 1991) señala que el asegurado debe probar que se produjo el siniestro y que fue causado dentro del estado del riesgo contratado: es decir, acreditar que el hecho acaecido se halla dentro de la garantía pactada. Basta que pruebe la verosimilitud de estos extremos. Pesa, en cambio, sobre el asegurador la prueba de que el siniestro ha sido causado por un riesgo excluido (CNCom, Sala B, 22.11.06, "Puppio, Pablo c/ Compañía Argentina de Seguros Victoria SA s/ ordinario").

Igual tesitura adopta Stiglitz y ha sido recogida por esta Sala en la causa Riedel donde se juzgó que, reconocida la relación contractual y habiendo probado el asegurado con cierta verosimilitud el daño invocado, el onus probandi referente a la inexistencia de destrucción total pesa sobre la aseguradora ya que es a ella a quien le interesa acreditar el presupuesto fáctico que da lugar a la exclusión de la cobertura; por tanto, si alega hechos con aptitud para determinar la exclusión del riesgo cubierto, en tanto configurativos de una delimitación objetiva de tipo convencional, deben ser probados por la aseguradora (Stiglitz, R., "Derecho de seguros", Buenos Aires, año 2004, T. I, n° 195, p. 240,

Texto y nota n° 60; CNCom, Sala D, 15.5.08, "Chalela, Néstor, c/ Federación Patronal Seguros SA, s/ordinario"; esta Sala, 06.09.2011, "Ferreyra, Adriana Rosalía, c/ MAPFRE Argentina Compañía de Seguros SA, s/ ordinario"). Empero, como dije mas arriba, Caja de Seguros SA no logró acreditar el presupuesto que invocó para eximir su responsabilidad frente al evento dañoso que diera origen al presente reclamo".

En el caso de autos, la prueba decisiva consiste en la pericial.

Al respecto, el perito informa que el valor del vehículo a la fecha del accidente era de $46.500, y sobre ello no media controversia y por otra parte dicho presupuesto, esto es, el valor del auto a la fecha del siniestro es el supuesto previsto por la cláusula 9 antes aludida.

No encuentro entonces elemento alguno que justifique apartarse del valor a que arribara el experto en virtud de la fuente en base a la cual extrae el dato antes indicado y fundamentalmente por cuanto el mismo a esta altura del proceso no se encuentra cuestionado.

Tampoco entiendo que corresponde apartarse del valor que el perito atribuye a las reparaciones que deben efectuarse para dejar el vehículo en condiciones y que oscilan entre $47.658 y $42.108.

Si ello es así resulta evidente que estamos en presencia de una destrucción total toda vez que el costo de reparar el auto alcanza al 90% de su valor en la comparación más favorable para la aseguradora ($42.108).

Cierto es que la demandada, aplicando linealmente la cláusula en cuestión, señala que el valor de los restos del auto es superior al 20% y para ello se remite al dictamen pericial.

Sin embargo y no obstante que dicha comparación lineal no es admisible, cabe señalar que no comparto la apreciación que formula la quejosa en relación al tema.

En primer lugar, por cuanto el perito es claro al señalar que en relación a las reparaciones que deben efectuarse no se considera al motor del auto ya que en virtud de haber quedado con las ruedas para arriba, no era posible ponerlo en funcionamiento cuando se realizó la pericia dado que antes había que desarmarlo y limpiar el motor, con lo cual además de que dichas tareas no fueron consideradas en la estimación que se realizara en relación a los costos de reparación, no puede afirmarse con certeza que no existan daños en dichas partes claves del auto.

Pero fundamentalmente entiendo que la cláusula 9 alude al valor de realización de los restos de la unidad siniestrada como un todo y no por piezas separadas como postula la aseguradora.

Ello por cuanto el asegurado no está en condiciones ni tiene porque estarlo, de desarmar y vender las distintas partes del vehículo como bien señala el perito y por otro lado una interpretación como la que sostiene la demandada resulta violatoria de la buena fe que rige en manera especial en materia de seguros.

Entiendo que la interpretación correcta de la cláusula de referencia alude al valor del bien en el estado en que se encuentra luego del siniestro, y no sus componentes individuales, ya que lo asegurado fue una unidad completa, el auto, y por lo tanto la buena fe en la interpretación de la cláusula exige que se considere el valor de los restos como un todo.

Por otro lado, la forma en que respondiera el perito a la explicación que le requiera la parte ahora quejosa, tampoco permite sostener que se haya configurado la excepción en base a la cual la accionada pretende incumplir con su obligación toda vez que señala en forma potencial, que lo que se obtenga por la venta individual de los elementos, supere el 20% pero no se trata de una afirmación categórica.

Como la prueba de la defensa invocada estaba a cargo de la aseguradora, tal como antes señalara, es que la misma y por tratarse de una excepción al objeto del contrato de seguros, es que debe apreciarse restrictivamente y en el caso no media prueba suficiente que justifique la procedencia de la defensa alegada.

Comparto en tal sentido un precedente que en un caso similar (CNACom, Sala F, del 24.11.11, MJ-JU-M-74708) sostuvo:

"Mas, tal como ha juzgado esta Sala el 28.06.2011 en la causa caratulada "Díaz Roberto Eduardo, c/ La Nueva Coop. de Seguros Ltda., s/ ordinario" la exigencia contenida en esa cláusula no puede aplicarse mecánicamente, como si se estuviera frente a una mera operación matemática, sino que debe practicársela dentro de un marco de apreciación apropiado que permita una composición justa de los intereses de las partes en juego, teniendo en consideración sobre

todo, lo que éstos entendieron o debieron entender al momento de contratar, obrando con el debido cuidado y previsión (conf. CNCom., Sala A, "Barbieri José Guillermo c/ Congreso Cía. Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario", del 24/9/1998; íd., Sala C, "Scharff Carlos Jorge c/ HSBC La Buenos Aires Seguros SA, s/ ordinario", del 9.6.08).

Es que, la solución lineal que trae la cláusula no consulta una contingencia ineludible para un correcto examen de la cuestión: el costo total de la reparación (económica y mínima, según dijo el experto) del vehículo es de $ 34.010. Esta cifra, se acerca sensiblemente al valor del rodado, tanto así que representa el 92% del mismo.

En mi parecer -y tal como lo expuse en la causa antes referida- la destrucción total no puede sino apreciarse en conexión con el costo de las reparaciones.

Omitir esa interrelación, importaría tanto como dejar sin sentido a la cobertura contratada.

No ignoro que la apelante ha sostenido que no puede dejarse de lado lo contratado por las partes bajo el pretexto de que no cumple con la finalidad del seguro. Empero, tal tesitura no puede adoptarse en la especie por los motivos siguientes:

i) en este pleito la magnitud de los daños aparece perfectamente corroborada con las fotos que fueron incorporadas en fs. 105/111,(ii) la aplicación de la cláusula 9 conduciría a un resultado disvalioso, contrario al sentido y a la finalidad del régimen de seguro. Insisto, el diseño del sistema previsto en la cláusula en cuestión, el desvío del centro de atención desde el daño en sí mismo hacia el valor de los restos, sólo quedaría lógicamente autorizado si el monto del daño (o el costo de las reparaciones) más el valor de los restos es igual o tiende a ser igual al valor del vehículo no dañado (conf. CNCom., Sala D, in re: "Rodríguez Enrique Oscar c/ Lua Seguros - La Porteña Seguros S.A. s/ ordinario", del 8/11/2002);(iii) resulta suficiente juzgar que la mentada cláusula 9 es inaplicable en las peculiares circunstancias de autos, que tornan antifuncional las bases del sistema, en tanto es claro que el costo de las reparaciones económicas y mínimas es sensiblemente inferior al valor de un automotor similar al que poseía la asegurada. A lo que debe aditarse -reitero- que aún abonando una reparación más costosa, el vehículo no sería seguro para circular.

Desde esta perspectiva se ha dicho que la tesitura asumida por la aseguradora ceñida a un plano formal, pese a la magnitud del daño sufrido por el actor, no resulta compatible con la exigencia del principio de buena fe que rige para toda relación negocial (artículo 1198, 1° párrafo, del Código Civil) y que cobra especial relevancia en el contrato de seguro (conf. Sala C, "Alzogaray José c/ Suino Juan Carlos y otro", del 28/5/2002; íd., "Scharff, Carlos Jorge Alberto, c/ HSBC La Buenos Aires Seguros SA, s/ ordinario" del 9.6.08).

Es que, el contrato de seguro es contrato de buena fe, es más de 'uberrimae bona fide' como lo expresara Halperin (Isaac Halperin, Seguros, segunda edición actualizada, pág. 50 y ss., editorial Depalma, Bs. As.1991,). Quien, con su agudeza natural apuntaba que este no es rasgo peculiar del contrato en sí, sino que sigue el principio que domina todo el derecho de las obligaciones; y si ello no quita que sus cláusulas han de interpretarse con criterio restrictivo, no es menos exacto que ha de estarse a favor del asegurado para el supuesto de oscuridad o ambigüedad en forma acorde con el sentido y objeto que ella persigue, esto es, en forma razonable con el riesgo que se quiso cubrir y lapso comprendido (CNCom, Sala B, 3.7.2000, "Ferrari, Claudia Marisa y otro c/ Sur Compañía Argentina de Seguros SA, s/ sumario")

Consecuentemente, es que considero que deben desestimarse los agravios vertidos.

III.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia apelada en todas sus partes, con costas de Alzada a la demandada vencida. Los honorarios se diferirán para su oportunidad.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II,

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 240/244 en todas sus partes.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI
Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA

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

**"ROJAS CRISTIAN CARLOS C/ SOLORZA MIGUEL ANGEL 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 – Sala II – (Expte.: 388634/2009) – Sentencia: 140/15 – Fecha: 10/09/2015

DERECHO CIVIL: Accidente de tránsito.

BOCACALLE. ARRIBO SIMULTÁNEO. AUSENCIA DE CONTACTO ENTRE VEHICULOS. MOTOCICLISTA. CAIDA. CULPA DE LA VICTIMA.

> Corresponde revocar el fallo apelado y por consiguiente no hacer lugar a la demanda por cuanto no surge de las constancias de la causa que la caída del moticiclista sea consecuencia de un contacto con el camión, ni que el automotor de la demandada circulara a velocidad excesiva, o que haya infringido la regla de la prioridad de paso de quién llega al cruce desde la derecha, toda vez que el camión detuvo su marcha.
> [...] ambos vehículos llegan a la bocacalle a una velocidad precautoria, y que al encontrarse con el otro rodado, ambos intentan frenar. El conductor del camión –demandado- logra su cometido, en tanto que el conductor de la motocicleta pierde el equilibrio y cae al pavimento. Se podría haber producido un titubeo, como lo afirma el testigo F., o no, como surge de la declaración del testigo A. pero lo cierto es que los dos vehículos pretenden detener su marcha. [...] En este contexto, la caída del actor es consecuencia de su propia torpeza, la que ha roto el nexo causal adecuado, constituyéndose en una eximente de la responsabilidad del demandado.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 10 de Septiembre del año 2015.
Y VISTOS:
En acuerdo estos autos caratulados: "ROJAS CRISTIAN CARLOS C/ SOLORZA MIGUEL ANGEL Y OTROS S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (Expte. N° 388634/2009), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 2 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:
I.- Ambas partes interponen recursos de apelación contra la sentencia de fs. 305/311 vta., que hace lugar a la demanda y a la exclusión de cobertura planteada por la aseguradora citada en garantía, todo con costas a los demandados.
a) 1.- La codemandada Vilo se agravia por entender que el fallo de grado la condena sin que la actora haya acreditado los hechos que relata en la demanda.

Sostiene que en autos no existe prueba alguna que acredite los hechos y, fundamentalmente, la participación del rodado de su parte en los hechos dañosos.

Señala que el actor en su demanda afirma que se vió obligado a efectuar una maniobra repentina para evitar ser embestido directamente sobre su cuerpo, pero provocando que cayera sobre el pavimento lo que le produjo severas lesiones.

Dice que, sin embargo, en la pericia médica el experto da cuenta que el demandante relató que circulaba por calle Láinez y que al cruzar la calle Carro, un coche le chocó la rueda delantera y cayó al pavimento; en tanto que el informe pericial psicológico sostiene que el actor relató que iba manejando su moto cuando se cruzó un vehículo e impactaron.

Sigue diciendo que la a quo utilizó el expediente penal únicamente respecto de la aplicación del instituto de la prejudicialidad, pero no valoró su contenido.

Afirma que esta causa penal no tiene ni prueba ni indicios que vinculen a los demandados con el siniestro, a excepción de lo expresado en la denuncia.

Pone de manifiesto que nunca fue citada, ni ella ni el otro codemandado, a comparecer a la causa penal, ni en calidad de testigos.

Analiza la prueba testimonial y entiende que de los dichos del testigo Fuentealba surge claramente que la caída del actor se produjo por su exclusiva responsabilidad, por no haber podido controlar su vehículo.

Llama la atención sobre que el testigo Parra se contradice, toda vez que si un camión circulaba a alta velocidad, por su peso no puede frenar de golpe en la mitad de la calle. Iguales consideraciones realiza respecto de la testimonial de Aguilera, señalando que afirma no recordar si el camión frenó en la bocacalle, y que la moto venía a la par de su auto, pero que él no se vió obligado a hacer una maniobra brusca.

Manifiesta que es el actor quién tiene la carga de llevar adelante la prueba.

2.- También formula queja por el acogimiento de la defensa opuesta por la aseguradora.

Sostiene que ha existido por parte de la jueza de grado una errónea interpretación de la ley, y un claro apartamiento de la doctrina y jurisprudencia pacíficas sobre el tema.

Señala que el art. 46 de la Ley 17.418 establece la obligación del asegurado de comunicar al asegurador la ocurrencia del siniestro dentro de los tres días de conocerlo. Agrega que el art. 47 de la misma ley establece que, en caso de incumplimiento de las obligaciones prescriptas en el art. 46, el asegurado pierde el derecho a ser indemnizado. Pone de manifiesto que la sanción es para el asegurado, y no para el damnificado.

Entiende que una aplicación coherente de la Ley 17.418 debe considerar el texto del art. 118 última parte, cuando establece que el asegurador no podrá oponer en juicio defensas nacidas después del siniestro. Considera que la falta de denuncia del siniestro por parte del asegurado es posterior al propio siniestro.

Hace reserva del caso federal.

b) El codemandado Solorza presenta una expresión de agravios idéntica a la anteriormente reseñada.

c) La parte actora se agravia por la atribución de responsabilidad en un 50% al demandante.

Reconoce que no existió contacto entre los vehículos, y sin entrar en la cuestión referida a si debe analizarse como responsabilidad objetiva o subjetiva, entiende que se encuentra acreditado que fue el demandado el responsable del accidente.

Cita los testimonios de Fuentealba, Parra y Aguilera.

Afirma que los testigos son coincidentes en el relato, y de éste surge que el único responsable del accidente es el demandado, quién conducía su camión y se abalanzó encima de la motocicleta, sin respetar la prioridad de paso del actor, que circulaba por la derecha.

Dice que las reglas de tránsito están hechas para evitar accidentes pero resguardando la fluidez de la circulación, y que en la normativa vigente no se exige que ambos vehículos frenen en la bocacalle, sino que lo haga el que no posee prioridad de paso.

Formula queja por el rechazo de los rubros gastos de farmacia, radiografías, asistencia médica, elementos ortopédicos y gastos de traslado, como así también del tratamiento psicológico futuro.
Considera que la indemnización otorgada para reparar el daño moral es baja.
Recurre la decisión de la a quo de hacer lugar al rechazo de la cobertura asegurativa.
Plantea que el art. 47 de la Ley de Seguros sólo tiene efecto en la relación jurídica sustancial asegurativa, y que, siendo una defensa posterior al siniestro, no es oponible a terceros.
Hace reserva del caso federal.
d) La codemandada Vilo contesta el traslado de la expresión de agravios del actor a fs. 351/353, solicitando el rechazo de la apelación.
Reitera lo expuesto en su memorial de agravios respecto de la falta de acreditación del hecho.
Defiende lo decidido en la instancia de grado respecto a los rubros indemnizatorios rechazados, y con relación al daño moral.
e) La aseguradora citada en garantía contesta el traslado de las expresiones de agravios de las partes a fs. 355/357.
Entiende que el demandado no puede cuestionar la sentencia en cuanto al acogimiento de la defensa de la aseguradora, ya que no existen dudas sobre la falta de denuncia del siniestro y que ésta le es oponible al asegurado.
Precisa que su parte tomó conocimiento del siniestro al recibir el traslado de la citación en garantía.
Considera que existe en la ley una reiteración innecesaria al establecer la obligación de denunciar el siniestro para los seguros en general, y luego, para el seguro de responsabilidad civil, por lo que no puede entenderse como una excepción a la regla genérica, ya que de lo contrario se habrían establecido otras consecuencias para esta obligación.
Con relación a la responsabilidad en la producción del siniestro considera que, en realidad, ésta es exclusiva de la parte actora, ya que las partes son contestes en que no existió contacto alguno entre el camión y la motocicleta, con lo cual no cabe sino concluir en que la caída del actor se debió a una maniobra realizada por él, sin el debido cuidado y pericia suficiente para detener el birodado.
Afirma que ninguna prueba se produjo respecto de la realización de los gastos reclamados.
f) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios de los demandados a fs. 358/vta., entendiendo que los recursos deben ser declarados desiertos por no constituir una crítica razonada y concreta del fallo apelado.
En lo demás se remite a su propia expresión de agravios.
g) El codemandado Solorza no contesta el traslado de la expresión de agravios.
II.- En primer lugar cabe señalar que el memorial de agravios de la demandada, a contrario de lo que sostiene el actor, constituye una critica razonada y concreta al fallo de grado en los dos aspectos abordados, por lo que no resulta procedente declarar la deserción solicitada por el demandante.
III.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación planteado por la parte demandada, llama la atención la base fáctica de esta acción de daños y perjuicios, toda vez que es atípica, teniendo en cuenta los casos que habitualmente se han planteado ante esta Cámara de Apelaciones.
El hecho dañoso que se encuentra reconocido por los litigantes ha consistido en que al llegar a una encrucijada, prácticamente al mismo tiempo, el camión de la parte demandada y la motocicleta de la parte actora, ambos rodados frenan y como consecuencia de esta acción, el actor pierde el equilibrio y cae con su moto, golpeándose con el pavimento. No ha existido contacto entre los vehículos.
Los testimonios de las personas que presenciaron el accidente no son totalmente coincidentes. De las tres declaraciones testimoniales, rescato como más ajustada a la realidad, la del señor Pablo Ariel Fuentealba (acta de fs. 156/vta.). Relata este testigo: "…Cuando llego a la esquina me detengo y veo que por Carro venía un camión y un auto gris, y subiendo por Láinez venía la moto esta. Entonces cuando yo llego y observo que ambos bajan la velocidad, como si el camión le diera paso a la moto, y luego avanzan los dos, y cuando se encontraron el conductor de la moto le puso el pie y volanteo para el costado.
Ninguno iba fuerte, ambos habían bajado la velocidad. El conductor de la moto, que venía solo, se cayó…".

El testigo Diego Martín Parra (acta de fs. 255/256 vta.) dice: "nosotros con mi amigo íbamos por calle Láinez e iba una moto roja adelante, en el cruce de calle It. Carro y Láinez, por Carro aparece un camión, que venía a alta velocidad y el de la moto como que quedó a mitad de calle el camión, y el de la moto como circulaba por el lado derecho, al esquivarlo cayó". Preguntado sobre si el camión frenó en la bocacalle señala: "frena en la mitad, clavó los frenos en la mitad del cruce, ahí fue cuando maniobró el de la moto". Preguntado si la moto alcanzó a cruzar frente al camión, responde: "se tuvo que tirar para la derecha, tuvo que maniobrar para la derecha. Si no fuera por el de la moto, lo chocaba el camión. La verdad que no alcanzó porque tuvo que maniobrar",

Finalmente el testigo Pablo Matías Aguilera (acta de fs. 259/260 vta.) declara: "…yo venía con un amigo por la calle Láinez, íbamos subiendo e iba una moto casi paralela a nosotros, un poco más adelante. A la altura de la calle Int.

Carro vemos que ahí, lo que alcanzo a ver que venía un camión, y que la moto alcanza a maniobrar para el lado derecho porque el camión se le venía encima, eso fue todo lo que ví" Preguntado a que velocidad circulaba la motocicleta, dice: "no, normal, no iba fuerte"; y sobre si el camión frenó en la bocacalle, dice: "no, no me acuerdo". También afirma no recordar si la moto alcanzó a cruzar frente al camión, y que el vehículo en el cual viajaba el testigo no tuvo que hacer ninguna maniobra brusca.

Tal como lo adelanté considero que la versión del testigo Fuentealba es la más creíble, ya que coincide con los dichos del testigo Aguilera. La declaración del testigo Parra no guarda correlato con ninguna otra prueba aportada al expediente, sobre todo en lo que refiere a la alta velocidad a la que circularía el camión de la demandada. Por otra parte, entiendo que las reglas de la experiencia indican que si el camión hubiera circulado a alta velocidad, por sus dimensiones y fundamentalmente por su peso, no hubiera alcanzado a frenar y se hubiera producido la colisión.

Frente a este hecho dañoso, va de suyo que el daño no fue producido directamente por la cosa de propiedad o bajo la guarda del demandado. Antes bien, es consecuencia de la cosa de propiedad o bajo la guarda de la misma víctima.

La pregunta que cabe formular, entonces, es si mediatamente y con un adecuado nexo de causalidad, la cosa de propiedad de la demandada (camión) ha tenido una intervención activa en la producción del daño, o si ha mediado una conducta negligente por parte del conductor del rodado mayor

Adelanto opinión respecto a que la respuesta es negativa.

Tratando de reconstruir lo sucedido, en base a las declaraciones de los testigos, considero que ambos vehículos llegan a la bocacalle a una velocidad precautoria, y que al encontrarse con el otro rodado, ambos intentan frenar. El conductor del camión logra su cometido, en tanto que el conductor de la motocicleta pierde el equilibrio y cae al pavimento. Se podría haber producido un titubeo, como lo afirma el testigo Fuentealba, o no, como surge de la declaración del testigo Aguilera, pero lo cierto es que los dos vehículos pretenden detener su marcha.

Abona esta versión lo afirmado por el testigo Aguilera respecto a que el automotor en el que viajaba no tuvo que hacer ninguna maniobra brusca, por lo que, como lo pone de manifiesto la parte demandada, si ambos vehículos circulaban prácticamente a la par, quiere decir que el conductor del auto advirtió la presencia del camión y frenó.

En este contexto, la caída del actor es consecuencia de su propia torpeza, la que ha roto el nexo causal adecuado, constituyéndose en una eximente de la responsabilidad del demandado.

En un caso de similares características, aunque con mayor material probatorio (se contaba principalmente con una pericia técnica), la Cámara 5ta. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba (autos "González c/ Andreani", 8/7/2013, LL on line AR/JUR/100402/2013) rechazó la demanda de daños y perjuicios afirmando que no puede responsabilizarse al conductor del camión por los daños sufridos por el motociclista, si la caída de éste se debió a factores ajenos al contacto con el camión. En autos ni tan siquiera ha habido contacto con el camión.

En definitiva no encuentro probado que la caída del motociclista haya sido consecuencia de la aparición intempestiva del camión en la bocacalle. Por el contrario, aparece como más ajustado a la realidad que ante la presencia de un rodado de mayores dimensiones en la encrucijada, el actor, porque se asustó o por impericia, no pudo mantener el adecuado control sobre su vehículo, cayendo al pavimento.

No surge de las constancias de la causa que el automotor de la demandada circulara a velocidad excesiva, como lo he señalado, y no encuentro que haya infringido la regla de la prioridad de paso de quién llega al cruce desde la derecha, toda vez que el camión detuvo su marcha.

Por lo dicho, entiendo que la sentencia de grado debe ser revocada, rechazándose la demanda.

IV.- Teniendo en cuenta el resultado del recurso de apelación planteado por la parte demandada, deviene abstracto el tratamiento de los agravios referidos a los rubros indemnizatorios y a la exclusión de cobertura asegurativa.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte demandada, y declarar abstracto el tratamiento del recurso de apelación de la parte actora, revocando el fallo apelado y rechazando íntegramente la demanda interpuesta, con costas, en ambas instancias, al actor vencido (art. 68, CPCyC).

Se regulan los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia en $ 18.390,00 para el letrado patrocinante de la parte demandada Dr. ...; $ 18.390,00 para el letrado patrocinante de la aseguradora Dr. ...; $ 7.360,00 para el apoderado de esta última parte Dr. ...; y $ 18.000,00 para el letrado apoderado de la parte actora Dr. ..., de conformidad con lo establecido por los arts. 6, 7, 10 y 20 de la Ley 1.594.

Los honorarios de los peritos actuantes se regulan en la suma de $ 3.500,00 para cada uno de ellos, psicóloga ..., y médico ..., teniendo en cuenta la adecuada relación de proporcionalidad que deben guardar con la retribución de los abogados de las partes y la labor desarrollada en la causa.

Los honorarios del perito ingeniero ... se regulan en la suma de $ 620,00 por la aceptación del cargo.

Los honorarios por la actuación ante la Alzada se regulan en las sumas de $ 6.4440,00 para el Dr. ...; $ 5.520,00 para el Dr. ...; $ 2.210,00 para el Dr. ..., y $ 5.400,00 para el Dr. ..., en virtud de lo establecido por el art. 15 de la ley arancelaria.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II,

RESUELVE:

I.- Revocar el fallo apelado y rechazar íntegramente la demanda interpuesta, con costas, en ambas instancias, al actor vencido (art. 68, CPCyC).

II.- Regular los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia en $ 18.390,00 para el letrado patrocinante de la parte demandada Dr. ...; $ 18.390,00 para el letrado patrocinante de la aseguradora Dr. ...; $ 7.360,00 para el apoderado de esta última parte Dr. ...; y $ 18.000,00 para el letrado apoderado de la parte actora Dr. ..., de conformidad con lo establecido por los arts. 6, 7, 10 y 20 de la Ley 1.594.

III.- Regular los honorarios de los peritos actuantes en la suma de $ 3.500,00 para cada uno de ellos, psicóloga ..., y médico ..., y los del perito ingeniero ... en la suma de $ 620,00, por los motivos dados en los Considerandos.

IV.- Regular los honorarios por la actuación ante la Alzada en las sumas de $ 6.4440,00 para el Dr. ...; $ 5.520,00 para el Dr. ...; $ 2.210,00 para el Dr. ..., y $ 5.400,00 para el Dr. ..., en virtud de lo establecido por 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

**"LEVILAF ELIAS C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 67066/2014) – Sentencia: 148/15 – Fecha: 24/09/2015

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

DERECHO A LA SALUD. SISTEMA DE PRESTACIONES BASICAS EN HABILITACION Y REHABILITACION INTEGRAL A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. COBERTURA INTEGRAL DE SUS NECESIDADES. CENTRO DE REHABILITACIÓN. NO PRESTADOR. ACOMPAÑANTE TERAPEUTICO. CUIDADOR DOMICILIARIO. SILLA DE RUEDAS Y TRICICLETA. TRASLADO. TRANSPORTE GRATUITO. TRANSPORTE ESPECIAL.

1.- Respecto del agravio relacionado con la cobertura al 100 % de los tratamientos en un centro no prestador del ISSN, por razones de economía procesal dado el criterio sostenido por el Tribunal Superior de Justicia, corresponde hacer lugar al recurso planteado por la actora y disponerse la cobertura, en su totalidad, en el centro "Naceres", dejándose sin efecto la limitación dispuesta en la sentencia.

2.- La jueza ha señalado claramente que la obligación relacionada con el transporte del menor -que se cubra íntegramente el servicio de transporte del menor a la fundación Naceres y a la escuela 24 de Cipolletti- si bien puede estar a cargo de otros organismos, no por ello desaparece la obligación de la obra social de brindarlo conforme lo dispuesto por el artículo 13 de la ley 24.091. En tal sentido, la parte quejosa se limita a señalar que la obligación del transporte le corresponde al consejo Provincial de Río Negro y Neuquén, omitiendo toda referencia a que tipo de ente administrativo alude, pero de todas formas no controvierte que la condena se sustentara en la norma legal antes mencionada y que por ende sella la suerte del recurso.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 24 de septiembre de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "LEVILAF ELIAS C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO", (Expte. N° 67066/2014), venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 4 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 703/710 dispone hacer lugar al amparo y por ende ordena que la obra social demandada 1) abone la cobertura del 100% del tratamiento médico asistencial requerido por el Centro Naceres siempre y cuando los montos facturados no excedan los máximos fijados por el nomenclador de prestaciones convalidado por la Superintendencia de Servicios de Salud, 2) suministre al actor la tricicleta reclinada asimétrica reclamada, 3) que se cubra íntegramente el servicio de transporte del menor a la fundación Naceres y a la escuela 24 de Cipolletti, 4) otorgue cobertura de asistente domiciliario durante al menos doce horas diarias todos los días de la semana y estando a su cargo el pago del mismo, 5) rechaza la acción en lo que se refiere al pedido de cobertura de acompañante terapéutico, 6) declara abstracta la pretensión cautelar y 7) impone las costas a la demandada vencida.

La decisión es apelada por la demandada en los términos que resultan del escrito de fs. 711/717, y por la actora a fs. 718/722.

II.- Agravios de la demandada.

Señala que existen otros centros prestadores capaces e idóneos para el tratamiento del menor y que estaba a cargo de la actora acreditar que no eran idóneos, lo que no ocurriera, citando precedentes en su respaldo.

Dicen luego que las afirmaciones del sentenciante no bastan para que la obra social deba abonar el costo de las prestaciones conforme la tarifa arbitrariamente dispuesta por el centro prestador y que el ISSN establece los valores en concordancia con Nación por lo que el juez le ha otorgado la razón en dicho aspecto.

Siguen diciendo que si venía otorgando cobertura al 100% en conjunto con el IMPS y los valores de los módulos eran adecuados a los de Nación, no se advierte incumplimiento de su parte ya que no discute la patología y cubre las prestaciones requeridas.

En segundo lugar y con respecto a la silla de ruedas, señala que fue cumplido con anterioridad a la promoción de la pretensión y con relación a la tricicleta, la falta de entrega obedece a la exclusiva responsabilidad de los padres ya que antes del inicio del juicio se dispuso su entrega pero como los padres no estaban de acuerdo se archiva el trámite que luego se reinicia el 25/6/2015 ante el pedido del padre y en relación a la misma empresa que la anterior, estando a la espera de que se concrete el envío por parte del proveedor.

El tercer agravio alude al transporte gratuito a la escuela de Cipolletti, dice que los obligados son el consejo provincial de Río Negro y Neuquén, y que la contraria no alegó ni probó que los obligados hayan cumplido.

Cuestiona la condena a la cobertura de un asistente domiciliario durante doce horas dado lo indeterminado de la condena ya que la contraria puede presentar un presupuesto de valores exorbitantes y el instituto carece de facultades de control y auditoría.

Por último objeta la imposición de costas a su parte.

Agravios de la actora.

El primer agravio está dirigido a cuestionar la existencia de topes en relación a la fundación Naceres, para lo cual cita en su apoyo un precedente del Tribunal Superior de Justicia.

Cuestiona luego el rechazo de la solicitud de acompañante terapéutico, señalando su necesidad y diferencia con el asistente domiciliario.

III.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas comenzaré por la referida a la cobertura del centro "Naceres".

Al respecto y si bien esta Sala ha adoptado un criterio que coincide con lo planteado por la demandada, con posterioridad hemos variado nuestra postura en virtud de razones de economía procesal dado el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia.

Así hemos dicho en casos similares al presente:

Tal como lo señaláramos al confirmar la medida cautelar de autos (sentencia de fs. 411/413 vta.), si bien la opinión de esta Sala II ha sido que si la obra social brinda la cobertura que la ley le exige con determinados prestadores, el afiliado que pretende recibir atención de profesionales o instituciones que no han celebrado convenio con la obra social debe acreditar la insuficiencia de aquellos prestadores y, en todo caso, el reintegro debe ser a los valores que se abonan a los prestadores, a efectos de no alterar la igualdad de tratamiento de los afiliados, a partir de la resolución dictada por el Tribunal Superior de Justicia en R.I. n° 148/2012 del registro de su Secretaría Civil, adherimos, por razones de economía y celeridad procesales, al criterio allí sustentado.

Por tanto, toda consideración sobre la idoneidad o inidoneidad de los prestadores resulta superflua.

No dejo de advertir que, de este modo, si bien se satisfacen las necesidades de la persona discapacitada, también se otorga un trato preferencial a una sola institución –Fundación Naceres-, quién recibe de la obra social un precio superior al que ésta abona a sus prestadores, a la vez que se obliga al afiliado que quiere atenderse en dicho centro no prestador a litigar, siendo prueba de ello los numerosos recursos de amparo planteados por este motivo.

Pero la solución a esta problemática debe ser dada, ahora, por la obra social demandada, a partir del acatamiento a la resolución del Tribunal Superior de Justicia.

A esta declaración del médico tratante, que conoce mejor que nadie a su paciente, agrego otra circunstancia, que también ha sido puesta de manifiesto por la jueza de grado y es la referida a la propia conducta de la demandada, ya

que ésta ha autorizado el tratamiento de N. en el centro no prestador con una cobertura del 100%, reduciendo después el reintegro a montos inferiores. Ello importa el reconocimiento de la obra social de la insuficiencia de la oferta terapéutica de sus prestadores.

El argumento esgrimido en la expresión de agravios referido a que se trató de una cobertura otorgada por vía de excepción nada aporta, desde el momento que tratándose de una institución no prestadora se debía autorizar por vía de excepción reglamentaria dicha atención. Resultaba necesario, para evitar que la conducta precedente importara el reconocimiento que he señalado, que se acreditara la desaparición y/o modificación de los motivos que llevaron a la obra social a otorgar la cobertura de excepción, extremo que se encuentra ausente en autos.

Por lo tanto corresponde hacer lugar al recurso planteado por la actora y disponerse la cobertura, en su totalidad, en el centro "Naceres", dejándose sin efecto la limitación dispuesta en la sentencia.

IV.- Acompañante terapéutico y cuidador domiciliario.

En el caso de autos y conforme resulta de los términos de la sentencia, se hizo lugar al planteo de la actora en relación a la necesidad de contar con un cuidador domiciliario pero se denegó la procedencia del acompañante terapéutico toda vez que de la prueba producida, y en especial, de los médicos tratantes, no surgía su necesidad y que las dificultades familiares y del menor quedaban cubiertas por el cuidador domiciliario.

Si bien la parte actora cuestiona el rechazo del acompañante terapéutico, su crítica no reúne los requisitos exigidos por el artículo 265 del Código de rito toda vez que se limita a señalar la diferencia entre una figura y otra para luego, y mediante generalidades, propiciar la contratación del agente en cuestión.

Pero en momento alguno rebate las afirmaciones de la jueza, fundadas en las constancias de la causa, que en el caso concreto no requieren la intervención del acompañante terapéutico.

Y asiste razón a la sentenciante, toda vez que los médicos tratantes del menor han sido claros en relación a las necesidades que tiene el mismo ya que si bien aluden a ambos, en realidad pareciera, con la prueba producida y el informe remitido por "Naceres", que sus necesidades quedan cubiertas en el estado actual de su enfermedad y el contexto familiar con el cuidador domiciliario.

Ello, sin perjuicio de que si se modifica la situación fáctica existente al momento de sentenciar este proceso, la actora pueda requerir, por intermedio del proceso pertinente y/o administrativamente, se le otorgue la prestación a que se alude, máxime teniendo en cuenta la situación de discapacidad del menor, la normativa constitucional y las leyes que rigen la materia, a lo que se suma la uniforme postura de las tres Salas de la Cámara en relación al tema.

En cuanto a los agravios vertidos por la demandada en relación al cuidador domiciliario, los mismos no reúnen los recaudos del artículo 265 del Código de rito, toda vez que se trata de cuestiones que debieron ser planteadas ante la Primera Instancia.

Ello, obviamente sin perjuicio de la facultad de contralor que tiene el Instituto y teniendo en cuenta lo resuelto en el precedente Nº 60110/2013, de la Sala I.

V.- Silla de ruedas y tricicleta.

La crítica que vierte la accionada no tendrá andamiento puesto que si ha reconocido la procedencia del reclamo en sede administrativa, lo cierto es que ni siquiera a la fecha del presente pronunciamiento ha acreditado haber cumplido.

Ante ello, la condena resulta pertinente ya que no se plasmó en los hechos, la procedencia de los elementos en cuestión.

VI.- Transporte.

Nuevamente la crítica vertida por la demandada resulta insuficiente.

La jueza ha señalado claramente que la obligación relacionada con el transporte del menor si bien puede estar a cargo de otros organismos, no por ello desaparece la obligación de la obra social de brindarlo conforme lo dispuesto por el artículo 13 de la ley 24.091.

En tal sentido, la parte quejosa se limita a señalar que la obligación del transporte le corresponde al consejo Provincial de Río Negro y Neuquén, omitiendo toda referencia a que tipo de ente administrativo alude, pero de todas formas no

controvierte que la condena se sustentara en la norma legal antes mencionada y que por ende sella la suerte del recurso.

Por lo demás, no se advierte ni se indica en concreto que valoración probatoria omitiera la jueza ya que lo expresado por el quejoso no alude a los términos de la sentencia siendo evidente, en función de la discapacidad que padece, los informes médicos y lo actuado por el propio Instituto, que el menor requiere de un transporte que lo lleve a los lugares necesarios para su tratamiento y que no puede circular en el transporte público.

Entiendo que la necesidad del transporte es un hecho que la actor acreditó claramente y sin que fuera desvirtuado en forme alguna por la demandada.

VII.- En relación a las costas del proceso, han sido correctamente impuestas a la accionada teniendo en consideración el resultado de los planteos formulados por la parte actora y la índole del derecho involucrado en el tema.

Las de Alzada también estarán a cargo de la accionada en virtud de la forma en que se deciden los recursos planteados por las partes.

VII.- Por las razones expuestas, propongo confirmar la sentencia apelada en lo sustancial, modificándose el primer punto debiendo cubrir la obra social la totalidad de las erogaciones derivadas de la intervención del Centro Naceres.

Costas de ambas instancias a la demandada, debiendo regularse los honorarios de Alzada en base a lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 1.594.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 703/710 en lo sustancial, modificándose el primer punto, debiendo cubrir la obra social la totalidad de las erogaciones derivadas de la intervención del Centro Naceres.

II.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada, regulándose los honorarios de Alzada en el 30% de los determinados en la instancia de grado (artículo 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

**"MARCELLINO MIGUEL ANGEL S/ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 331281/2005) – Interlocutoria: 392/15 – Fecha: 08/09/2015

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS. EXTENSION A OTRO JUICIO.

Si bien resulta factible que se dicte resolución en un beneficio de litigar sin gastos con posterioridad al dictado de la sentencia de fondo, no encuentro que lo mismo suceda con la extensión del beneficio. Una cosa es que la parte peticionante no haya podido concluir con la tramitación del beneficio antes del dictado de la sentencia, y otra,

distinta, es que la parte actora, perdidosa en el juicio con sentencia firme, intente trasladar los efectos de un beneficio ya otorgado a un proceso finiquitado antes de pedir aquella extensión.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 8 de Septiembre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MARCELLINO MIGUEL ANGEL S/ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS", (Expte. EXP Nº 331281/2005), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL Nro. 6 a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y, de acuerdo con el orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- El ex apoderado de la parte demandada interpone recurso de apelación contra la resolución interlocutoria de fs. 155/vta., que hace extensivo el beneficio de litigar sin gastos concedido a fs. 141 para intervenir en el expediente n° 340.652/2006, con los efectos previsto en los arts. 82 y 84 del CPCyC.

a) El recurrente se agravia por entender que la pretensión de la parte actora resulta precluída y abstracta.

Dice que del expediente n° 340.652/2006 surge que la causa cuenta con sentencia firme y consentida de primera y segunda instancia, dictadas hace casi cuatro años, y un beneficio de litigar sin gastos sin otorgar. Sigue diciendo que como consecuencia de dichas actuaciones, inició ejecución de honorarios contra el señor Marcellino.

Sostiene que la extensión otorgada por la a quo, en este momento, es totalmente injusta, ajena a derecho, extemporánea e improcedente, por aplicación del principio procesal de preclusión.

Afirma que esta resolución no tendría que tener ningún tipo de efectos sobre el expediente done tramita la ejecución de honorarios, iniciado con mucha anterioridad, en el año 2012.

Advierte que al momento del pedido de extensión del beneficio, tal requerimiento era abstracto debido a que la posibilidad de ocurrir ante la justicia ya se ha realizado, ya se ha cumplido, efectivizándose la garantía constitucional de defensa en juicio. No existe, a criterio del apelante, en la causa judicial, ningún motivo o razón para continuar con su trámite, ya que la expectativa de recurrir a la justicia por parte del actor fue cumplida, contándose con sentencia desde el año 2011.

Formula queja porque la jueza de grado decide la extensión del beneficio sin tener en cuenta el tiempo transcurrido entre la producción de la prueba y la situación diferente que tiene o podría tener hoy el beneficiario.

Considera que pueden haberse modificado o desaparecido las circunstancias que se tuvieron en consideración para dictar la resolución que concede el beneficio.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 162/165 vta.

Señala que la decisión adoptada no causa agravio al recurrente pues nada obsta a que persiga la percepción de sus honorarios contra su mandante, toda vez que la concesión del beneficio de litigar sin gastos no ocasiona perjuicio a los letrados patrocinantes o apoderados de los litigantes, y menos cuando han dejado de serlo.

Dice que el beneficio de litigar sin gastos no se dicta en contra de los abogados de las partes, sino a favor de los particulares parte, que por sus condiciones económicas verían vedado el acceso a justicia, para el supuesto de no existir este instituto.

Concluye en que no existe agravio reparable o irreparable para el recurrente desde el momento que él debe perseguir el cobro de sus acreencias contra su ex mandante.

Afirma que la inexistencia de agravio hace improcedente la prerrogativa recursiva, pues sólo aquel que se ve perjudicado con el dictado de una sentencia, resolución o providencia simple tiene el derecho de apelar la misma.

Sostiene, con cita de jurisprudencia, que el agravio debe ser personal del recurrente, debe vulnerarse un interés propio del sujeto.

Reitera que el recurrente no posee un interés jurídico que pueda ser tutelado, además de no ser parte en estas actuaciones.

Luego, y con relación al denunciado efecto retroactivo que tendría la resolución cuestionada, pone de manifiesto que para los autos en los cuales se regularon los honorarios cuya ejecución persigue el apelante, existía un beneficio de litigar sin gastos con carácter provisorio, de conformidad con lo dispuesto por el art. 83 del CPCyC; beneficio provisional que tiene duración hasta la resolución del trámite, ya sea por la concesión, denegación, o, como en este caso, por la extensión del beneficio.

Entiende que tampoco existe retroactividad ya que estas actuaciones fueron iniciadas en el año 2005 y resueltas en el año 2011.

Manifiesta que se encuentra en cabeza de quién persigue que se deje sin efecto la concesión del beneficio probar la modificación del estado patrimonial del beneficiario.

Agrega que, en todo caso, al apelante debió ofrecer prueba a tal fin.

Hace reserva del caso federal.

c) La parte demandada no contesta el traslado de la expresión de agravios.

II.- En primer lugar, advierto que el pedido de extensión del beneficio de litigar sin gastos concedido en estas actuaciones al proceso tramitado entre las mismas partes sobre daños y perjuicios, no fue sustanciado con YPF S.A., conforme lo dispone el art. 86 del CPCyC.

En efecto, de las constancias de notificación de fs. 152/vta. surge que el traslado del pedido de extensión del beneficio le fue notificado al Dr. ..., en tanto que a ese momento YPF S.A. contaba con nuevo apoderado presentado en el expediente donde tramitó el reclamo por daños y perjuicios (en el cual se pretendía hacer extensivo el beneficio).

De lo dicho surge que la resolución recurrida es nula, por violación del derecho de defensa de YPF S.A. No obstante ello, teniendo en cuenta el carácter relativo de las nulidades procesales, y toda vez que el actual apoderado de YPF S.A. fue notificado de la resolución interlocutoria que determinó la extensión del beneficio de litigar sin gastos (fs. 157), sin que mereciera objeciones lo actuado, debe entenderse que ha mediado subsanación de la nulidad en los términos del art. 170 del CPCyC.

III.- Determinada la validez de la resolución recurrida, debo analizar si el apelante se encuentra legitimado para apelar.

El cuestionamiento que realiza la parte actora refiere a que la resolución atacada no le causa perjuicio al apelante, y porque no es parte en el proceso.

Emilio Albarenga sostiene que "si el tercero aún no tiene participación y al reclamarla se dictan despachos que le ocasionan perjuicio, puede recurrirlos en la medida de la defensa de sus derechos e intereses que invoca para que se le acuerde participación y los que aspira proteger… podemos fijar como línea general y en base al acceso a la jurisdicción y al debido proceso regular y legal, que todo despacho anterior al otorgamiento de la participación que se aparte de la ley y ocasione perjuicio al tercero podrá ser apelado…" (cfr. aut. cit., "Habilitación del tercero para apelar", Revista De Derecho Procesal, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2011-1, pág. 108/109).

Por su parte Enrique M. Falcón afirma que si el tercero no intervino en la primera instancia y a causa de la resolución dictada sufre un daño directo y no tiene otra vía eficaz, puede apelar (cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, T. VIII, pág. 59).

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, con primer voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, señaló que los sujetos procesales no pueden ser vistos, solamente, desde una perspectiva estática, sino, fundamentalmente, desde una óptica dinámica; y que la legitimación procesal, en tanto requisito de admisibilidad de la pretensión, no es idéntica a la aptitud para interponer recursos. Agrega el tribunal citado que el acto impugnativo es, en principio, un acto procesal que opera dentro del proceso en que se produce, por lo que –como regla- está reservado a los sujetos procesales. Sin embargo, a criterio de la Corte mendocina, quién no ha intervenido en la primera instancia podrá apelar aquella resolución que extienda sus efectos de tal modo que lo perjudique en sus intereses (autos "Banco Exprinter", 2/12/1996, LL 1997-D, pág. 757).

En autos, al Dr. Assef le dio intervención el mismo Juzgado, sin que la parte peticionante se opusiera a ello, y sin advertir que la contestación del traslado lo fue por derecho propio (fs. 159).

Asimismo nada se dijo sobre su participación cuando planteó el recurso de apelación, aunque también señaló que lo hacía por derecho propio.

En cuanto a la existencia de agravio no asiste razón a la parte actora.

Surge del incidente nº 61.375/2012, que tengo a la vista, donde tramita la ejecución de honorarios del Dr. ... contra el beneficiario, que éste ha fundado el pedido de levantamiento del embargo trabado en la ejecución justamente en la extensión del beneficio de litigar sin gastos ordenada respecto del trámite de daños y perjuicios, por lo que la resolución recurrida lo afecta directamente.

Por otra parte, y si bien es cierto que el art. 59 de la Ley 1.594 autoriza la promoción de la ejecución de honorarios contra el condenado en costas y solidariamente contra el beneficiario del trabajo profesional, quién se encuentra facultado para decidir contra quién persigue el cobro de sus honorarios es el profesional a favor de quién se realizó la correspondiente regulación.

Por ello, habiendo optado el Dr. ... por ejecutar sus honorarios solamente respecto del condenado en costas, y habiendo opuesto éste la extensión del beneficio de litigar sin gastos al progreso de la ejecución, existe para el primero un agravio cierto y concreto.

El recurso de apelación se encuentra, entonces, correctamente concedido.

IV.- La jueza de grado ha resuelto la extensión del beneficio de litigar sin gastos concedido al actor para tramitar un proceso de cobro de pesos, a otro proceso en el cual el beneficiario reclamó una indemnización de daños y perjuicios contra la misma parte demandada.

Si bien el texto del art. 86 del CPCyC es claro respecto de la posibilidad de extender el beneficio de litigar sin gastos para litigar contra otra persona, la nota distintiva del supuesto de autos es que el proceso para el cual se hizo extensivo el beneficio cuenta con sentencia firme, desde antes que el actor peticionara la extensión ahora concedida.

Sabido es que el instituto del beneficio de litigar sin gastos tiene raigambre constitucional, ya que es una derivación de lo dispuesto por los arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional, y de la instrucción dada por su Preámbulo respecto a afianzar la justicia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que este beneficio tiende a resguardar el real y efectivo ejercicio de los derechos, sin menguas ni limitaciones derivadas de la situación patrimonial de quién impetra justicia (Fallos 288:382).

Enseña Ramiro Podetti que uno de los principios rectores en el beneficio de litigar sin gastos es su especificidad. Esto quiere decir que el beneficio corresponde y sólo puede corresponder para un proceso concreto (cfr. aut. cit., "Tratado de los actos procesales", Ed. Ediar, 1955, T. II, pág. 499).

No obstante ello, y conforme lo he señalado, el art. 86 del CPCyC permite la extensión del beneficio otorgado para un proceso determinado a otro juicio, previa citación de la persona contra quién se va a litigar.

Como lo pone de manifiesto la a quo, la citación de la persona contra quién se va a litigar es el único recaudo que exige la legislación procesal, pero, más allá de la letra de la norma entiendo que debe indagarse sobre la finalidad de la exención, dado las especiales circunstancias de la causa, con el objeto de determinar si lo resuelto por la jueza de primera instancia resulta ajustado a derecho.

El mismo art. 86 del CPCyC habla de la extensión del beneficio con el objeto de litigar contra otra persona. El texto legal pareciera, entonces, referirse a procesos que se encuentran en trámite, toda vez que si el juicio cuenta con sentencia firme ya se litigó.

La normativa procesal de la Provincia de Córdoba habla de la extensión del beneficio a procesos contemporáneos. El Tribunal Superior de Justicia de dicha provincia ha justificado, aunque por mayoría, la extensión del beneficio en que si ya existe en la jurisdicción un beneficio de litigar sin gastos admitido y tratándose de procesos contemporáneos, razones de economía procesal llevan a evitar que el interesado deba tramitar otro beneficio (Sala Civil y Comercial, "Ferreyra Aliaga c/ Rossi", 4/3/2011, LL on line AR/JUR/4907/2011).

A nivel federal, el código procesal es más estricto ya que solamente contempla la extensión del beneficio para litigar contra otra persona, en el mismo juicio. Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, con voto de su entonces

integrante Dra. Elena Highton de Nolasco, dijo que la extensión del beneficio se circunscribe a la hipótesis de que, mediando litisconsorcio, se haya omitido acordar intervención a algún litisconsorte en el trámite previo a la concesión de la franquicia (Sala A, "Difonsa S.A. c/ Friguglietti", 7/4/1998, JA 2000-III, sínt.).

Cierto es que nuestra legislación procesal no determina expresamente las limitaciones de las normativas referidas, pero, no obstante ello, dichas normas ponen de manifiesto que la tendencia en la extensión del beneficio no es por demás amplia, sino que reconoce límites.

Estos límites se encuentran justificados en que, como lo señala Graciela Susana Rosetti ("El abuso del proceso a través del beneficio de litigar sin gastos", Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2014-1, pág. 297), existe una conducta procesal abusiva, que se desvía de los fines técnicos que el ordenamiento jurídico le ha otorgado a esta institución, por lo que corresponde a la judicatura ser rigurosa en el examen, ya que, como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, "frente a los intereses del peticionante del beneficio se hallan los de su contraria, tan respetables como los de aquél, los que podrían verse conculcados si a un limitado beneficio se lo transforma en indebido privilegio".

Trasladando los conceptos reseñados al caso de autos, preciso es recordar que nos encontramos ante la extensión de un beneficio ya concedido a otro proceso.

Luego, el beneficio que se hace extensivo fue concedido con fecha 1 de febrero de 2011 (fs. 141). El proceso al cual se hace extensivo el beneficio cuenta con sentencia firme de esta Cámara de Apelaciones, dictada el día 13 de septiembre de 2012. A su vez, este último proceso tiene un beneficio de litigar sin gastos peticionado pero no resuelto, iniciado en el año 2007.

En estos términos, adelanto opinión respecto a que asiste razón al apelante.

En primer lugar, la finalidad del beneficio de litigar sin gastos es permitir a la persona que no cuenta con los recursos económicos suficientes acceder a los tribunales de justicia, eximiéndose del pago de impuestos, gastos del proceso y de las costas ante el eventual rechazo de su pretensión.

Adviértase que los sistemas procesales citados aluden a procesos contemporáneos y al mismo juicio. Incluso nuestro art. 86 habla de la finalidad de litigar con otra persona. Todo ello hace referencia a que el juicio al cuál se pretende trasladar los efectos del beneficio concedido tiene que estar iniciado o próximo a iniciarse, ya que ese es el objetivo de la franquicia, permitir el acceso a la instancia judicial para hacer valer los derechos.

El art. 78 del CPCyC habilita la promoción del beneficio de litigar sin gastos antes de promover la demanda o en cualquier estado del proceso, pero va de suyo que tiene que haber un proceso en trámite. Si la instancia se encuentra cerrada por el dictado de la sentencia definitiva, la que, además, está firme, no hay proceso abierto, el juicio está terminado. Por ende, mal puede promoverse un beneficio de litigar sin gastos, o su extensión, si no hay proceso, porque éste finalizó.

En el caso bajo análisis el actor ha tenido pleno acceso al sistema de justicia, obteniendo una sentencia firme, claro que contraria a sus intereses.

De ello se sigue que la petición de la extensión del beneficio a dicho trámite, ya concluido, lo es al solo efecto de evitar el pago de las costas procesales.

Si bien resulta factible que se dicte resolución en un beneficio de litigar sin gastos con posterioridad al dictado de la sentencia de fondo, no encuentro que lo mismo suceda con la extensión del beneficio. Una cosa es que la parte peticionante no haya podido concluir con la tramitación del beneficio antes del dictado de la sentencia, y otra, distinta, es que la parte actora, perdidosa en el juicio con sentencia firme, intente trasladar los efectos de un beneficio ya otorgado a un proceso finiquitado antes de pedir aquella extensión.

La extensión del beneficio resulta procedente en tanto y en cuanto el juicio en el cual se pretende hacer valer los efectos de aquél se encuentre en trámite.

De otro modo se estarían alterando situaciones jurídicas definitivamente consolidadas mediante la introducción de una franquicia que no se tramitó con anterioridad al fallo de fondo y que persigue, no la efectiva tutela judicial, sino la frustración de los derechos de los acreedores por las costas del proceso. Se distorsiona de este modo la finalidad tenida

en miras por el legislador al reglar el beneficio de litigar sin gastos, configurándose, conforme lo sostiene Graciela Susana Rosetti, un abuso procesal.

Más aún cuando la concesión del beneficio que se extiende ha sido resuelta con cuatro años de antelación al momento de la extensión; y se cuenta con un beneficio de litigar sin gastos iniciado para el juicio de daños y perjuicios, a la fecha inconcluso.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recuso de apelación de autos y revocar el resolutorio apelado, rechazando el pedido de extensión del beneficio de litigar sin gastos.

Las costas por la actuación en la presente instancia, en atención a la naturaleza de la cuestión planteada y su complejidad, se imponen en el orden causado (art. 68, 2da. parte CPCyC), difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Sin perjuicio de mantener la postura que sustentara en la causa 349.581, al dictar la resolución del 29 de mayo del 2014 en relación a la legitimación del apelante, adhiero al voto que antecede por compartir sus fundamentos, a lo que añado lo que expresara en la decisión antes aludida.

Por ello, esta Sala II.

RESUELVE:

I.- Revocar el resolutorio de fs. 155/vta., rechazando el pedido de extensión del beneficio de litigar sin gastos.

II.- Imponer las costas de Alzada el orden causado (art. 68, 2da. parte CPCyC).

III.- Diferir la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Micaela S. Rosales – SECRETARIA

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

**"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ PARDO JOSE FERNANDO S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 463660/2012) – Sentencia: 121/15 – Fecha: 08/09/2015

DERECHO PROCESAL: Apremio.

EJECUCION DE DEUDA. CERTIFICADO LIBRE DEUDA. RECONOCIMIENTO DE PAGO.

1.- Corresponde revocar la sentencia de trance y remate, y en consecuencia hacer lugar a la excepción de pago total, por cuanto de las constancias de la causa se desprende que la propia Dirección Provincial de Rentas, dejó constancia en el certificado de deuda adjuntado, que: "Por la presente se CERTIFICA que … ha efectuado los pagos correspondientes al Impuesto Inmobiliario por los períodos exigidos hasta el 31/12/2013…", reconociendo que éste había efectuado los pagos correspondientes hasta la fecha indicada.

2.- Establece el artículo 105 del Código Fiscal que: "La prueba del pago deberá consistir exclusivamente en los recibos otorgados por funcionarios o reparticiones fiscales o constancias e instrumentos públicos o en actuaciones judiciales. El comprobante respectivo deberá acompañarse al oponerse la excepción. La prueba de las demás excepciones deberá ofrecerse en el escrito en que se opongan. No procediéndose de esta manera serán rechazadas sin más trámite, siendo inapelable el pronunciamiento." (cfme. arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 20 y 505 del Cód. Civil; 87 y ss., 98 inc. 2, del Cód. Fiscal; y 605 del Cód. Procesal).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 8 de septiembre de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ PARDO JOSE FERNANDO S/ APREMIO", (Expte. Nº 463660/12), venidos en apelación del Juzgado de JUICIOS EJECUTIVOS N° 3, 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 fs. 62/64 rechaza la excepción de pago total, por considerar que el certificado de libre deuda adjuntado ha sido emitido al solo efecto de la escrituración, por lo que no reúne los requisitos de pago documentado a los fines de la viabilidad de la excepción interpuesta.

En su presentación de fs. 67/70, la demandada expone que le causa agravios a su parte la interpretación que efectúa la jueza de grado, la que califica de rígida, formal y ausente de razonamiento coherente y lógico, en cuanto rechaza la excepción de pago por no contener la formalidad que establece el Código Fiscal de la Provincia.

Señala que, el certificado de libre deuda acompañado es título suficiente para justificar la excepción de pago interpuesta por su parte, en función de que es un título que emana del ejecutante, individualiza la nomenclatura catastral del inmueble, estipulando que sobre el mismo no hay deuda alguna.

Critica la interpretación que hace la a-quo, en cuanto a que el certificado de libre deuda ha sido emitido solo a fin de posibilitar la transferencia del inmueble.

Sostiene que, si se reclama una deuda emitida por un ente (Rentas) y el mismo indica que no hay deuda respecto del objeto materia del reclamo, es arbitraria y carente de total lógica la aseveración e interpretación de que el libre deuda es al sólo efecto de transferir el inmueble, ya que dicho documento también es válido para demostrar que si se canceló la suma aquí reclamada, el certificado prueba la cancelación de la misma.

A fs. 71 se ordeno correr traslado a la contraria, quién vencido el plazo no contesta.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, adelanto que el recurso de apelación interpuesto por el demandado tendrá acogida favorable.

Así, el artículo 105 del Código Fiscal, establece: "La prueba del pago deberá consistir exclusivamente en los recibos otorgados por funcionarios o reparticiones fiscales o constancias e instrumentos públicos o en actuaciones judiciales. El comprobante respectivo deberá acompañarse al oponerse la excepción. La prueba de las demás excepciones deberá ofrecerse en el escrito en que se opongan. No procediéndose de esta manera serán rechazadas sin más trámite, siendo inapelable el pronunciamiento." (cfme. arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 20 y 505 del Cód. Civil; 87 y ss., 98 inc. 2, del Cód. Fiscal; y 605 del Cód. Procesal).

Por su parte, la doctrina judicial, ha sostenido que: "Los tribunales están obligados a tratar y resolver adecuadamente las defensas fundadas en la inexistencia de deuda que se plantean en los juicios de apremio, siempre que ello no presuponga el examen de otras cuestiones cuya acreditación exceda el limitado ámbito de estos procesos." (CSJN,

16.3.99, Asociación de Obras Sociales de Trelew c. Agua y Energía Eléctrica Soc. del Estado, p. 332, Juicio Ejecutivo, Amadeo).

De las constancias de la causa, se desprende que la propia Dirección Provincial de Rentas, que emite la boleta de deuda de fs. 2 y 3 (período 2006/2010), ha dejado constancia en el certificado de deuda adjuntado por el demandado (fs. 38) que: "Por la presente se CERTIFICA que el contribuyente PARDO, JOSÉ FERNANDO, Nomenclatura 093004517120000, ha efectuado los pagos correspondientes al Impuesto Inmobiliario por los períodos exigidos hasta el 31/12/2013…". por lo que tal circunstancia resulta reconocimiento suficiente para acoger la defensa de pago planteada.

Ello es así, en función de que la propia actora que inicia la ejecución, reclamando los tributos inmobiliarios por el período año 2006/2010, conforme certificado de deuda de fs. 2/3, reconoce en el libre deuda adjuntado por el demandado, que éste ha efectuado los pagos correspondientes al impuesto inmobiliario hasta el 31/12/2013.

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propicio se haga lugar al recurso de apelación interpuesto por el demandado y en consecuencia se revoque la sentencia de trance y remate apelada en toda sus partes, rechazándose la presente acción con costas a cargo de la actora, atento a su carácter de vencida, debiéndose proceder a regular los honorarios de los profesionales intervinientes.

Tal mi voto.

El Dr. Marcelo Juan MEDORI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Revocar la sentencia de trance y remate de fs. 62/64, haciendo lugar a la excepción de pago total interpuesta y, en consecuencia, rechazar la demanda incoada en todas sus partes.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a la actora vencida (art. 558 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de la instancia de grado a los letrados intervinientes en las siguientes sumas: para los Dres. ... y ..., patrocinantes de la demandada, de PESOS CUATRO MIL TRESCIENTOS ($4.300) en conjunto y para el Dr. ..., apoderado, de PESOS UN MIL SETECIENTOS TREINTA ($1.730). (Arts. 6, 7, 9, 10, 11 y 40 Ley 1594).

4.- Regular los honorarios de los letrados de la demandada intervinientes en esta Alzada, en el 35% de lo establecido en el punto 3 a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez – SECRETARIA

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

**"VIDELA HORACIO FABIAN C/ GUEVARA ARIEL ALEJANDRO S/ EJECUCION DE HONORARIOS E/A 43172/2010"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 720/2015) – Interlocutoria: 369/15 – Fecha: 08/09/2015

DERECHO PROCESAL: Actos procesales.

HONORARIOS. PROCEDIMIENTO DE EJECUCION. PRUEBA DE INFORMES. OFICIO. GRAVAMEN FISCAL. ARANCEL. EXIMICION. INCLUSION EN PLANILLA DE LIQUIDACION.

Deberá revocarse la resolución que desestima la eximición del pago del arancel impuesto por la AFIP, debiéndose en consecuencia librar el oficio solicitado por el ejecutante –en los términos del art. 400 del C.P.C.y C-, haciéndose saber que el arancel informado será incluido oportunamente en la planilla de liquidación definitiva junto a los demás gastos procesales, [...].

**Texto completo:**

NEUQUEN, 8 de septiembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "VIDELA HORACIO FABIAN C/ GUEVARA ARIEL ALEJANDRO S/ EJECUCION DE HONORARIOS E/A 43172/2010" (Expte. INC Nº 720/2015) venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 4 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,

El Dr. Medori dijo:

I.- Que la parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria del 21 de abril del 2015 (fs. 10), presentando memorial a fs. 13/15.

Argumenta que el juez de grado incurre en arbitrariedad al desestimar la eximición del pago del arancel impuesto por la AFIP cuando el abogado es un trabajador y la ejecución honoraria se encuentra exenta de todo gravamen fiscal, siendo de aplicación la gratuidad prevista en los arts. 16 de la ley 921 y 59 de la ley 1594.

Solicita se revoque el fallo recurrido, haciendo lugar a lo peticionado.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis rechaza el requerimiento incoado por el actor referido al libramiento de oficio a la AFIP para que se abstenga de cobrar un arancel por la recepción del pedido informativo en los términos del art. 400 del CPCC, en razón de que el mismo se encuentra aprobado por el PE de conformidad a lo previsto en el art. 398 del mismo código, encontrándose la ejecución exenta de gravámenes fiscales más no administrativos y siendo inaplicable la ley de procedimiento laboral.

Surge de las presentes actuaciones que el actor persigue el cobro de honorarios regulados judicialmente (fs. 7); habiéndose decretado embargo sobre los haberes del perseguido en la proporción legal, se consigna que oportunamente se incluirán en la planilla de liquidación los montos correspondientes a Tasa de Justicia y Contribución al Colegio de Abogados (fs.

8). El recurrente denuncia que la AFIP le exige previo pago de arancel para tramitar el mencionado oficio judicial, encontrándose exento de todo pago según los arts. 59 de la ley arancelaria y 16 de la ley laboral, y debiéndose incluir el gasto en la liquidación definitiva oportunamente (fs. 9).

El artículo 59 de la ley 1.594 dispone expresamente: "De los Honorarios. Procedimiento de ejecución. La regulación judicial firme constituirá título ejecutivo contra el condenado en costas y solidariamente contra el beneficiario del trabajo profesional. La ejecución se sustanciará en incidente separado con nota en el principal, por el procedimiento de ejecución de sentencia y ante el mismo juzgado. Estará exenta del pago de todo gravamen fiscal, la ejecución de honorarios profesionales, sin perjuicio de incluirse en la liquidación definitiva a cargo del deudor". (cfme. arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; y 398 del Cód. Proc.).

El Código Fiscal define los distintos tributos: "Impuestos. Artículo 2º. Son impuestos las prestaciones pecuniarias que, por disposición del presente Código o leyes especiales, estén obligadas a pagar a la Provincia las personas que realicen actos, contratos u operaciones o se encuentren en situaciones que la ley considere como hechos imponibles. Es hecho imponible, todo hecho, acto, contrato, operación o situación de la vida económica de los que este Código o leyes fiscales especiales hagan depender el nacimiento de la obligación impositiva.

Tasas. Artículo 3º. Son tasas las prestaciones pecuniarias que, por disposición del presente Código o de leyes especiales, estén obligadas a pagar a la Provincia las personas como retribución de servicios administrativos o judiciales prestados a las mismas.

Contribuciones. Artículo 4º. Son contribuciones las prestaciones pecuniarias que por disposición del presente Código o de leyes especiales, estén obligadas a pagar a la Provincia las personas que obtengan beneficios o mejoras en los bienes de su propiedad o poseídos a título de dueño por obras o servicios públicos generales".

Atento la norma de aplicación transcripta en primer término, la presente ejecución se encuentra libre de "todo gravamen fiscal", entiéndase cualquier tipo de carga de pago al estado, ya sea por impuesto, tasa o contribución, siendo esta clasificación la estipulada por las leyes fiscales, que no se condice con la propuesta por el magistrado. Por otro lado, le asiste razón al recurrente en cuanto a que esta resolución se contradice con la que eximiera del pago de Tasa de Justicia, ya que el arancel de que se trata -como aquella- indudablemente se relaciona con la retribución de servicios, en este caso administrativos.

La norma procesal referida regula los recaudos para la contestación de informes en general, estableciendo que los aranceles deben ser aprobados por el poder ejecutivo, más allá de las exenciones de aplicación en cada caso concreto. Por lo demás, ciertamente la ley de procedimiento laboral no es aplicable al caso, existiendo una norma específica.

La doctrina ha interpretado en tal sentido que: "La exención, establecida por la norma del art. 28 de la ley arancelaria local 5480(27 por texto consolidado ley 8240), lo es, al pago de todo gravamen fiscal, resultando, en consecuencia aprehendidos en la franquicia, el llamado impuesto de justicia, como las tasas que gravan los pedidos de informes en reparticiones públicas y anotaciones de medidas cautelares". ("Honorarios de Abogados y Procuradores", Brito-Cardoso de Jantzon, págs. 134/135).

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteara el recurso, deberá hacerse lugar a la apelación, revocando la resolución recurrida, debiéndose en consecuencia librar el oficio solicitado por el ejecutante, haciéndose saber que el arancel informado será incluido oportunamente en la planilla de liquidación definitiva junto a los demás gastos procesales, sin costas teniendo en cuenta la forma en que se ha suscitado la incidencia.

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 recurrida, debiéndose en consecuencia librar el oficio solicitado por el ejecutante, haciéndose saber que el arancel informado será incluido oportunamente en la planilla de liquidación definitiva junto a los demás gastos procesales.

2.- Sin costas teniendo en cuenta la forma en que se ha suscitado la incidencia.

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"SUCESORES DE IDIZARRI MYRIAN E. C/ ASISTENCIA INTEGRAL S.R.L. S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 11/2012) – Acuerdo: 31/15 – Fecha: 31/08/2015

DERECHO PROCESAL: Extraordianarios locales.

RECURSO DE CASACION. INAPLICABILIDAD DE LEY. APELACION ORDINARIA. RECURSO DESIERTO. EXPRESION DE AGRAVIOS. TECNICA RECURSIVA. CADUCIDAD DE INSTANCIA. PLATAFORMA FACTICA. ELEMENTO SUBJETIVO. INSTANCIA NO PERIMIDA.

1.- Corresponde activar el remedio casatorio dirigido contra el decisorio de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial –Sala II-, por haber incurrido en la causal prevista en el Art. 15, inc. c), de la Ley 1.406, en la ponderación de la expresión de agravios de la parte accionante. Ello así, pues ponderada la suficiencia técnica recursiva se concluye en que la apelación ordinaria bajo examen la satisface, considerando que los agravios no requieren fórmulas sacramentales y que la suficiencia exigida por el rito se cumple cuando se pone de manifiesto el error en que habría incurrido la sentencia atacada. De modo tal que se estima no operativo, en el caso, el Art. 265 del Código Procesal. Esta apreciación permite tener por configurada la existencia de un error en la valoración del escrito recursivo que conduce a la violación de las normas jurídicas procesales aplicables, de todo lo cual resultan conclusiones contradictorias con las constancias de esta causa –pues existen agravios concretos-.

2.- Corresponde dejar sin efecto la caducidad de instancia decretada en autos, toda vez que no puede concluirse que la parte actora se ha desinteresado del desarrollo del proceso (aspecto subjetivo). Dicha diligencia no debe ser apreciada bajo parámetros de excesivo rigor, en desmedro de la garantía de la correcta administración de justicia y del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuya virtud, la instancia no caducó. Ello enerva la presunción de su abandono.

**Texto completo:**

ACUERDO NRO. 31 En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los treintaiún (31) días de agosto de dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. vocales Dres. RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la secretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA T. GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS, para dictar sentencia en los autos caratulados: "SUCESORES DE IDIZARRI MYRIAN E C/ ASISTENCIA INTEGRAL S.R.L. S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS" (Expte. Nº 11- Año 2012) del Registro de la Secretaria interviniente.

ANTECEDENTES: A fs. 398/412 la parte actora interpone recurso por Inaplicabilidad de Ley, contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Neuquén -Sala II- obrante a fs. 392/393 vta., que declara desierto el recurso de apelación deducido por idéntica parte y confirma, en consecuencia, la resolución que declaró operada la caducidad de la instancia.

Corrido el pertinente traslado, responde la parte demandada, conforme escrito glosado a fs. 426/428.

A fs. 447/449, mediante Resolución Interlocutoria Nº 232/12, este Cuerpo habilita la instancia.

A fs. 450/451, el Sr. Fiscal General dictamina que se rechace el recurso extraordinario deducido.

Firme la providencia de autos, y 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 por Inaplicabilidad de Ley incoado? 2) En caso afirmativo, qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

VOTACIÓN: Conforme el orden del sorteo realizado, a la primera cuestión el Dr. OSCAR E. MASSEI, dice:

I. En primer término realizaré un concreto raconto del tema aquí debatido y traído a resolución.

1. A fs. 339 la parte demandada acusa la caducidad de la instancia, de conformidad –dice- con lo dispuesto por los artículos 310 y 311 del C.P.C. y C., toda vez que la parte actora no ha instado el proceso por un espacio de tiempo mayor al previsto en la normativa citada.

Destaca que la última actuación de la actora no ha tenido entidad suficiente para instar el procedimiento -no indica a qué accionar hace referencia-.

2. Corrido traslado, a fs. 342/344, contesta la accionante, quien solicita su rechazo.

Expone que la demandada ha consentido los actos de impulso tanto realizados por su parte como por el tribunal. Apunta también que su contraparte tiene pendiente de presentación un oficio. Argumenta en torno al carácter restrictivo de la perención.

3. A fs. 365/366 obra Resolución de Primera Instancia que hace lugar al pedido de caducidad de instancia.

Considera que la última actuación en el proceso, anterior al planteo de perención es del 20/12/07 –C.P.A.-. De allí deriva que el plazo de 6 meses previsto por el Código de Rito se encuentra ampliamente vencido a la fecha del planteo de caducidad (3/4/2009).

4. Contra dicha Resolución, a fs. 371, la accionante interpone recurso de apelación. Expresa agravios a fs. 374/377.

5. A fs. 392/393 vta. obra resolución de Cámara que declara desierto el recurso de apelación de la parte actora y, en consecuencia, confirma la de anterior grado que declara caduca la instancia.

6. A fs. 398/412 la actora deduce recurso por Inaplicabilidad de Ley. Funda el remedio impetrado en los incisos a), b), y c) del Art. 15° de la Ley 1.406.

Tilda de arbitrario el fallo de Alzada en tanto declaró desierto el recurso de apelación ordinaria -interpuesto por su parte- en los términos del Art. 265 del Código Procesal.

Asevera que criticó de manera concreta y razonada la resolución dictada por el A-quo. En ese sentido, indica los argumentos que –a su criterio- hacen a la procedencia de su planteo (fs. 407). Afirma que la actividad desplegada por la Cámara es arbitraria, además de contradecir su propia doctrina recaída en la causa "Guarda Fabián c/ Cencosud S.A. S/ Despido".

Manifiesta que al privarse de eficacia a la apelación ordinaria se afectó su derecho de defensa en juicio y de acceso a la justicia.

Con relación a la caducidad dictada en Primera Instancia, sostiene que la Jueza, al tomar como última actuación útil el auto del 03/12/07 –del cuaderno de prueba de la actora-, soslayó la actividad posterior, entre otras, la presentación del 20 de marzo de 2009 por la que su parte hizo saber que el juicio sucesorio de la actora fallecida no se había iniciado y solicitó la certificación de las pruebas producidas en la causa.

Asevera que esa presentación fue proveída por el Juzgado el 23 de marzo de 2009.

Manifiesta que la demandada el 2 de abril del 2009 planteó la caducidad de la instancia.

Entiende que el último acto impulsorio del proceso fue efectuado por su parte, con anterioridad al pedido de caducidad de instancia, el que además constituyó una actuación útil tendiente a instar el procedimiento. Por ende, idónea para interrumpir dicho plazo (cfr. fs. 409).

También, alega que el juzgado de origen recién mediante el dictado del auto de fecha 18 de diciembre de 2009 otorgó a los hijos de la occisa participación para actuar en el proceso, no obstante haberse denunciado el fallecimiento el 3 de octubre del 2007.

Todo lo cual, considera que viola la doctrina legal de este Tribunal, en orden al carácter excepcional y restrictivo del instituto de la caducidad de instancia, a la par de afectar derechos de orden constitucional, tal el de defensa en juicio y acceso a la justicia.

7. Corrido el correspondiente traslado, a fs. 426/428, obra contestación de la demandada quien solicita se declare inadmisible el recurso, con costas.
8. Mediante R.I. Nº 232/2012, obrante a fs. 447/449 se declaró admisible el recurso por Inaplicabilidad de Ley interpuesto por la actora (Art. 15º, incs. a), b) y c), de la L.C.).
9. A fs. 450/451 dictamina el señor Fiscal ante el Cuerpo quien propicia se rechace el recurso por Inaplicabilidad de Ley con fundamento en el Art. 15º, inc. c), de la Ley Nº 1.406, y que deviene abstracto el análisis de las restantes causales admitidas.
II. Abierta la vía casatoria a través del carril de Inaplicabilidad de Ley, en virtud de las causales previstas en los incs. a), b) y c) del Art. 15º de la Ley 1.406, 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 Nº 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.
Se ha precisado que esta causal se configura en la especial hipótesis en que la judicatura de grado, al sentenciar, incurre en una operación intelectual que la lleva a premisas o conclusiones que transgreden las leyes de la lógica o del raciocinio (cfr. Acuerdo Nros. 15/2012 "Arce Esteban c/ Loma Negra s/ Laboral". También Acuerdos Nros.50/92, 80/93, 115/95, 15/12, 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. Nº 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. Nº 59/2001; 175/2010; 117/2011, ambas del Registro de la Actuaria).
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.
Sobre la base de los parámetros expuestos, debe constatarse si la decisión que declaró desierto el recurso ordinario de apelación, incurrió en los vicios que se denuncian.
III. 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, T° 2, pág. 472, citado en voto disidente ACUERDO N° 15/01 "BENEDITTI", del Registro de la Actuaria).

Ahora bien, aun cuando, como se 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 la deserción del recurso por no reunir la expresión de agravios los requisitos internos de suficiencia de fundamentación debe ser interpretada restrictivamente, 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 N° 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.

Trasladados tales conceptos al presente debemos examinar la resolución de fs. 392/393 vta. en la que la Alzada concluye:

"[…] en el escrito de sostenimiento del recurso […] el quejoso limita su actividad a discrepar con los términos de la resolución y expresar frases en forma genérica que podrían aplicarse a cualquier decisorio. Incluso la referencia a un consentimiento de actuaciones posteriores al cumplimiento del plazo de caducidad previsto por el art. 310 inc. 1° del CPCyC, no indica cuáles son aquellas o rebaten lo expresado por la juez a-quo, en cuanto a la falta de actividad entre el 20/12/07 al 3/04/09 transcurridos con exceso los seis meses, de ahí que la queja es sólo aparente y pierde toda consistencia además de carecer de exactitud y ser absolutamente ineficaz."

Sin embargo, a su turno, la actora expresó diversos argumentos concretos relacionados con los actos puntuales de esta causa y, en consecuencia, no aplicables a cualquier decisorio –tal como sostiene al Alzada-. Así, expuso la parte que había solicitado certificación de prueba en su cuaderno de prueba el 20/3/2009; que la única prueba restante es de la accionada; que la actora falleció y el trámite fue suspendido; que el pronunciamiento se aparta del principio de interpretación restrictiva con que debe analizarse el instituto de la caducidad de instancia; además de no contemplar la etapa en que se encontraba el proceso (fs. 374/377).

Reseñado lo expuesto, debo coincidir con lo manifestado por la parte recurrente. Es que, en efecto, al analizar dicha pieza procesal, se advierte que, aplicando los criterios amplios expuestos en los considerandos que anteceden, el memorial de la actora cumple con los recaudos previstos por el ritual, 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 la sentencia de Primera Instancia, en tanto se indicó los defectos del pronunciamiento atacado.

En efecto, para sostener la apelación deducida allí se invocó la eficacia interruptiva de su actuación de marzo de 2009; la interpretación restrictiva del instituto en un caso en que el proceso se encontraba avanzado. Por ello, debió ser abordado por la Judicatura.

No podemos perder de vista la particularidad de la materia discutida y que se encuentra comprometida la prescripción del derecho que se pretende hacer valer por medio de este proceso.

En este entendimiento, la tarea intelectiva plasmada en el resolutorio bajo examen soslaya el examen concreto del argumento expuesto por la actora –si bien aislado, trascendente- referido al criterio restrictivo con el cual debe interpretarse la caducidad de instancia. Además, la necesaria demostración de la voluntad de abandono –aspecto subjetivo-.

Tenemos entonces que, ponderada la suficiencia técnica recursiva se concluye en que la apelación ordinaria bajo examen la satisface, considerando que los agravios no requieren fórmulas sacramentales y que la suficiencia exigida por el rito se cumple cuando se pone de manifiesto el error en que habría incurrido la sentencia atacada. De modo tal que se estima no operativo, en el caso, el Art. 265 del Código Procesal.

Esta apreciación permite tener por configurada la existencia de un error en la valoración del escrito recursivo que conduce a la violación de las normas jurídicas procesales aplicables, de todo lo cual resultan conclusiones contradictorias con las constancias de esta causa –pues existen agravios concretos-.

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 (Art. 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 el desvío lógico constitutivo del absurdo, nos encontramos ante una incorrecta fijación de la plataforma fáctica sobre la cual basó su decisión la judicatura de Alzada.

Ello, produjo una errónea subsunción de un elemento fáctico relevante en la norma aplicable, que deriva, también, en la infracción de la normativa que rige la materia.

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.

IV. A la luz del Art. 17°, inc. c), del Ritual Casatorio, corresponde recomponer el litigio mediante el examen de la expresión de agravios de la actora, en los tópicos antes señalados.

En primer término, debe considerarse que tratándose la caducidad de instancia de un instituto cuya aplicación puede obstruir derechos de raigambre constitucional, su viabilidad debe ser considerada por el órgano jurisdiccional dentro de un marco de prudencia y con criterio restrictivo (cfr. C.S.J.N., FALLOS: 323:2067, del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo. Asimismo, R.I. N° 65/06 del Registro de la Actuaria).

Por otro lado, resulta sabido que:

"[…] la caducidad de la instancia es un instituto procesal de orden público, cuyo fundamento objetivo es la inactividad por un tiempo determinado de los litigantes, quienes ante el desinterés demostrado de esta forma tienen su sanción" (cfr. MORELLO-SOSA-BERIZONCE, "Códigos Procesales…", Tomo IV-A, pág. 105 y 106, citado en R.I. N° 19/01 del Registro de la Actuaria).

De allí que deba ser entendida como la institución que, como consecuencia de la falta de diligencia o actividad de la parte –que tenía la carga procesal de actuar-, produce la extinción de la instancia abierta (cfr. ENRIQUE M. FALCÓN, Tratado de Derecho Procesal, Civil y Comercial", Rubinzal Culzoni Editores, Tomo III, pág. 707 y s.s., Santa Fe, 2006,).

Por tal motivo, para declarar operado el instituto en cuestión, resulta necesario indagar, por un lado, que –efectivamente- exista en cabeza de la parte la obligación de instar las actuaciones, y por otro, que además del cumplimento del plazo legalmente establecido (aspecto objetivo), se constate un efectivo abandono del proceso (aspecto subjetivo) (cfr. Acuerdo N° 32-2012 "NAHUELCAR" del Registro de la Secretaría Civil).

Sobre la base de tales parámetros corresponde analizar lo acontecido en autos.

Para juzgar correctamente, no podemos dejar de lado las circunstancias que rodearon el caso –muerte de la actora; suspensión del trámite dispuesta, a fs. 338, el 20 de octubre de 2007; la posterior reanudación, a fs. 206 -C.P.A.- el 20 de diciembre de 2007; el escrito presentado por la actora el 20 de marzo de 2009 (fs. 211, C.P.A.) mediante el cual solicita se certifiquen las pruebas- que relevan la voluntad de dicha parte de mantener vivo el proceso.

Ello arroja duda razonable y quita certeza a la configuración del pretenso abandono –presupuesto subjetivo- que autorice a tener por perimida la instancia. Dicho presupuesto resulta indispensable para la procedencia del acuse formulado, lo que me lleva, por consiguiente, a desechar la aplicación en la especie de esta medida excepcional y de interpretación restrictiva.

Pues, acorde las circunstancias descriptas, no puede concluirse que la parte actora se ha desinteresado del desarrollo del proceso (aspecto subjetivo).

Dicha diligencia no debe ser apreciada bajo parámetros de excesivo rigor, en desmedro de la garantía de la correcta administración de justicia y del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuya virtud, la instancia no caducó. Ello enerva la presunción de su abandono.

Este modo anormal de terminación de un proceso supone el abandono voluntario del trámite procedimental durante los lapsos que la ley determina. Su fundamento radica en la presunción de desinterés que exterioriza la referida falta de actividad (cfr. C.S.J.N. FALLOS: 323:3204).

De allí la importancia que tiene el correcto análisis de la conducta asumida por la actora. Resulta necesario ponderar el conjunto de actitudes de la parte y realizar el examen en favor de la subsistencia de la instancia, en tanto, en caso de duda, corresponde una interpretación restrictiva para decretar el instituto en cuestión (C.S.J.N., FALLOS: 323:44).

Sobre el tema, nuestra par bonaerense ha expresado:

"Es sabido que la caducidad de instancia constituye una medida de carácter excepcional y por lo tanto de interpretación restrictiva, cuya configuración depende de la concurrencia de ciertos recaudos, entre los cuales cabe destacar […] el desinterés inequívoco de la parte interesada en la prosecución del trámite, mediante un comportamiento que impida que se llegue al final del pleito. Dicho de otro modo, debe quedar evidenciada la voluntad del litigante de hacer abandono del proceso […]" (cfr. S.C.J.B.A., L90819).

A su vez, el Máximo Tribunal postuló que la perención debe responder a las particularidades de cada caso (FALLOS: 308:2219; 319:1142).

Por ello, no puede dejar de considerarse el avanzado estado del trámite en el que prácticamente el único acto procesal faltante es el dictado de la sentencia definitiva. Además, se trata de un proceso de larga data, iniciado el 13 de marzo de 1998.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha expresado:

"Por ser la caducidad un modo anormal de terminación del proceso y la interpretación restrictiva, la aplicación que de ella se haga debe adecuarse a ese carácter, máxime cuando el trámite del juicio se encuentra en estado avanzado y los justiciables lo han instado durante años" (FALLOS: 310:1009; 324:3458; 325:3392).

Y si bien es cierto que el instituto analizado tiende a evitar la indefinida prolongación de los juicios, él no constituye un artificio tendiente a impedir un pronunciamiento sobre el fondo del pleito o a prolongar las situaciones de conflicto, sin perder de vista la lealtad en el debate y la buena fe procesal (cfr. Acuerdo N° 37/2006 en autos "NAHUELCAR" del Registro de la Secretaría Civil).

En tal orden de ideas, debe privilegiarse poner fin al conflicto de manera definitiva antes que aniquilar un proceso sin resolver el litigio; cuando el proceso se halla en estado avanzado y durante un largo tiempo las partes lo han instado, la caducidad ocasiona serios perjuicios y demoras injustificadas. Sólo se justifica la institución cuando hay un evidente estado de abandono (cfr. ARAZI, ROLAND, "Caducidad de la instancia: impulso de las partes y deberes de los jueces" Revista de Derecho Procesal, 2012-1, Modos anormales de terminación del proceso, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa fe, 2012, pág. 162).

La perención debe estimarse como una medida excepcional y por lo tanto, de aplicación restrictiva, orientando la decisión a mantener vivo el proceso.

Por lo demás, el criterio interpretativo propiciado, parte de lo que al presente ya es un lugar común en materia de caducidad, en el sentido de que su declaración debe ser excepcional.

En consecuencia, el Ad-quo ha realizado una incorrecta interpretación que perjudica irreparablemente a la parte actora con la pérdida del proceso.

De conformidad con los fundamentos expuestos, el rechazo del acuse de caducidad de instancia se impone como la solución que mejor satisface al valor justicia, lo que se traduce en preservar la posibilidad de que el conflicto pueda agotar todas las etapas previstas por el ordenamiento legal.

Por ello, conforme los fundamentos apuntados, corresponde rechazar el planteo de caducidad formulado por el accionado, con costas a su cargo.

Sobre el particular, cabe instar fervientemente a las todas las partes involucradas en este singular conflicto, con especial mención a la representación letrada de la actora, a redoblar sus esfuerzos en pos de conducir eficientemente este proceso judicial a su fin natural: la resolución de esta contienda.

V. Con arreglo al criterio expuesto, corresponde casar el decisorio impugnado por haber incurrido en la causal prevista en el Art. 15, inc. c), del Ritual Casatorio, en la apreciación del memorial de agravios de la actora, y en virtud de que los elementos sopesados resultan 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 de la apelación deducida por la actora; en su mérito, revocar el decisorio de Primera Instancia, y rechazar el pedido de perención formulado.

VI. Que, con respecto a las costas devengadas en todas las instancias, habrán de imponerse al demandado vencido, 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 17° de la Ley Ritual). VOTO POR LA AFIRMATIVA.

El Señor vocal Dr. Ricardo T. KOHON, dice: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor OSCAR E. MASSEI y la solución a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, oído el Señor Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Declarar PROCEDENTE el recurso por Inaplicabilidad de Ley interpuesto por la actora, a fs. 398/412, conforme lo considerado, y CASAR el decisorio de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial –Sala II-, obrante a fs. 392/393 vta., por haber incurrido en la causal prevista en el Art. 15, inc. c), de la Ley 1.406, en la ponderación de la expresión de agravios de la parte accionante. 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 el decisorio de Primera Instancia, obrante a fs. 365/366, dejando sin efecto la caducidad de instancia decretada en autos. Por lo que deberá continuarse el presente trámite. 3°) IMPONER las costas de todas las instancias al accionado en su condición de vencido, dejando sin efectos los honorarios regulados en Primera Instancia (Art. 17 L.C. y 68 y 279, del C.P.C. y C.). 4°) Atento lo dispuesto en el punto inmediato anterior, en origen deberán readecuarse los honorarios profesionales, al nuevo sentido del pronunciamiento y conforme a Ley Arancelaria 1.594 y su modificatoria, Ley Nro. 2.933, a cuyo fin se regulan los honorarios de los letrados intervinientes –doctor … y doctora …-, ante la Alzada y en la etapa Casatoria en un 30% y un 25%, respectivamente, de lo que les corresponda por su actuación en idéntico carácter en primera instancia (Art. 15° de la Ley Arancelaria). 5°) DISPONER la devolución del depósito efectuado por la recurrente, cuyas constancias lucen a fs. 397 y 440 (Art. 11° de la Ley 1.406). 6°) Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvanse los autos a origen.

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

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

Dra. MARIA T. GIMÉNEZ DE CAILLET-BOIS – Secretaria

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

**"BENIZ HUGO ALEJANDRO C/ B. J. SERVICES S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 11/2009) – Acuerdo: 32/15 – Fecha: 31/08/2015

DERECHO PROCESAL: Extraordianarios locales.

RECURSO DE CASACIÓN. RECURSO DE NULIDAD EXTRAORDINARIO. PRINCIPIO DE CONGUENCIA. FACULTADES DE LA ALZADA. REMUNERACION DEL TRABAJADOR. ENFERMEDAD INCULPABLE. LICENCIA. PAGO DE HABERES. PERIODO. RESERVA DE PUESTO. RECHAZO DE LA DEMANDA.

1.- Al resultar procedente el recurso de Nulidad Extraordinario interpuesto por la parte demandada, corresponde nulificar el decisorio de la Cámara de Apelaciones por ser portador del vicio de incongruencia, toda vez que en su actuación hubo exceso de la competencia que ejerce, al juzgar sobre circunstancias fácticas distintas de las planteadas por las partes, pretender modificar aspectos que se encontraban firmes y decidir sobre cuestiones no planteadas. De tal forma, se desbordó el ámbito de conocimiento del recurso en violación al principio del tantum devolutum quantum apellatum (expresión del principio de congruencia en la instancia recursiva), lo que importa afectación al derecho constitucional de defensa.

2.- Cabe señalar que nuestro ordenamiento jurídico establece que los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales se rigen conforme el sistema establecido en la Ley N° 24.557, sobre Riesgos del Trabajo, motivo por el cual no resulta procedente decidir respecto de aquellos eventos dañosos y sus consecuencias legales en el marco de la presente acción que tiene por objeto el cobro de haberes con fundamento en el Art. 103 L.C.T.

3.- Por imperio de lo dispuesto en el Art. 21° de la Ley ritual, corresponde recomponer el litigio mediante el acogimiento del recurso de apelación deducido por la demandada y rechazar la demanda promovida por el actor. Este proceso se acota a determinar si le asiste derecho al trabajador a la percepción de los salarios correspondientes a dic/06 y enero/07, pretensión que funda en el Art. 103 L.C.T. Sin embargo, se advierte que la empleadora sostiene que no corresponde la aplicación del Art. 103 L.C.T. porque el actor estaba incapacitado y no podía estar a disposición de su parte. Ello así, al estar acreditado que la accionada ha cumplido con el pago del período de licencia por enfermedad previsto en el Art. 208 L.C.T., y comunicado el inicio del período de reserva de puesto conforme el Art. 211 de idéntica ley a partir del 30/11/06, por lo que el reclamo de los haberes de diciembre/06 y enero/07 resulta improcedente.

**Texto completo:**

ACUERDO Nro. 32. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los treintaiún (31) días de agosto de dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada con los Sres. vocales doctores RICARDO T. KOHON y OSCAR E.MASSEI, con la intervención de la secretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA T. GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS, para dictar sentencia en los autos caratulados "BENIZ HUGO ALEJANDRO C/ B.J. SERVICES S.R.L. S/ COBRO DE HABERES" (Expte. N° 254 - año 2009) del Registro de la Secretaría interviniente.

ANTECEDENTES:

A fs. 384/403, la demandada –B.J. SERVICES S.R.L.- deduce recurso de Nulidad Extraordinario contra la sentencia de fs. 374/376, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Neuquén, Sala II, que confirma el pronunciamiento de Primera Instancia que hace lugar a la demanda promovida por Hugo Alejandro BENIZ.

La parte actora contesta el traslado de ley; y a fs. 425/426 vta., mediante Resolución Interlocutoria N° 178/10, se declara admisible el recurso deducido.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes

CUESTIONES: a) ¿Resulta procedente el recurso de Nulidad Extraordinario? b) En caso afirmativo, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? c) Costas.VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el Dr. RICARDO T. KOHON, dice:

I. Considero necesario efectuar una síntesis de los extremos relevantes de la causa, de cara a la impugnación extraordinaria deducida.

1. El actor promueve demanda contra B.J. SERVICE S.R.L., en reclamo del cobro de haberes por la suma de $12.632,08, con más intereses y costas.

Afirma que la relación laboral se inicia el 15 de agosto de 2000, que el actor realizaba tareas como operador especializado y percibía una remuneración de $6.316,04.

Refiere que el 11 de mayo del 2004, aproximadamente entre las 2 y las 3 horas, cuando se encontraba laborando en el establecimiento de la empresa Chevron, para la cual la demandada realizaba trabajos contratados, ocurre un accidente.

Dice que mientras se realizaban tareas de armado de boca de pozo para fracturar, a un operario se le suelta un caño que se desprende e impacta en su rostro y a consecuencia de ello, sufre la rotura de huesos faciales, con dolores de cabeza y ceguera temporal.

Relata que el accidente se pone en conocimiento de la Dirección de Personal de la empresa, en la persona del jefe de la base, quien le manifiesta que se encargaría de la situación.

Dice que como consecuencia del accidente debe guardar reposo por muchísimos meses y que al no llegar la ayuda prometida, en fecha 1/09/05 intima mediante carta documento el pago de daños y tratamiento. Señala que había pactado con B.J. Services S.R.L, el no aviso del siniestro a Chevron para mantener la vinculación contractual entre ambas empresas.

Explica que la Comisión Medica N° 9 dictamina el 17/11/05 que por lo extemporáneo de la denuncia resulta imposible relacionar la sintomatología con el accidente invocado, por lo que la A.R.T. no está obligada a brindar prestaciones.

Manifiesta que en fecha 29/11/06, la empleadora remite carta documento comunicando que a partir del 30 de ese mes comienza el período de reserva de trabajo en virtud del Art. 211 L.C.T.

Por su parte rechaza esa misiva por similar vía, expresando que el reposo se debía a un accidente de trabajo y no a una enfermedad o accidente inculpable e intima el pago de haberes.

En definitiva, reclama en este proceso el pago de los salarios correspondientes a diciembre/06 y enero/07 por un total de $12.632,08, posteriores a la notificación de inicio de período de reserva de puesto.

2. Corrido el pertinente traslado de la demanda fs. 37/41 vta. se replica sosteniendo que el reclamo es improcedente, que el actor no sufrió ningún accidente de trabajo y por ende, la notificación de reserva de puesto en los términos del Art. 211 L.C.T. que efectivizó su parte resulta acertada.

Niega que la dolencia del actor sea a causa de un accidente de trabajo y expresa que el Sr. Beniz estuvo trabajando varios meses después del presunto accidente.

Señala que ante la carta documento del trabajador, la empresa realiza la denuncia ante la A.R.T. y ésta desconoce el carácter laboral de la dolencia que dice padecer el accionante (C.D. del 23 de agosto de 2005).

Afirma que la Comisión Médica también concluye en que no hubo accidente de trabajo sin que el actor cuestione ese dictamen.

Sostiene que vista la problemática desde la Ley de Contrato de Trabajo, al cabo del período de licencia paga, comenzó el de reserva de puesto y el cobro de salarios que pretende el actor es improcedente.
Y que, desde la perspectiva de la Ley de Riesgo del Trabajo (Art. 13), el plazo máximo de pago de la prestación es por un año y debe ser abonada por la A.R.T., mientras que la empresa, solo limitarse a reservarle el puesto de trabajo.
Concluye: el actor no posee derecho al cobro de los salarios que reclama y su pretensión debe ser rechazada.
3. A fs. 335/340 la sentencia de primera instancia hace lugar a la demanda -en cumplimiento del Art. 103 L.C.T.- y condena a la empleadora a abonar la suma de $12.632,08, con más intereses, desde el origen del crédito (29/12/06).
Sostiene que de los testimonios brindados surge que el actor sufrió un accidente en ocasión de estar trabajando y que el evento no fue denunciado por la empleadora a la A.R.T.
4. La demandada apela este decisorio. Expresa agravios y solicita incorporación de prueba pericial contable de la causa: "BENIZ, HUGO ALEJANDRO c/ B.J. SERVICES S.R.L. s/ DESPIDO" (Expte. 357.117/7) y subsidiariamente, la producción de prueba en segunda instancia.
5. La Alzada, a fs. 374/376, dicta pronunciamiento que confirma el anterior.
En primer lugar, se rechaza la solicitud de agregación de prueba o producción de prueba denegada en la instancia de grado, por considerar que los recibos acompañados por el actor, no impugnados por la demandada y de conformidad con el Art. 21 Ley 921, ilustran el salario denunciado y resulta innecesaria la prueba que se pretende introducir.
Luego se señala que sin perjuicio de considerar que la dolencia del actor sea culpable o inculpable, la demandada dio por finalizado el período de reserva el 30/11/06, pero no acreditó que el actor hubiera percibido el salario durante un año. Concretamente se observa que no se probó que la licencia por enfermedad hubiera comenzado en noviembre de 2005.
La Cámara sentenciante interpreta que del dictamen de la Comisión Médica realizada en diciembre de 2005 surge que la licencia por enfermedad comenzó en enero de 2005 y que por ello el actor reclama los meses correspondientes a diciembre 2005 y enero 2006.
Asimismo sostiene que no corresponde la aplicación del Art. 103 L.C.T. (que aplica la jueza de primera instancia) sino los Arts. 208, 211 y 9 L.C.T., empero, dado que la demandada no probó el dies a quo del periodo de licencia por enfermedad, propone la confirmación del fallo dictado por el tribunal anterior.
6. La demandada interpone recurso de Nulidad Extraordinario. Aduce que el decisorio de la Alzada es arbitrario por no tener sustento suficiente en las constancias de autos y resultar incongruente (Art. 18, 2°párrafo, Ley 1.406).
a) Sostiene que la Cámara incurre en error en la determinación del presupuesto fáctico al considerar que la empleadora demandada no acompañó recibo alguno que acredite que la licencia por enfermedad había comenzado en noviembre de 2005.
En ese punto, la recurrente señala que los decisores han omitido valorar prueba conducente: el recibo de haberes de octubre de 2005 del cual –sostiene- surge que ya se le estaba abonando la licencia por enfermedad (fs. 148).
Deriva de ello, que si el plazo de licencia es de un máximo de un año, a noviembre de 2006 se encontraba vencido.
Sostiene que el decisorio solo tiene un fundamento aparente y en consecuencia, no cumple con el Art. 166 de la Constitución del Neuquén [en rigor 238], que dispone que las sentencias deben ser motivadas en los hechos y el derecho.
b) Luego, afirma que tampoco fue estimada la prueba pericial contable, que era sumamente necesaria para probar el plazo de licencia por enfermedad.
Refiere que oportunamente solicitó a la Cámara –y le fue rechazada- la agregación de la pericial contable producida en autos: "BENIZ, Hugo Alejandro c/ B.J. SERVICES S.R.L. S/ despido por otras causales" (Expte. 357.117/7) tramitados ante el Juzgado Laboral N° 1, producida con posterioridad a la demanda de autos y de la cual surgía cual era la mejor remuneración normal y habitual, así como también los salarios percibidos por el actor.
Destaca que en la referida pericia, la experta informa que existe un recibo de abril de 2005 en el cual consta que se estaba abonando licencia por enfermedad.

Considera que la Alzada se ha apartado de la doctrina del caso "Colalillo", y se explaya sobre la facultad de la judicatura de disponer medidas para esclarecer los hechos debatidos en pos de la verdad jurídica material.

c) Acusa asimismo la incongruencia del fallo dictado por la Cámara de Apelaciones.

En ese sentido, la recurrente dice: en el pronunciamiento se interpreta que del dictamen de la Comisión Médica de fecha 3/12/05 surge que el actor comenzó su licencia médica en enero de 2005 y que por esa razón estaría reclamando los salarios correspondientes a diciembre de 2005 y enero de 2006.

Expresa, la quejosa, que al apreciar la prueba de la Comisión Médica de tal manera incurre en incongruencia ya que condena a pagar los salarios de diciembre 2005 y enero de 2006, cuando el actor reclama en su demanda y lo reitera en su contestación de agravios, el pago de haberes de diciembre de 2006 y enero de 2007.

II. Corresponde considerar el recurso deducido por la demandada a través del carril de Nulidad Extraordinario, con invocación de las causales de falta de sustento en las constancias de la causa e incongruencia, motivos que se encuentran contemplados en el Art. 18 del Ritual Casatorio, al rezar:

"El recurso de nulidad extraordinario procederá [...] cuando se hubiera omitido decidir cuestiones esenciales sometidas por las partes de modo expreso y oportuno al órgano jurisdiccional, cuando la sentencia fuere incongruente, o no tuviere sustento suficiente en las constancias de autos[...]"

Abierta esta vía extraordinaria, cuadra examinar si tales vicios se configuran en la especie.

1. Conforme doctrina reiterada de este Tribunal, en el análisis se debe tener en cuenta como mínimo dos aspectos:

Por un lado, que la nulidad es el último remedio al que debe apelarse entre las múltiples soluciones que brinda el mundo jurídico. Y que, por ello, es pasible de un análisis riguroso a la luz de una interpretación restrictiva.

Y por otro, la finalidad misma del recurso extraordinario de nulidad, que consiste en resguardar las formas y solemnidades que constitucionalmente debe observar la judicatura en sus sentencias, de modo tal que ellas no sean deficientes o nulas por poseer algún vicio que así las torne (cfr. BERIZONCE, Roberto O., "Recurso de Nulidad Extraordinario", en la obra Recursos Judiciales, dirigida por Gozaíni, Edit. Ediar, Bs. As. 1991, pág. 193, citado en Ac. Nros. 176/96, 26/00, entre otros, del Registro de la Actuaria).

2. En primer lugar, es necesario analizar si se evidencia la infracción al principio procesal de congruencia que el quejoso imputa al decisorio.

A esos efectos, conviene recordar que tal principio está dirigido a delimitar las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional en tanto exige una correlatividad entre lo pretendido y lo decidido en la sentencia.

Cuando ello no se observa, se configura la causal de incongruencia y, consecuentemente, se atenta contra el derecho de defensa en juicio consagrado en el Art. 18 de la Constitución Nacional (27, 58, 63 c.c, Constitución del Neuquén).

Para determinar si el vicio bajo examen se verifica en la especie, ha de constatarse lo pedido por las partes y lo decidido por el órgano jurisdiccional. En concreto, deberán cotejarse los agravios de la apelante, la contestación de la apelada y lo resuelto por la Cámara de Apelaciones, conforme el aforismo tantum apellatum quantum devolutum.

3. En el caso, la queja de la recurrente indica que la incongruencia del decisorio dictado por la Alzada, resultaría de condenar a la demandada a abonar los salarios de diciembre 2005 y enero 2006 cuando el actor reclama en su demanda (fs. 22) y lo reitera en su contestación de agravios de (fs. 364): el pago de los haberes de diciembre de 2006 y enero de 2007, es decir, los posteriores a la reserva del puesto de trabajo que le comunicó la empleadora en noviembre de 2006.

Del examen de las actuaciones surge que:

a) El actor refiere la ocurrencia de un accidente de trabajo el 11 de mayo de 2004 -cuando laboraba para la demandada en un establecimiento de Chevron, realizando tareas de armado de pozo-, a raíz del cual sufrió lesiones que motivaron su reposo laboral por muchísimos meses.

Sostiene que la A.R.T. denegó la naturaleza laboral del accidente, pues la empleadora denunció el hecho luego de un año de acontecido y esta última le aplicó el régimen de las enfermedades inculpables y suspendió el pago de los salarios a partir del 30 de noviembre de 2006.

En consecuencia, interpone demanda en febrero de 2007, en reclamo del pago de los haberes de diciembre del 2006 y enero del 2007, invocando el Art. 103 y sgtes. de la L.C.T.

b) La demandada niega que el actor haya sufrido un accidente de trabajo.

Expresa que pasaron 14 meses entre el supuesto accidente y la carta documento que le envió el trabajador denunciando el hecho. Señala que entonces lo denunció ante la A.R.T., que ésta desconoció el carácter laboral de la dolencia que dijo padecer el trabajador y que la Comisión Médica se expidió en el mismo sentido.

Afirma que por su parte aplicó el régimen de las enfermedades inculpables, cumplió con el pago de los salarios conforme el Art. 208 L.C.T. y una vez agotado el lapso de un año, notificó el inicio del período de reserva de puesto a partir de diciembre de 2006. Sostiene que, en consecuencia, no le adeuda al actor los meses que reclama.

c) En la sentencia dictada por la a quo expresa que: "el reclamo del trabajador consiste en el reconocimiento del pago de haberes de los meses de diciembre de 2006 y enero de 2007" (cfr. fs. 335 vta.).

Luego, la sentenciante con base en testimonios considera acreditado el accidente de trabajo y resuelve hacer lugar a la demanda con fundamento en el Art. 103 L.C.T.

Cabe acotar, que se incurre en un error numérico en un tramo del decisorio al señalar que prospera la acción por diciembre de 2005 y enero de 2006 (fs. 337 vta.) pues de los fundamentos brindados en el pronunciamiento no quedan dudas que se acoge la pretensión por el período reclamado en el escrito inicial, lo que además se desprende en la determinación de los intereses a partir del 29/12/06.

d) La demandada apela y concreta su agravio al enfatizar que no corresponde la aplicación del Art. 103 L.C.T. porque no hubo puesta a disposición del trabajador, ya que es él mismo quien señala que se encontraba incapacitado.

Postula, en cambio, que resulta aplicable la norma del Art. 208 L.C.T., a la que ciñó su accionar y en virtud de la cual, al agotarse el período de licencia por enfermedad inculpable con goce de salario de un año, comunicó la reserva del puesto el 29/11/2006. Por lo que no correspondería que siguiera abonando diciembre/06 y enero/07 (períodos que reclama el trabajador).

e) Por su parte, el actor contesta el memorial de agravios y solicita el rechazo de la apelación.

Expresa que no prestó servicios por encontrarse incapacitado, por culpa de la propia empleadora que omitió la denuncia del siniestro e invocó falsamente los plazos del accidente inculpable del Art. 211 L.C.T., cuando se trataba de un accidente de trabajo y que por ello la sentencia condena al pago de intereses desde diciembre del año 2006.

e) Ahora bien, adentrándonos en el análisis del decisorio dictado por la Cámara, surge que confirma el fallo dictado por la a quo, empero sobre una base fáctica diferente, respecto de los meses de diciembre de 2005 y enero de 2006 y con fundamento legal en los Arts. 208, 211 y 9 L.C.T. y no en el Art. 103 L.C.T. invocado por la sentenciante de primera instancia.

Cabe señalar que el agravio del recurrente se centró en la improcedencia de la aplicación del Art. 103 L.C.T. para condenar a su parte al pago de los salarios de diciembre de 2006 y enero de 2007 y la postulación en favor de la aplicación del Art. 208 L.C.T. y siguientes, alegando haber cumplido con el pago del período de licencia paga de 1 año.

Por su parte la actora, al contestar el memorial solicita la confirmación del decisorio dictado que hace lugar a la demanda promovida.

Así, la Alzada debía analizar si correspondía o no la aplicación de la norma propuesta al presupuesto fáctico de autos y en su caso, si asistía razón al empleador en cuanto al haber ajustado su conducta a las previsiones del Art. 208 L.C.T.

Las partes están contestes (en la demanda, contestación, expresión de agravios y su responde) en que los meses de salario respecto de los cuales se centra la controversia son diciembre del 2006 y enero del 2007, los inmediatamente posteriores a la carta documento remitida por la empleadora (de fecha 29/11/06 que obra a fs. 3), por lo que ese aspecto fáctico se encontraba firme y consentido.

Surge así evidente la falta de congruencia en el decisorio dictado por la Cámara, en virtud de la no correspondencia entre lo que ha sido materia de agravio y lo resuelto, ya que, como se dijo, ha superado el límite establecido para su

conocimiento -y que está dado por el recurso de apelación y su responde-, al modificar aspectos que gozaban de firmeza.

Es así por cuanto el Ad quem reinterpreta y modifica las circunstancias fácticas (que hacen al lapso en que el trabajador estuvo afectado en su salud e imposibilitado de trabajar y a reclamo de los meses de salario que son objeto de la pretensión), elementos que –reitero- se encontraban firmes y consentidos por las partes.

Y es que en efecto, la Alzada realiza una nueva valoración del informe de la Comisión Médica N° 9 y concluye que el actor comenzó su licencia por enfermedad en enero del 2005 y "que por tal razón reclama los 2 meses de salario correspondientes a dic/05 y ene/06, fecha esta última en que se cumplía el plazo previsto en el Art. 208 L.C.T.".

Cabe reiterar que el actor no reclama los salarios de diciembre de 2005 y enero de 2006, ni afirma haber iniciado licencia por enfermedad en enero de 2005 y ello, tampoco fue planteado por la empleadora.

Resulta evidente que la Alzada actúa en exceso de la competencia que ejerce, al juzgar sobre circunstancias fácticas distintas de las planteadas por las partes, pretender modificar aspectos que se encontraban firmes y decidir sobre cuestiones no planteadas.

Es que la Cámara desborda así el ámbito de conocimiento del recurso en violación al principio del tantum devolutum quantum apellatum (expresión del principio de congruencia en la instancia recursiva), lo que importa afectación al derecho constitucional de defensa.

De este modo se configura en el decisorio bajo estudio un vicio vinculado a la causal segunda y decimotercera de la célebre clasificación de Genaro y Alejandro Carrió en su obra El recurso extraordinario por sentencia arbitraria.

En el texto mencionado, los autores reseñan un fallo dictado por el máximo Tribunal nacional, en el cual se sostuvo:

"1. que la facultad judicial de declarar el derecho que rige el caso solo es admisible en tanto se respeten las circunstancias fácticas reconocidas en la causa. 2. Que esto importa aseverar que se excede la mencionada atribución judicial cuando, so color de la determinación del derecho aplicable, se juzga respecto de hechos diferentes a los debatidos en la causa. Entonces, en efecto se restringe indebidamente el ejercicio de la defensa de la parte perdidosa, a la que no cabe exigir la previsión de un extremo semejante". (obra citada, T°I, 3era. edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 123).

Por lo expuesto, concluyo que el fallo recurrido evidencia el vicio de incongruencia y resuelve sobre cuestiones que se encuentran firmes, lo que motiva por sí, su nulidad (Art. 18 Ley 1.406).

III. De conformidad con lo preceptuado por el Art. 21° del mismo ordenamiento, habrá de recomponerse el litigio, para lo cual corresponde resolver respecto de la apelación deducida por la demandada contra el decisorio dictado en el Primera Instancia.

En esa tarea se advierte que la sentencia dictada por la A quo, al delimitar lo pretendido, expresa: […] reclamo del trabajador de reconocimiento de pago de haberes de los meses de Diciembre de 2006 y Enero de 2007, por cuanto considera incorrecto que el empleador haya dispuesto reserva del puesto de trabajo en términos del Art. 211 L.C.T., sin definir su situación de enfermedad por razones de daño laboral en conocimiento de la empleadora (sic. fs. 335 vta.).

Considera acreditado que el actor sufrió un accidente en ocasión de estar trabajando, que dicho evento no fue denunciado por la empleadora a la A.R.T. y resuelve hacer lugar a la acción con fundamento en el Art. 103 L.C.T.

Al expresar agravios, la recurrente sostiene haber cumplido con las previsiones del Art. 208 y sgtes. L.C.T., esto es, haber abonado la totalidad del período de licencia por enfermedad inculpable con goce de salario y notificado el inicio del período de reserva de puesto a partir del 30 de noviembre de 2006.

Asimismo, afirma que no corresponde la aplicación del Art. 103 L.C.T. en función de que el trabajador no prestó servicios por estar en reposo laboral.

La actora por su parte, al contestar el traslado del memorial, señala: "con buen criterio el aquo acierta dado que quedo acreditado que el actor no prestó servicios por encontrarse incapacitado, por culpa de la propia empleadora omitiva de la denuncia del siniestro. Invocando falsamente los plazos del accidente inculpable cuando no lo eran, se trataba de un accidente de trabajo […]" (sic. fs. 364).

Cabe señalar que nuestro ordenamiento jurídico establece que los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales se rigen conforme el sistema establecido en la Ley N° 24.557, sobre Riesgos del Trabajo, motivo por el cual no resulta procedente decidir respecto de aquellos eventos dañosos y sus consecuencias legales en el marco de la presente acción que tiene por objeto el cobro de haberes con fundamento en el Art. 103 L.C.T.

Ello así, sin perjuicio del derecho que asiste al trabajador de accionar por la vía que corresponda, si lo considera pertinente, en función de los hechos que relata.

Aclarado lo anterior, corresponde precisar que este proceso se acota a determinar si le asiste derecho al trabajador a la percepción de los salarios correspondientes a dic/06 y enero/07, pretensión que funda en el Art. 103 L.C.T.

Volviendo al estudio de los agravios, se advierte que la empleadora sostiene que no corresponde la aplicación del Art. 103 L.C.T. porque el actor estaba incapacitado y no podía estar a disposición de su parte.

Asimismo, que las licencias previstas en el Art. 208 L.C.T. estaban largamente vencidas y que la comunicación del inicio del período de reserva de puesto establecido en el Art. 211 L.C.T. a partir de diciembre de 2006, fue correcta.

Del estudio de las actuaciones surge:

a) A fs. 12 vta. el dictamen de Comisión Médica N° 9 de fecha 13/12/05 que consigna: "Descripción del siniestro/enfermedad: […] Se encuentra con licencia por enfermedad desde hace siete meses.".

b) A fs. 148 un recibo en copia certificada correspondiente a octubre de 2005, en el que consta el pago del rubro "Dif. Licencia por Enferme".

c) A fs. 17, 18 y 19 obran recibos acompañados por la parte actora correspondientes a los períodos 10, 11 y 12 de 2006, en los que consta el pago del rubro: "Ajuste Licencia Enfermeda".

Cabe considerar que, en el caso, se trata de un trabajador con antigüedad superior a 5 años y con carga de familia, por lo que le asiste derecho a un período de licencia por enfermedad inculpable de 1 año, con derecho a percibir remuneración (Art. 208 L.C.T.).

En definitiva, conforme los propios dichos del actor ante la Comisión Médica el 13/12/05 (12 vta.), en mayo de 2005 ya estaba con licencia por enfermedad.

Ello se ve corroborado con el recibo de octubre/05 (fs. 148) en el que consta el pago del rubro por ese concepto.

A su vez surge de la demanda y la contestación del memorial (fs. 364) que el actor no prestó servicios por encontrarse incapacitado y circunscribe su reclamo al pago de los meses de diciembre/06 y enero/07.

En consecuencia considero acreditado que la accionada ha cumplido con el pago del período de licencia por enfermedad previsto en el Art. 208 L.C.T., y comunicado el inicio del período de reserva de puesto conforme el Art. 211 de idéntica ley a partir del 30/11/06, por lo que el reclamo de los haberes de diciembre/06 y enero/07 resulta improcedente.

Sin perjuicio de ello, se advierte que el salario correspondiente al período diciembre/06 ha sido abonado conforme el recibo acompañado por la propia actora a fs. 17.

Todo lo expuesto, lleva sin más a revocar la sentencia dictada a fs. 335/340, y por los fundamentos expuestos precedentemente, a rechazar la demanda.

IV. Respecto de la tercera cuestión planteada, en relación con las costas, atento la nulidad declarada y el resultado del pleito, habrán de imponerse a cargo de la actora perdidosa en todas las instancias. (Art. 68 del C.P.C.y C., 54, Ley 921 y Art. 12, Ley 1.406).

V. En virtud de todas los fundamentos vertidos, propongo al Acuerdo: 1) Declarar PROCEDENTE el recurso de Nulidad Extraordinario interpuesto por la demandada B.J. SERVICES S.R.L. a fs. 384/403 vta. y en su mérito, NULIFICAR la sentencia de fs. 374/376, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería –Sala II- de la ciudad de Neuquén por haber incurrido en la causal de incongruencia contemplada en el artículo 18, 2° párrafo, Ley 1.406. 2) Por imperio de lo dispuesto en el Art. 21° de la Ley ritual, RECOMPONER el litigio mediante el acogimiento del recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 360/362, rechazando la demanda promovida por el actor HUGO ALEJANDRO BENIZ. 3) IMPONER las costas de todas las instancias a cargo de la actora perdidosa (Art. 68, C.P.C.y C.; 54, Ley 921, 12, Ley 1.406). 4) Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios efectuadas, debiendo adecuarse al nuevo

pronunciamiento conforme la Ley Arancelaria N° 1.594 y su modificatoria 2.933, regulando en un 30% en la Alzada y un 25% en la etapa casatoria (Art. 279 C.P.C. y C.). MI VOTO.

El señor vocal doctor OSCAR E.MASSEI, dice: comparto la línea argumental desarrollada por el doctor RICARDO T.KOHON y la solución a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, SE RESUELVE: 1) Declarar PROCEDENTE el recurso de Nulidad Extraordinario interpuesto por la demandada B.J. SERVICES SRL a fs. 384/403 vta. y en su mérito, NULIFICAR la sentencia de fs. 374/376, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería –Sala II- de la ciudad de Neuquén por haber incurrido en la causal de incongruencia contemplada en el artículo 18, 2° párrafo, Ley 1.406. 2) Por imperio de lo dispuesto en el Art. 21° de la Ley ritual, RECOMPONER el litigio mediante el acogimiento del recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 360/362 vta. y en consecuencia, revocar la sentencia dictada a fs. 335/340, rechazando la demanda promovida por el actor HUGO ALEJANDRO BENIZ. 3) Imponer las costas de todas las instancias a cargo de la actora perdidosa (Arts. 68, C.P.C. y C., 54, Ley 921, 12, Ley 1.406) dejando sin efecto los honorarios regulados. 4) Atento lo dispuesto en el punto inmediato anterior, en origen deberán readecuarse los honorarios profesionales, al nuevo sentido del pronunciamiento (Art. 279 del C.P.C. y C) y conforme a la Ley Arancelaria 1.594 y su modificatoria 2.933, a cuyo fin se regulan los honorarios de los profesionales intervinientes Dres.: ..., apoderado de la demandada, ... y ..., patrocinantes de la misma parte, ..., apoderado y patrocinante de la actora, ante la Alzada y en la etapa Casatoria en un 30% y un 25%, respectivamente, de lo que les corresponda por su actuación en idéntico carácter en Primera Instancia (Art. 15° de la Ley Arancelaria). 5) Disponer la devolución del depósito de fs. 407 y 418, en virtud de lo prescripto por el Art. 11° de la Ley Casatoria. 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 T. GIMÉNEZ DE CALLEIT-BOIS – Secretaria

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

**"SUCESORES DE URRUTIA RUIZ DAVID ISRAEL C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 66/2001) – Acuerdo: 34/15 – Fecha: 16/09/2015

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

HONORARIOS DEL ABOGADO. BASE REGULATORIA. INTERESES. MARCO NORMATIVO.

Corresponde rechazar el recurso de casación por inaplicabilidad de ley deducido por la demandada contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones de la I Circunscripción Judicial que confirma lo resuelto en el fallo de Primera Instancia, respecto de la inclusión de los intereses en la base regulatoria de los honorarios profesionales. Ello es así, pues, el 20/11/14 la Legislatura de la Provincia del Neuquén sanciona la Ley 2.933 (promulgada el 10/12/14 y publicada en el Boletín Oficial el 12/12/14), que introduce modificaciones sustanciales a la Ley Arancelaria N° 1.594. Conforme la nueva legislación, los intereses integran la base regulatoria para los

honorarios de los abogados (Art. 20 Ley 1594, modificado por Ley 2933) y ello resulta aplicable al presente caso por tratarse de una situación jurídica que no se encuentra firme (Art. 2 Ley 2933).

**Texto completo:**

ACUERDO N° 34.: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los dieciséis (16) de septiembre de dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada con los señores vocales doctores RICARDO T.KOHON Y OSCAR E.MASSEI con la intervención de la Secretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora María Teresa GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS, para dictar sentencia en los autos caratulados: "SUCESORES DE URRUTIA RUIZ DAVID ISRAEL C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 66 - año 2011) del Registro de la Secretaría actuante.

ANTECEDENTES:

A fs. 557/576 vta. la demandada interpone recurso de Inaplicabilidad de Ley contra el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Neuquén, obrante a fs. 548/553 vta., en cuanto confirma lo resuelto en el fallo de Primera Instancia de fs. 486/495 vta., respecto de la inclusión de los intereses en la base regulatoria de los honorarios profesionales.

A fs. 588/592 contesta la actora y solicita se declare inadmisible el recurso, con la consecuente confirmación de la sentencia de Alzada, con costas.

A fs. 598/599 vta. dictamina el Fiscal General y a fs. 615/616 vta. se declara admisible el recurso de Inaplicabilidad de Ley incoado, a través de la Resolución Interlocutoria N° 3/13.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia. Por lo que este Cuerpo resuelve plantear y votar las siguientes

CUESTIONES: a) ¿Resulta procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido? b) En la hipótesis afirmativa, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? c) Costas.

VOTACIÓN: A las cuestiones planteadas el Dr. RICARDO T. KOHON dijo:

1. La controversia a resolver en el presente se centra en determinar si la Alzada -al incluir los intereses en la base regulatoria de honorarios profesionales- ha violado la ley o la doctrina legal en orden a las previsiones de la Ley de Aranceles N°1.594 y Ley nacional N°23.928 y si ha incurrido en contradicción con lo resuelto por este Cuerpo en autos: "EMPRESA DE ÓMNIBUS ALTO VALLE S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" R.I. N° 6140 del 19.12.07, del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias.

Concretamente la cuestión es determinar, conforme la normativa que rige la materia arancelaria, si en un proceso susceptible de apreciación pecuniaria o que se reclame valor económico, corresponde -o no- que se incorporen los intereses en la base regulatoria de los honorarios profesionales.

Es sabido que una de las funciones de la casación consiste en el control nomofiláctico, es decir, la defensa del estricto cumplimiento de la ley. Ésta es la más antigua misión que lleva a cabo dicho instituto, e implica cuidar que los tribunales de grado apliquen las disposiciones normativas sin violarlas, sin desinterpretarlas ni aplicarlas erróneamente. Así su específica aspiración es la de controlar la exacta observancia de las leyes (cfr. Juan Carlos HITTERS, Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación, 2ª Edición, Librería Editora Platense, La Plata, 1998, págs. 166 y 259).

Cabe señalar que oportunamente este Cuerpo se expidió sobre la cuestión en cierne, en autos: "SEGOVIA, RAÚL WENCESLADO C/ FLUODINÁMICA S.A. s/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" (Expte. N° 8 - año 2012), en Acuerdo N° 55/13 del Registro de la Actuaria.

En aquella ocasión sostuvo:

"Fundamentalmente, cabe señalar que la Ley 1.594 no dispone que los intereses deban ser incorporados en la base regulatoria…"

Y acotó que ese marco normativo determinaba el sentido de la decisión contraria a la incorporación de los intereses al capital a los fines regulatorios.

Pues bien, es menester señalar que durante el trámite recursivo se ha producido un hecho relevante, cual es la sanción por parte de la Honorable Legislatura de nuestra provincia de la Ley 2.933 en fecha 20/11/14 (promulgada el 10/12/14 y publicada en el Boletín Oficial el 12/12/14), que introduce modificaciones sustanciales a la Ley Arancelaria N°1.594.

Sabido es, que las sentencias de este Tribunal deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas, aunque sean sobrevivientes al recurso, conforme criterio sostenido reiteradamente por la Corte Nacional (FALLOS: 316:479 –Bahamondez-). Ello, sumado a la regla del iura novit curia –de amplia vigencia en esta etapa-, me lleva a considerar que corresponde el análisis del presente caso a la luz de la normativa específica, de reciente sanción y vigente al tiempo de resolver el recurso.

En lo que aquí interesa, el nuevo dispositivo legal incorpora modificaciones sustanciales en lo relativo a la base para la regulación de honorarios profesionales.

"Art.1°: Modifícanse los artículos 4°, 20 y 49 de la Ley 1594, de Honorarios Profesionales de Abogados y Procuradores, los que quedarán redactados de la siguiente manera:…

"MONTO DEL PROCESO. Artículo 20: En los juicios en que se reclame valor económico, la cuantía del asunto —a los fines de la regulación de honorarios— es el monto de la demanda, de la reconversión o el que resulte de la sentencia si este es mayor.

"En el caso de sumas de dinero, la base regulatoria para determinar los honorarios de los profesionales intervinientes está integrada, también, por los intereses devengados o los que se hubieran devengado en caso de rechazo total o parcial de la demanda, a la fecha de cada regulación"

Además, la nueva norma establece en su artículo 2° que sus disposiciones tendrán efecto y se aplicarán de inmediato a toda situación jurídica que no se encuentre firme y consentida.

En suma, con la sanción de Ley 2.933 queda saldada la discusión que motivó el recurso planteado en autos, al consignar en forma explícita que los intereses integran la base a considerar para la regulación de honorarios. También, al establecer que el dispositivo es aplicable a situaciones jurídicas que no se encuentren firmes –tal, el caso presente-.

En virtud de las consideraciones vertidas y el cambio normativo operado, propongo al Acuerdo se rechace el recurso deducido, a fs. 557/576 vta., por la demandada.

En cuanto a la tercera cuestión planteada y sometida a escrutinio de este Cuerpo, atento que la sanción de la Ley 2.933 es posterior a la interposición del recurso extraordinario, estimo prudente que las costas procesales sean impuestas por su orden. (Arts. 68 última parte del C.P.C. y C. y 12° de la Ley 1.406).

Corresponde regular los honorarios del Dr. ..., apoderado y patrocinante de la actora, en un 25% de lo que le corresponda por su actuación en idéntico carácter, en Primera Instancia. Asimismo, disponer la pérdida del depósito efectuado según constancias obrantes a fs. 554 y 602 (Art. 10° L.C.). MI VOTO.

El señor vocal doctor OSCAR E. MASSEI dice: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor RICARDO T.KOHON y la solución a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, oído el Señor Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) RECHAZAR el Recurso Extraordinario por Inaplicabilidad de Ley deducido por la accionada –PROVINCIA DEL NEUQUÉN- a fs. 557/576 vta., en virtud de los fundamentos vertidos en los considerandos del presente. 2°) Imponer las costas de esta instancia por su orden por los motivos señalados precedentemente. (Arts. 68 del C.P.C. y C. y 12° de la Ley 1.406). 3°) Regular los honorarios del Dr. ..., apoderado y patrocinante de la actora, en un 25% de lo que le corresponda por su actuación en idéntico carácter, en Primera Instancia. 4°) Disponer la pérdida del depósito cuyas constancias obran a fs. 554 y 602 (Art. 10° L.C.). 5°) Regístrese, notifíquese.

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

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

Dra. MARIA T. GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS - Secretaria

Volver al índice -Por Organismo

-Por Tema
-Por Carátula

**"RODRIGUEZ MARIA ROSARIO S/ DENUNCIA 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 105/2014) – Acuerdo: 30/15 – Fecha: 14/08/2015

DERECHO PROCESAL: Impugnación extraordinaria.

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS. SENTENCIA ARBITRARIA. SENTENCIA CONTRADICTORIA. VIOLACION DE LA LEY O DOCTRINA LEGAL. ART. 248/CPPN.

1.- Corresponde el rechazo formal de la presentación del señor Querellante por el incumplimiento de las condiciones mínimas que hacen a la interposición del recurso en función de lo dispuesto por los incisos 2 y 3 del art. 248 del C.P.P.N. La Sala Penal se ha pronunciado sobre los alcances del motivo previsto en el inc. 3° de la norma invocada por la Querella: " ... este andarivel no tiene como misión el control de la corrección jurídica de la interpretación normativa que llevó a cabo el tribunal a-quo, sino verificar que ante situaciones sustancialmente análogas se han producido respuestas divergentes que han de ser unificadas por el Tribunal. Para tal menester, en dicho documento impugnativo debe hacerse constar la igualdad del supuesto de hecho y la desigualdad -contradicción- en la interpretación y aplicación de la pertinente norma jurídica".

2.- [ … ] las valoraciones y ponderaciones realizadas por el Tribunal de Impugnación, además de obedecer a cuestiones de hecho y prueba ajenas a la instancia federal (y por ende ajenas al andarivel recursivo que invocan, previsto en el Art. 248 inc. 2° del C.P.P.N.), no colocan el decisorio en un supuesto de arbitrariedad de sentencia capaz de concitar la competencia de nuestro Máximo Tribunal Nacional, ya que éste ampara exclusivamente aquellos casos en los que el fallo impugnado padece de una gravedad extrema que la descalifican como pronunciamiento judicial válido (C.S.J.N., Fallos 294:376 y 425; 295:931; 296:82; 308:641; 310:1707; 314:1404 y 324:1721, entre muchos otros), lo que a la luz de lo expuesto evidentemente no ha acontecido.

**Texto completo:**

ACUERDO Nro. 30/2015: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los catorce (14) días del mes de agosto del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores EVALDO D. MOYA y MARÍA BELEN DE LOS SANTOS (Conjuez), con la intervención del señor Subsecretario de la Secretaría Penal, Dr. JORGE E. ALMEIDA, para dictar sentencia en los autos caratulados "RODRIGUEZ MARIA ROSARIO S/ DENUNCIA 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'" Expte. Nro. 105 año 2014 del registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES:

I.- Que por Resolución Interlocutoria Nro. 69, T° II, fs. 266/271, Año 2014, dictada por la Sala del Tribunal de Impugnación, integrada por los Dres. Fernando Zvilling, Alejandro Cabral y Federico Sommer, se resolvió, en lo que aquí interesa: "I.- RECHAZAR la impugnación deducida por la querella, y por ende, confirmar la resolución que dispusiera el sobreseimiento (art. 160 inc. 1ro del C.P.P. Ley 2784 y art. 299 del código anterior). …".

En contra de dicho decisorio, el Dr. Ladislao Simon, en representación de la víctima querellante -José Poblete-, dedujo impugnación extraordinaria (fs. 69/78).

En su escrito sostiene que el Tribunal de Impugnación de forma incongruente, modificando hechos y elementos de criterio ameritados en la resolución apelada y el debate, se pronuncia sobre otros diferentes, abstrayéndose del objeto del juicio; se encierra en su propio voluntarismo para rechazar, al margen de la realidad procesal y mediante afirmaciones alegóricas, la apelación interpuesta contra el sobreseimiento dictado -el 16 de junio de 2014- por el Juez de Garantías, en favor de Claudio Aladino Morales, Marcela Fabiana Pilar Roa y Sandra Inés González Taboada. Con ello viola el derecho de defensa y el debido proceso (art. 18 C.N.).

Afirma que su recurso se funda en la violación de los mismos derechos fundamentales, al denegarse a la víctima querellante la oportunidad de ser oída y producir prueba; en el derecho a formular cargos; en la violación de la garantía de imparcialidad y contradicción cuando se escucha solo a la Defensa, acallando arbitrariamente las acusaciones y su prueba (art. 16 C.N. y art. 14.1 P.I.D.C.y P.); en la manifiesta parcialidad del juez que dispuso el sobreseimiento y del Tribunal de Impugnación, que modifica inmotivadamente su criterio, sentado por unanimidad en precedente "Querejeta Santiago" (legajo 10528/14, de Zapala), donde se establece que la primera oportunidad del Defensor para plantear sobreseimiento es la del art. 168 del C.P.P.N.; en la arbitrariedad de los jueces y la consiguiente violación de la garantía de igualdad ante la ley, la de jurisdicción y de fundamentación (arts. 16 y 18 C.N., 238 C.Pcial.); el aprovechamiento de una nueva maniobra delictiva encaminada a obtener el sobreseimiento de los imputados y, correlativamente, la omisión de la Fiscalía de investigar el delito atribuido a Marcelo Maldonado, valorando después un testimonio falso en pos del sobreseimiento; también la negativa a recibir denuncia a José Poblete, para no incorporar prueba contraria a intereses de los imputados. Agrega que los agravios se centran en la privación de la protección judicial efectiva que garantizan arts. 25 CADH y 58 de la Constitución Provincial.

Expresa que su impugnación encuadra en el art. 248 incs. 2 y 3, a los fines del art. 14 de la ley 48, en función de los arts. 1, 20, 23, 61, 95, 98 y 162 del C.P.P.N., y se interpone en pos de la protección judicial efectiva negada por los Organismos apelados, y procura el acceso irrestricto a una jurisdicción coherente y fundamentada respecto a todos los hechos y el derecho controvertidos en autos (Cfr. Fallos: 330:2669), como garantizan los arts. 18 C.N., 58 y 258 Const. Pcial. y 8 y 25 C.A.D.H.

En tal sentido sostiene, que dada la inacción del Ministerio Fiscal Neuquino, que se empecina en desconocer -y con ello ocultar- los hechos de corrupción descritos en el requerimiento instructorio, atribuidos a una de sus agentes, procura que en subsidio, la jurisdicción se expida a instancia de la víctima en ejercicio de la legitimación plena. La inacción oficial lesiona el principio de oficialidad, en el incumplimiento de las competencias que asigna la Constitución al Ministerio Público (art. 120 C.N. y art. 99 del C.P.P.N.).

Pide a este Tribunal que habilite la oportunidad de probar, de manera amplia y circunstanciada, todos los actos de corrupción relacionados en dicho requerimiento instructorio, y en cargos detallados a tenor del art. 133 del Código Procesal, oportunidad en que el Juez de Garantías denegó la posibilidad de que se lleven adelante las pruebas solicitadas por su parte; tampoco dispuso la producción de las impulsadas por el anterior fiscal del caso -Dr. Di Maggio-, y por el defensor de González Taboada (fs. 792), anticipando ultra petita el sobreseimiento propuesto por la Defensa, antes de la oportunidad del art. 168 del C.P.P.N., vulnerándose con ello el principio de contradicción y doctrina del mismo Tribunal en "Querejeta"; por lo cual, solicita que se aplique dicha doctrina, anulándose el sobreseimiento.

En otro punto, expone que en el caso se verifica gravedad institucional por la omisión del Ministerio Fiscal en recibir denuncia, cohonestando después una resolución libertaria dictada en aprovechamiento de su propia omisión funcional, por la que procura eludir la incorporación de pruebas que una vez conocidas imposibilitarían el sobreseimiento.

Por otra parte, afirma que el Tribunal de Impugnación, en vez de revisar la resolución que dictó el Juez de Garantías violando los recaudos del art. 162 C.P.P.N., produce una nueva resolución -pretendidamente correctora- para completar la del a quo, acomodando ex post la impugnación y sus motivos a razones nuevas que, según su propio fallo ficcioso, generarían los agravios del recurso. Con la ficción modifica incongruentemente los presupuestos causídicos del recurso, y altera los hechos del trámite impugnativo, modificando presupuestos de la resolución a que se refiere. Se excede de este modo de la jurisdicción devuelta en los moldes del sobreseimiento del Juez de Garantías.

Que solo en Impugnación la jurisdicción amerita prueba sobre los hechos -pues el Juez de Garantías lo hizo sólo respecto de las generales de la ley- aunque lo hace acerca de hechos fuera del objeto de la impugnación. Ello, en cuanto al supuesto informe escrito atribuido al coimputado Morales, ya que Benavidez se limitó a expresar que los testigos Muñoz y González –de quienes él mismo había recibido testimonio bajo juramento- estaban incursos en las generales de la ley respecto de González Taboada. Que el testimonio que corrobora la versión de González y Muñoz, fue brindado por Miguel Velázquez, pero no fue mencionado por el Dr. Benavidez ni por el Tribunal de Impugnación, a pesar de la significación probatoria que le atribuyeron los fiscales Di Maggio y Jara, lo que acredita la arbitrariedad.

Que el Tribunal de Impugnación en el relato de los hechos difiere con los ameritados por la acusación y defensa, pues confunde al testigo González con Osvaldo Corona, modificando con ello la ubicación y protagonismo de los sujetos del proceso de reconocimiento en rueda; en particular el protagonismo de Roa hablando por boca de la fiscal González Taboada, en la descripción clandestina de Poblete, con lo cual se viola la congruencia del proceso y el principio de contradicción.

Finalmente, sostiene que el reconocimiento y su resultado se conectan a través de la individualización de autoría, con toda la prueba espuria y las maniobras fraudulentas que individualiza su parte a fs. 694, corrompiendo así la legalidad del juicio y la decisión adoptada. Esta corrupción, afirma, es la que esencialmente se ignora en la resolución impugnada, trasciende la conducta de González Taboada y abarca su encubrimiento oficial.

Por otra parte pide que se incorpore el escrito de formulación de cargos, se ordene la audiencia pertinente y la prueba que ofrece, coordinándosela con las diligencias y averiguaciones impulsadas por el Dr. Di Maggio en el requerimiento de instrucción, las propuestas en este recurso y previamente en el escrito de la querella.

En otro punto que titula "REFUTACIÓN DE ARGUMENTACIONES DEL TRIBUNAL DE IMPUGNACION" (fs. 75), afirma que sobre la testigo Roa, su parte dijo todo lo contrario a lo afirmado por el a quo, por lo que sostiene que se sentenció "…sin leer y escuchar en grabación los aludidos testimonios de Roa…" (fs. 75).

Que el Tribunal no tuvo en cuenta que la querella puso énfasis en que el Dr. Benavidez no consideró aspectos esenciales de la causa, como los testimonios previos al reconocimiento por parte de Roa, las constancias del acta de reconocimiento ni las características fisonómicas de Poblete -que estuvo presente en la audiencia-.

Agrega que la resolución recurrida dice que la querella no cuestiona si la decisión adoptada es procesalmente viable, sino que concretamente estima que no correspondía arribar a esa decisión por no encontrarse completa la investigación; pero ello se contradice con argumentaciones que el propio Tribunal atribuye a la querella en págs. 1 y 3 -y su grabación-, que se vinculan con la prueba ya obrante en la causa. Concurrentemente, el cercenamiento del derecho de audiencia y prueba, también tornan inviable el sobreseimiento.

Expone que el resolutorio afirma que se discutió si era procedente formular cargos, pero de la grabación se comprueba que dicha discusión no existió, y justamente por eso el recurso se funda en la violación de la garantía de audiencia (art. 8.1 CADH). Que, al sobreseer por no encontrarse los elementos mínimos necesarios para atribuir los delitos, antepone el carro al caballo, pues si no se permite a la víctima acusar y demostrar la acusación, es obvio que nunca se encontrarán esos elementos. Pero además, la causa de abuso sexual no fue agregada como prueba a esta causa, por lo cual no se puede tener en cuenta y fallar en base a esto por las generales de la ley.

Contrariamente a lo dicho en página 6, el a quo no expone las contradicciones sobre aspectos centrales que considera, por lo que se hace imposible refutarlas, violándose el derecho de defensa. Que la desaparición de la nota dirigida por Velázquez, González y Muñoz a Morales, no es contradicción como dice el Tribunal, sino motivo de imputación; y agrega que la afirmación en cuanto a que la querella no individualizó medidas investigativas no es

aceptable, pues el agravio central que motiva el recurso es la falta de oportunidad de ser oído, formular cargos y proponer su prueba. Además cuestiona la valoración que se hace de la desaparición del informe, y del testimonio de González que se confunde con Corona.

Desde otro lado y respecto de Peralta, sostiene que hay que recordar sus dichos en la lectura del acta notarial a la cual remite su testimonio, y respecto de la presencia del juez en la diligencia de reconocimiento, pide la reconstrucción del mismo. Cuestiona además las consideraciones que hace el Tribunal acerca de la comunicación entre Repetto y Poblete, y otras; específicamente, en cuanto al momento de la denuncia de la irregularidad, afirma que lo iba a hacer en el debate al recrear el reconocimiento, con el ofrecimiento de testigos, pero ello fue denegado por la Cámara en lo Criminal II.

Por último, solicita que se anule la resolución impugnada, disponiendo la realización de audiencia para formular cargos. En su mérito, y respecto de todos los hechos imputados en dicha formulación de cargos y en el requerimiento de instrucción, se disponga que se lleven a cabo las medidas de prueba allí ofrecidas, para posibilitar la demostración de las imputaciones.

II.- En fecha 2/07/15 se concretó la audiencia de ampliación de fundamentos (Arts. 245 y 249 del C.P.P.N.) a la cual asistieron todas las partes intervinientes, formulándose las respectivas alegaciones y refutaciones.

Por la parte querellante, el Dr. Rodolfo Lesa Brown dijo que se le denegó la posibilidad de ofrecer prueba y de formular cargos, lo que viola el derecho de defensa y el debido proceso. Que la impugnación se basa en el art. 248 del C.P.P.N. y en el art. 14 ley 48. Reiteró los cuestionamientos de la resolución recurrida efectuados en el escrito de presentación. Agregó que la teoría de Di Maggio es la de la Querella, que no dice qué está probado, pero sí que hay que investigarlo porque jamás se investigó; todo está en que no se hizo lugar a una serie de medidas de pruebas que se ofrecieron. Afirmó que la querella no impugnó el sobreseimiento, impugnó que no se hizo lugar a la producción de prueba, en la audiencia del 16 de junio de 2014. La Querella quiere que antes del sobreseimiento se produzca la prueba.

Por su parte el Dr. Jara, por la Fiscalía, desarrolló el devenir de la causa y expuso los motivos por los que solicitó el sobreseimiento. Destacó que los hechos se denunciaron después que la condena de Poblete quedó firme y que el Dr. Simon en la audiencia de impugnación dijo que la denuncia se llevó a cabo para reunir prueba para la causa de la condena de Poblete. Detalló las medidas de prueba ofrecidas por la querella y consideró que las mismas no tienen nada que ver con la rueda de reconocimiento. Que si bien no le quedaba claro qué se impugnó, cree que es que el Juez de Garantías y el Tribunal de Impugnación no meritaron correctamente el ofrecimiento de prueba, pero los magistrados intervinientes, en ambos casos, analizaron todas las pruebas producidas y las que se ofrecieron, y luego consideraron que no existe ningún elemento para mantener la acusación. Que la resolución cuestionada está ajustada a derecho por lo que solicitó que se la ratifique.

Por último el Dr. Coto, luego de repasar los antecedentes del caso, afirmó que lo que se pretende con este caso es revisar la sentencia condenatoria contra Poblete; pide que se declare la inadmisibilidad formal de la impugnación extraordinaria, ya que no se explica en esta audiencia ni en el recurso, cuáles son los motivos por los que se recurre. Solo se hace una referencia a la causa "Querejeta" sin demostrar cuál es la contradicción en los fallos, cuando se alega entre los motivos de agravio los incisos 2 y 3 del art. 248 del C.P.P.N.; considera que se ha ordinarizado la instancia e incluso, se pretende valorar prueba de una causa que se encuentra firme. En todo caso considera que la impugnación extraordinaria es improcedente, como lo explicó la Fiscalía, porque la cuestión es que la querella se agravia porque se le denegó la posibilidad de producir prueba y no el mérito del sobreseimiento. Afirma que el a quo en su resolución dice que hay certeza negativa de que el hecho no existió. Finalmente valoró los elementos obrantes en la causa que determinan el sobreseimiento.

Habiendo quedado las actuaciones en condiciones de ser resueltas y llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: El Dr. Evaldo D. Moya y la Dra. Belén De Los Santos.

Cumplido el procedimiento previsto en el Art. 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes:

CUESTIONES: 1°) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2°) ¿Es procedente la misma?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión el Dr. EVALDO DARÍO MOYA, dijo: El escrito cumple con los recaudos de tiempo, legitimación procesal para actuar y la resolución recurrida es equivalente a sentencia definitiva, toda vez que se trata de la confirmación de un sobreseimiento que pone fin a la causa.

Sin embargo, para responder este primer interrogante correctamente, debe repararse de manera individual en las censuras ensayadas por la parte, para determinar si resultan encuadrables en los andariveles impugnativos invocados –art. 248, incs. 2, y 3 del C.P.P.N.-, y determinar si constituyen un caso donde debiera intervenir el Máximo Tribunal Nacional.

La fijación de esa exigencia formal 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. De allí la importancia de que esta Sala controle de modo riguroso esos presupuestos procesales.

Ahora bien, conforme los motivos de la impugnación extraordinaria alegados, la Querella sostiene que los mismos alojan:

A)Por un lado, en el inciso 3° del art. 248 del C.P.P.N.. Ello, en tanto denuncia que el Tribunal de Impugnación modifica sin motivo, su criterio sentado en "Querejeta…" (Legajo 10528/14 de Zapala), donde se establece que la primera oportunidad del defensor para plantear el sobreseimiento es la audiencia de control de acusación (art. 168 C.P.P.N.), violándose con ello el principio de contradicción y la doctrina sentada en el fallo que cita, con lo cual se configuraría el agravio previsto en el inc. 3 del art. 248 del C.P.P.N., por cuanto se habría dictado una sentencia contradictoria con la doctrina sentada en fallo anterior del mismo tribunal.

Al respecto, esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los alcances del motivo previsto en la norma invocada por la Querella: "En efecto: este andarivel no tiene como misión el control de la corrección jurídica de la interpretación normativa que llevó a cabo el tribunal a-quo, sino verificar que ante situaciones sustancialmente análogas se han producido respuestas divergentes que han de ser unificadas por el Tribunal. Para tal menester, en dicho documento impugnativo debe hacerse constar la igualdad del supuesto de hecho y la desigualdad -contradicción- en la interpretación y aplicación de la pertinente norma jurídica".

"De modo tal que el recurso nunca puede convertirse en una nueva etapa procesal para que las partes hagan valer sus pretensiones divergentes con lo resuelto previamente; sino antes bien el aporte de los elementos necesarios para demostrar que la norma que trae en su auxilio se aplicó en forma diferente en casos sustancialmente iguales". (Cfrme. R.I. n° 83/14, "BIZAMA CRUELLS…(IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA)" del 5/8/14).

Sobre tales bases, analicemos la impugnación presentada.

Como se dijo, en el escrito de presentación, el recurrente manifestó que "…el Tribunal de Impugnación… modifica inmotivadamente su criterio sentado por unanimidad en precedente 'Querejeta, Santiago…' (Legajo 10528/14 Zapala) estableciendo allí que la primera oportunidad del defensor para plantear sobreseimiento es la del art. 168 CPP…" (fs. 69 vta.).

De la transcripción precedente, a primera vista se advierte que lo expuesto por la parte en modo alguno satisface el requisito de autonomía que la norma exige. Ello, toda vez que, con la cita del precedente que efectúa el recurrente, fue necesario revisar los registros de audiencia del mencionado Tribunal y se logró determinar que se trata de un caso resuelto en la audiencia celebrada por el Tribunal de Impugnación, Sala integrada por los Dres. Alejandro Cabral, Liliana Deiub y Héctor Dedominichi, en la ciudad de Zapala el día 5/5/2014 (registradas como 2014- ANTARTIDA– Imp-Interior- zapala- 2014-05-05- Querejeta- 852-14-01 y 852-14-02), y convocada para resolver una Queja por Casación denegada (proceso tramitado por el código ley 1677).

De la visualización de dicha audiencia, se puede destacar que, ante un recurso de casación interpuesto ante la ex Cámara de Apelaciones de la Provincia, y declarado formalmente inadmisible, la defensa presentó queja que debía resolver la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, pero al entrar en vigencia el nuevo Código Procesal Penal de la

Provincia del Neuquén (ley 2784), y conforme a lo dispuesto por el art 56 Ley Orgánica de la Justicia Penal de Neuquén, dicha queja correspondía que fuera resuelta por el Tribunal de Impugnación.

En aquélla audiencia quien interpuso la queja -la defensa representada por el Dr. Simon- planteó como una cuestión de previo y especial pronunciamiento el sobreseimiento del imputado Querejeta por prescripción de la acción penal y en función de los arts. 160 incs. 6 y 7 del C.P.P.N.. Pero como la audiencia se había fijado para debatir la queja por la que se había declarado la inadmisibilidad formal del recurso, el Tribunal de Impugnación resolvió que se rechazaba la queja y que el planteo de previo pronunciamiento debía resolverse en la audiencia de control de acusación, en función que el art. 168 del C.P.P.N. establece que allí la defensa puede instar el sobreseimiento. Además se dijo en la resolución cuyos fundamentos se dieron en forma verbal, que la audiencia de control no se había celebrado en aquél legajo. En definitiva, nunca, en el precedente citado la Sala del Tribunal de Impugnación que resolvió, sostuvo lo que manifiesta el querellante en cuanto a que el mencionado precedente "establece que la primera oportunidad del defensor para plantear el sobreseimiento es la audiencia de control de acusación", tal posición iría en contra de la lógica del Código, si se repasan los siete incisos del art. 160 del C.P.P.N., cuyos motivos pueden producirse en diferentes etapas del proceso, sin que se deba esperar a la audiencia de control de acusación para solicitar el mentado sobreseimiento.

Pero además, si bien el caso fue resuelto por el Tribunal de Impugnación, la Sala que intervino estuvo integrada –a excepción del Dr. Cabral- por distintos Jueces a los que resuelven la cuestión traída en este Legajo, con lo cual ni siquiera se trata de la misma Sala, que se hubiera pronunciado en contra de su doctrina.

En concreto, el recurrente no señala qué situaciones sustancialmente análogas hayan producido respuestas divergentes que deban ser unificadas por el Tribunal. Para cumplir tal cometido los fundamentos del recurrente debieron hacer constar la igualdad del supuesto de hecho y la desigualdad -contradicción- en la interpretación y aplicación de la pertinente norma jurídica, lo que en modo alguno se hizo en el escrito de presentación, menos en la audiencia celebrada ante esta Sala.

Por lo demás, de ser aquél el precedente de aplicación al caso que pretende la Querella, también se advierte que en este caso se trataron cuestiones muy diferentes. En el precedente citado por el recurrente, se realizó un planteo ante un Tribunal que había fijado una audiencia para resolver una queja, que fue rechazada y el planteo de previo y especial pronunciamiento efectuado estaba fuera del alcance del recurso que se debía resolver, siendo que en el caso en trato, el Tribunal de Impugnación resuelve porque fue impugnado un sobreseimiento dictado como consecuencia de la inexistencia del hecho investigado y luego de producida diversa prueba que, analizada, daban cuenta de tal inexistencia; y como consecuencia de un pedido de la Defensa y la Fiscalía, en una audiencia realizada a los fines de tratar el sobreseimiento, resuelto por el Juez de Garantías, conforme lo dispone el art. 160 inc. 1 del C.P.P.N.

Con lo cual las circunstancias de hecho que llevaron en ambos casos a resolver, fueron diferentes.

A mayor abundamiento, se comparte que el pedido de sobreseimiento dispuesto por el Juez de Garantías era procedente en la audiencia fijada y que se realizó, conforme a lo que sostiene el Vocal del primer voto de la resolución impugnada.

A lo que se suma, que del análisis de las audiencias que se realizaron (audios y video del día 16 de junio de 2014, en legajo 11.266) surge, que acertadamente la Defensa de la Dra. González Taboada, al exponer los fundamentos de su pedido, sostuvo que era procedente el mismo, toda vez que si bien el proceso se venía tramitando con el código anterior y que la nombrada funcionaria aún no había sido indagada, el hecho de existir un requerimiento de instrucción le daba el carácter de imputada conforme el art. 171 del C.P.P. y C. (ley 1677).

Consecuentemente, correspondía el sobreseimiento y no el archivo de las actuaciones, toda vez que de acuerdo a las "pruebas" agregadas en el legajo y que analiza, se había probado con certeza que el hecho delictivo investigado no había existido (cfrme. Art. 160 inc. 1 del C.P.P.N.).

Lo expuesto lleva sin más al rechazo formal de la presentación del señor Querellante por el incumplimiento de las condiciones mínimas que hacen a la interposición del recurso en función de lo dispuesto por el inciso 3 del art. 248 del C.P.P.N.

B) Corresponde ahora el tratamiento de los agravios que el recurrente considera incursos en la arbitrariedad de sentencia, de acuerdo a lo previsto en el inciso 2° del art. 248 del ritual.

En efecto, tal como hemos señalado en precedentes anteriores, este segundo andarivel recursivo 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. Con ello, no solo se asegura el planteo tempestivo de los agravios de pretensa naturaleza federal, sino también la indelegable intervención del Tribunal Superior de la causa, exigencias que no solo derivan de la propia ley, sino también de abundante jurisprudencia del Máximo Tribunal Nacional (Cfr. IMAZ, Esteban – REY, Ricardo. "EL RECURSO EXTRAORDINARIO", Nerva, 3ra. Edición, Bs. As., 2000, págs. 223 y ss). Y se sabe que el recurso extraordinario federal referenciado en el Art. 248 del C.P.P.N. 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.

Al respecto, se debe recordar que el objeto del remedio 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 supremacía nacional. Esos lineamientos fijados de manera inveterada por la Corte, la arbitrariedad de sentencia es una hipótesis que resulta en extremo restrictiva y que debe demostrarse para no convertirlo en llave de una tercera instancia ordinaria (C.S.J.N., Fallos, 289:113, 295:420 y 618; 302:1564; 304:375 y 267; 306:94, 262 y 391; 307:1037 y 1368; 308:641 y 2263, entre muchos otros). Conforme a lo expuesto, está claro que para que la apelación articulada proceda, la alegada arbitrariedad debe ser probada de manera fehaciente por el interesado.

Desde otro lado, cabe indicar aquí que esta apreciación no cercena el llamado "doble conforme", en tanto el Legislador ha establecido un órgano especialmente encargado de dar cumplimiento con la garantía fijada en el Art. 8.2.h. de la C.A.D.H. y en el Art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; tarea ésta que ha sido puesta en cabeza del Tribunal de Impugnación de la Provincia del Neuquén; preservándose al último tribunal local (Tribunal Superior de Justicia) para sustanciar y resolver concretos aspectos de índole constitucional y para lograr la uniformidad de la jurisprudencia local, fortaleciendo de este modo el principio fijado por el Art. 16 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, en su clásica definición de la doctrina de la sentencia arbitraria, la Alta Corte incluyó a aquellas "(…) desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes, a juicio de los litigantes, porque si así no fuera, la Suprema Corte podría encontrarse en la necesidad de rever los fallos de todos los tribunales de toda la República en toda clase de causas, asumiendo una jurisdicción más amplia que la que le confieren los Arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional, y 3° y 6° de la ley 4055 (…)" (Fallos: 112:384), explicando, en otros fallos posteriores, que: "(…) por medio de la doctrina de la arbitrariedad se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del Derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (…)" (Fallos: 316:2464, 2718). Ahora bien, tal como surge de la definición primigenia, la vía establecida en el Art. 14 de la ley 48 tiene un carácter excepcional; es decir, la misma no tiene por objeto constituir una tercera instancia ordinaria en la que se examine el acierto o error de la decisión examinada, ni tampoco contemplar las meras disidencias subjetivas del apelante con el resultado final de la causa. Dicho criterio emana de los precedentes de la Alta Corte: "(…) los pronunciamientos judiciales no son factibles de ser revisados por la vía excepcional del Art. 14 de la ley 48, cuando las objeciones del recurrente suscitan el examen de cuestiones de hecho, derecho común y procesal, las que constituyen materia propia de los jueces de la causa (Fallos: 308:1078, 2630; 311:341; 312:184; entre otros); máxime, cuando la sentencia se funda en argumentos no federales que, más allá de su acierto o su error, resultan suficientes para sustentarla e impiden su descalificación como acto judicial (Fallos: 302:175; 308:986;

etc.) (…)"; y, muy por el contrario, dicha vía procesal ha sido instituida para obtener "(…) la revisión de los pronunciamientos en los que se advierta la inexistencia de las calidades mínimas para que el acto impugnado constituya una sentencia judicial (…)" (Fallos: 247:713, sumario, www.csjn.gov.ar). Incluso, el cimero Tribunal se encargó de formular una apreciación adicional: "(…) es claro que, satisfecho el requisito de la revisión por un tribunal de instancia superior mediante el recurso de casación entendido en sentido amplio, esta Corte se reserva solo la función de corregir los casos en que resulte una arbitrariedad intolerable al principio republicano de gobierno. En general, podría sintetizarse la diferencia afirmando que, en materia de prueba, la casación debe entender en todos los casos valorando tanto si se ha aplicado la sana crítica, como si sus principios se aplicaron correctamente, en tanto que incumbe a esta Corte entender, solo en los casos excepcionales en que directamente no se haya aplicado la sana crítica (…)" (Fallos: 328:3399, considerando n° 28 del voto de los Dres. Enrique S. Petracchi, Juan C. Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo L. Lorenzetti).

Una vez expuestas estas aclaraciones preliminares, veamos entonces como han sido expuestos los agravios por la Querella, por los que denuncia arbitrariedad.

En resumidas cuentas, refiere que la arbitrariedad del fallo consiste en que se le denegó a su parte, la oportunidad de ser oído y producir prueba; y además el derecho a formular cargos, con lo cual se violan la garantía de imparcialidad y contradicción, cuando se escucha solo a la defensa y se acallan las acusaciones y su prueba (arts. 16 CN y art. 14.1 P.I.D.C. y P.).

Por otra parte sostiene que la resolución de Impugnación, amerita prueba sobre los hechos –lo que el Juez de Garantías no hizo, pues solo meritó las generales de la ley- y lo hace acerca de hechos fuera del objeto de la impugnación.

Además, sostiene que se aprovecha una nueva maniobra encaminada a obtener el sobreseimiento de los imputados y, correlativamente, la omisión de la Fiscalía de investigar el delito atribuido a Marcelo Maldonado, valorando después un testimonio falso en pos del sobreseimiento, se suma la negativa a recibir denuncia a José Poblete, para no incorporar prueba contraria a los intereses de los imputados, lo cual genera la privación de la protección judicial efectiva y gravedad institucional.

Así planteados los agravios, su análisis requiere, de mi parte, la verificación de dos exigencias elementales: a) la existencia de una cuestión federal y b) la demostración de que la prueba presuntamente omitida de producir era dirimente para las actuaciones continúen; puesto que la sola invocación de la doctrina de la sentencia arbitraria, desprovista de mayores fundamentos que le sirvan de sustento, es insuficiente para modificar el sentido de la decisión.

En cuanto al primer requisito, entiendo que en el caso no se presenta una cuestión federal, sino que, por el contrario, las argumentaciones de las partes llevaron al Tribunal de Impugnación a expedirse sobre cuestiones de hecho y prueba, de derecho común (Arts. 45, 54, 248 y 272, con relación al 271 y 275 del Código Penal) que es donde encuadrarían los hechos imputados y que se consideró que no existieron, como así también de índole procesal (arts. 160, inc. 1, y 168 del C.P.P.N.), completamente ajenas a la vía de excepción que constituye el recurso extraordinario. A mayor abundamiento, tampoco se constata que exista, en los términos del Art. 15 de la ley 48, una relación directa entre los motivos invocados y la solución final de la causa, sino que, por el contrario, la misma fue resuelta con fundamentos jurídicos ajenos a la materia federal.

Sentado ello, estoy persuadido –en función de la segunda exigencia señalada ut supra- que el Tribunal de Impugnación tampoco omitió el análisis de prueba propuesta por la recurrente y dirimente para la continuación del proceso, ni valoró otras que estuvieran fuera de su competencia, sino que ajustó su proceder a las reglas de la sana crítica. Esto es que en el marco de los agravios planteados ante esa instancia, evaluó los medios de prueba que aportaron las partes en la audiencia de sobreseimiento y en la de impugnación en forma conjunta y de acuerdo a las propuestas por las partes, en cumplimiento del máximo esfuerzo revisor dispuesto por la Corte Suprema Nacional en el caso "Casal" (Fallos 328:3399) y a fin de asegurar el doble conforme (art. 8.2.h C.A.D.H. y art. 14.1 del P.I.D.C. y P.). Esto último en cuanto a los hechos y prueba analizados por el Tribunal de Impugnación y que llevaron a confirmar la resolución del Juez de Garantías.

Ante todo, se tiene presente que el recurrente afirma que se negó la oportunidad de ser oído y producir prueba, así como el derecho a formular cargos. Para ello, entre otras cosas cuestiona que el a quo, exprese que en la audiencia ante el Juez de Garantías se hubiera discutido lo referente a la procedencia o no de la audiencia de formulación de cargos, lo que llevaría a que se hubiera pronunciado sobre cuestiones que no existieron. Pero del repaso de la audiencia mencionada (realizada el 11 de junio de 2014, cuyo acta obra a fs. 14/15, de estos autos), fácil se advierte que efectivamente al constituirse el Juez de Garantías en la Sala de audiencias, inmediatamente se discutió respecto a cuál era el motivo de la misma, por lo que se dispuso un cuarto intermedio y se resolvió que se suspendiera para determinar a qué fines debía realizarse aquélla audiencia, previa consulta a la Oficina Judicial correspondiente (cfrme. Audiencia del 11/6/2014, ante el Juez de Garantías y acta de fs. 14/15 de autos).

Pero además, la visualización de la audiencia de impugnación, el mismo representante de la Querella hace alusión a tal situación (audiencia del 23/9/14, minuto 28/30), con lo cual nunca existió una formulación de cargo respecto de las personas que el requerimiento de instrucción de fs. 639/662 considera imputados (Marcela Fabiana Pilar Roa, Sandra Inés González Taboada y Claudio Aladino Morales cfrme. 643).

En otro punto considera que no se le permitió ser oído y producir prueba y fundamentalmente, que su teoría del caso es la del Dr. Di Maggio a través del requerimiento de instrucción señalado. Pero a poco que se repasan las actuaciones (que consta de 838 fojas) surge que el Ministerio Público Fiscal, a cargo del Dr. Marcelo Jara tuvo en consideración no solo la prueba que constaba en ese requerimiento, sino también la producida en el legajo hasta esa fecha y tras ello, solicitó el sobreseimiento de los imputados en la audiencia que en definitiva se dictó la resolución que dan motivo a estas actuaciones, de ello se desprende que lo expuesto por el querellante en modo alguno ocurrió.

Esta afirmación tiene sustento, pues esas actuaciones cuentan con la denuncia de la señora Rodríguez, declaración de José Darío Poblete, del Dr. Cristian Piana (juez que intervino en la rueda de reconocimiento que se cuestiona), declaración de Oscar Armando González, José Heriberto Muñoz, Miguel Angel Velázquez, y Claudio Aladino Morales, Cristian Peralta y Osvaldo Corona, todos testigos propuestos por el Dr. Di Maggio a fs. 661.

En cuanto al derecho a ser oído por parte de la víctima, Querellante en la persona de José Darío Poblete, tampoco le asiste razón al Dr. Ladislao Simon, ya que el nombrado compareció a declarar, si bien luego, ante un nuevo pedido de audiencia, se consideró que no era necesario su comparendo atento el estado de la investigación, como lo sostiene el Dr. Jara a en la audiencia de impugnación.

A todo ello se suma que ante la gravedad de las afirmaciones que realiza el Dr. Simon, particularmente, en su escrito de presentación, fue necesario repasar las audiencias que se realizaron con motivo del presente, como ya se da cuenta más arriba y conforme actas obrantes en el legajo, de las audiencias realizadas los días 11 de junio de 2014 (acta de fs. 14/15), 16 de junio de 2014 (fs. 28/29), y audiencia de impugnación del día 23 de septiembre del mismo año. De ese repaso se puede destacar que:

En la audiencia de impugnación el Dr. Simon, al solicitarle precisiones en cuanto al cuestionamiento del sobreseimiento dispuesto por el Juez de Garantías, nuevamente afirmó que se impidió que la querella ofreciera absolutamente ninguna prueba, que el Dr. Di Maggio pidió la realización de un cúmulo de pruebas y dijo que hubieron una serie de actos fraudulentos que engañaron a los jueces. Destacó que se introdujo un falso testigo –Maldonado- para obtener el sobreseimiento de González Taboada; que el fiscal actual no realizó ninguna prueba conducente a la requisitoria de Di Maggio. Respecto a lo que sucedió ante el Juez de Garantías sostuvo que le dijeron que no lo iban a escuchar para formular cargos, solo iban a escuchar al defensor para el sobreseimiento sin la acusación (se trataría de la primera audiencia del 11 de junio de 2014). Luego afirmó que en la audiencia siguiente se escuchó nada más que a la defensa, no se permitió ofrecer prueba, formular denuncia, ni formular cargos, solo se escuchó al defensor para el sobreseimiento (las negrillas me pertenecen). Continuó afirmando que el defensor no pidió el sobreseimiento, no es que el fiscal hubiera ocurrido al juez para pedir el sobreseimiento como dice el código, el fiscal dijo mire acá el defensor me está pidiendo el sobreseimiento. Pido una audiencia de formular cargos y mencionar las pruebas que eran necesaria para probar esos cargos. El Dr. Jara no realizó ninguna prueba de las que ofreció Di Maggio. La mentira de Maldonado se iba a refutar con el comparendo de Poblete, presentó el escrito. Ni en el juicio de origen ni en este pudo demostrar

nada. De estos tres testigos que aparecen ahora ofreció dos en el principal. Gran parte de la prueba que está ofreciendo como querellante es la misma que Di Maggio consideró imprescindible para probar que hay delito. Afirmó que no le interesa si a la Dra. González Taboada se la condena o no, que "esta querella se hizo porque en este estado de la situación no hay otra vía para obtener prueba, para que en definitiva a través de una revisión hecha en legal forma y por otros jueces que vean la integralidad del caso…". Concretando, expresó que el señor Poblete es víctima, procura dejar de serlo, pero para ello, en lo inmediato, no tiene otra posibilidad procesal de obtener prueba que al menos autorice la admisión de una revisión. Le dijo al Dr. Coto, que lo que quiere es obtener prueba, no se pretende perseguir a nadie, que todos esos datos útiles de la realidad que la justicia necesite para llegar a la verdad quede en consideración de los jueces en esta causa y en la revisión que viene; que se le dé la oportunidad a Poblete de hacer la denuncia de falso testimonio, y hacer la imputación en la audiencia para formular cargos, en audiencia que ya fue ordenada. Que se anule el sobreseimiento y que se produzca la prueba que dijo el Dr. Di Maggio. Su alocución duró más de 31 minutos en la audiencia del 23 de septiembre de 2014.

De allí que aparece correcta la afirmación del voto liderante en la sentencia de Impugnación, en cuanto a que: "Quedó claro que no se cuestionó por parte de la querella si la solución arribada –sobreseimiento- era procesalmente adecuada, sino únicamente si desde el punto de vista investigativo restaban medidas procesales antes de definir la situación procesal de los imputados" (fs. 65 de estos actuados), ya que en ningún momento cuestionó la valoración de la prueba por la que se resolvió el sobreseimiento y descarta lo afirmado por el Dr. Simon.

Pero además, lo expuesto por la querella respecto a que solo se escuchó a la Defensa, para el dictado del sobreseimiento, queda sin sustento si en la audiencia del día 16 de junio de 2014, se encontraban presente, el Dr. Coto por la Defensa de la Dra. González Taboada, quien realizó su pedido valorando la prueba obrante en el legajo que se encontraba a disposición de las partes en aquélla audiencia; el señor Fiscal, Dr. Jara quien también solicitó el sobreseimiento, valorando con vastos fundamentos la prueba agregada y dando las razones para efectuar su petición y también se encontraba presente por parte de la Querella, el Dr. Trepat, quien también expuso su posición, pero sin contradecir en forma concreta ninguno de los fundamentos que -en base a la prueba analizada-, llevaron a dictar el sobreseimiento que motiva la presente.

Téngase presente que el representante de la Querella -cuya exposición duró aproximadamente 2,30 minutos-, sucintamente sostuvo que se oponía a que se otorgue el sobreseimiento conforme al art. 161, por considerar que no se han evaluado correctamente los testimonios obrantes en el expediente; que se plantean distintas subjetividades y hay que analizar objetivamente esos testimonios y cotejarlos con el resto de las pruebas, que se puede lograr con una adecuada instrucción; solicitó que continúe y que se lleven adelante las pruebas solicitadas por el Dr. Simon en su escrito que son ampliación de algunos testimonios y de alguna pericia que no era necesario explayarse porque estaban en el escrito. Afirmó que debe merituarse adecuadamente a través de la instrucción, que se agote toda la prueba solicitada por el Dr. Simon explayadas en el escrito.

Lo mencionado en el párrafo precedente, demuestra que la querella tuvo oportunidad de ser escuchada y concretamente en la audiencia de sobreseimiento, pero allí en modo alguno realizó una crítica a la valoración de toda la prueba que hicieron tanto la Defensa como el Fiscal del caso; y se limitó a sostener que no se habían valorado correctamente los testimonios analizados, con subjetividades, situación que recibió respuesta adecuada por parte del Juez de Garantías en su resolución brindada de viva vos.

Por lo demás, en aquélla audiencia, si bien la querella se remitió a las pruebas ofrecidas en su escrito por el Dr. Simon, "ampliación de algunos testimonios y de alguna pericia", tampoco realizó ninguna valoración que condujera a su teoría del caso, para que el Juez las tuviera en cuenta en contra de lo sostenido por las otras partes. Con lo cual, mal puede pretender luego, que se continúe con la investigación si no se dan razones valederas para ello.

Al ser ello de esta forma, las valoraciones y ponderaciones realizadas por el Tribunal de Impugnación, además de obedecer a cuestiones de hecho y prueba ajenas a la instancia federal (y por ende ajenas al andarivel recursivo que invocan, previsto en el Art. 248 inc. 2° del C.P.P.N.), no colocan el decisorio en un supuesto de arbitrariedad de sentencia capaz de concitar la competencia de nuestro Máximo Tribunal Nacional, ya que éste ampara

exclusivamente aquellos casos en los que el fallo impugnado padece de una gravedad extrema que la descalifican como pronunciamiento judicial válido (C.S.J.N., Fallos 294:376 y 425; 295:931; 296:82; 308:641; 310:1707; 314:1404 y 324:1721, entre muchos otros), lo que a la luz de lo expuesto evidentemente no ha acontecido.

Por consiguiente, estimo que corresponde declarar desde un estricto punto de vista formal la inadmisibilidad de la Impugnación Extraordinaria presentada por el Dr. Ladislao Simon, en representación de la víctima querellante José Poblete.

La Dra. MARÍA BELÉN DE LOS SANTOS, dijo: coincido con el tratamiento y solución dado por el señor Vocal preopinante a esta primera cuestión. Tal es mi voto.

A la segunda y tercera cuestión el Dr. EVALDO D. MOYA, dijo: Atento la respuesta dada a la primera, el tratamiento de la segunda y tercera cuestión propuestas deviene abstracto.

La Dra. MARÍA BELEN DE LOS SANTOS, dijo: Sobre esta segunda y tercera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante. Así voto.

A la cuarta cuestión, el Dr. EVALDO D. MOYA, dijo: Con costas (Art. 268 del C.P.P.N.). Mi voto.

La Dra. MARÍA BELEN DE LOS SANTOS DIJO, dijo: Adhiero a lo propuesto por el señor Vocal preopinante. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo,

SE RESUELVE:

I.- DECLARAR INADMISIBLE desde el plano estrictamente formal la impugnación extraordinaria deducida por el Dr. Ladislao Simon, en representación de la víctima querellante, José D. Poblete, contra la Resolución Interlocutoria n° 69/14, del 7 de octubre de 2014, dictada por el Tribunal de Impugnación.

II.- CON COSTAS (Art. 268 del C.P.P.N.);

III.- REGISTRESE, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ente el Actuario, que certifica.

Dr. EVALDO DARIO MOYA - Dra. MARÍA BELEN DE LOS SANTOS (Conjuez)

Dr. Jorge Almeida – Subsecretario

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

**"DÍAZ JUAN LEONARDO – SERRANO LEANDRO ARIEL S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 12/2015) – Acuerdo: 31/15 – Fecha: 24/08/2015

DERECHO PROCESAL: Impugnación extraordinaria.

TRIBUNAL DE IMPUGNACION. SENTENCIA NULA. SENTENCIA ARBITRARIA. FALTA DE FUNDAMENTACION. PRUEBA. VALORACION DE LA PRUEBA. SANA CRITICA RACIONAL. REFORMATIO IN PEJUS.

1.- Corresponde declarar nula la sentencia N° 130/2014 emitida por el TI, como así también los actos anteriores que dependen de ella (Art. 98 del CPPN) por incurrir en arbitrariedad manifiesta, por falta de fundamentación, en los términos de los arts. 248, inc. 2°, 249, en función de los arts. 194, inc. 4), a contrario sensu, y 246, tercer párrafo,

del C.P.P.N.. Tratándose de un argumento dirimente del fallo que no se corresponde con las circunstancias comprobadas de la causa, resulta descalificable como acto jurisdiccional válido conforme a pacífica jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal Nacional.

2.- "...67. Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la 'acusación' en el debido proceso penal vis-á-vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado 'principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia' implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación..." (C.I.D.H., "Fermín Ramírez Vs. Guatemala", cons. n° 67, del voto de la mayoría, rto. el 20 de junio de 2005).

3.- Corresponde confirmar en todos sus términos el Acuerdo n° 47/2011, dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia con otra integración.

4.- […] la sentencia analizada aparece motivada, derivada racionalmente del derecho vigente, emitida respetando los principios de la sana crítica racional -tanto en lo referido a las leyes del pensamiento (coherencia y derivación), como a los principios lógicos (identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente) y normas de la experiencia y de la psicología-, explicando la participación de los imputados en el tipo penal correspondiente.

5.- […] la doctrina establecida, contrariamente a lo planteado por la Defensa, no produce una afectación de la garantía de la reformatio in pejus, pues existió un recurso de casación de la parte querellante y otro de la fiscalía.

En relación a este tópico, nuestro cimero Tribunal manifestó que: "...3°) Que, según doctrina establecida por esta Corte, la prohibición de la reformatio in pejus cuando no media recurso acusatorio tiene jerarquía constitucional, por lo cual toda sentencia que ignore este principio resulta inválida en tanto importa que ha sido dictada sin jurisdicción, afectando de manera ilegítima la situación obtenida por el encausado merced al pronunciamiento consentido por el Ministerio Público en la instancia inferior, lo que lesiona la garantía contemplada en el art. 18 de la Constitución Nacional

(Fallos: 255:79; 298:432; 311:2478; 312:1156, entre otros)..." (O.136.XXXVII.REX, del voto mayoritario de los señores Ministros Dres. Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni; Fallos: 317:961, entre muchos otros).

**Texto completo:**

ACUERDO N° 31 /2015: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veinticuatro días del mes de agosto del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores EVALDO D. MOYA y RICARDO T. KOHON, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para dictar sentencia en los autos caratulados "DÍAZ JUAN LEONARDO – SERRANO LEANDRO ARIEL S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'" (expte. n° 12 - año 2015) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: I.- Que por sentencia n° 130/2014 el Tribunal de Impugnación, a la sazón integrado por los Dres. Liliana Deiub, Andrés Repetto y Federico Sommer, resolvió, en lo que aquí interesa: "...II.- HACER LUGAR PARCIALMENTE A LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA DEDUCIDA POR LA DEFENSA Y REVOCAR la sentencia n° 47/2011 dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Neuquén (...) por la que se condena a JUAN LEONARDO DÍAZ y LEANDRO ARIEL SERRANO, como COAUTORES PENALMENTE RESPONSABLES DEL DELITO DE HOMICIDIO SIMPLE, AGRAVADO POR LA PARTICIPACIÓN DE UN MENOR DE EDAD (arts. 79, 45 y 41 quater del Código Penal), a la pena de DIEZ AÑOS Y OCHO MESES DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, más la accesoria prevista en el art. 12 del Código Penal por idéntico término y costas del proceso. III.- RECHAZAR PARCIALMENTE LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA DEDUCIDA POR LA DEFENSA, Y EN CONSECUENCIA, CONFIRMAR la sentencia N° 31 de fecha veintinueve de julio de 2009 dictada por la entonces Cámara en lo Criminal Segunda de esta ciudad, por la que se condena a JUAN LEONARDO DÍAZ y LEANDRO ARIEL SERRANO, como autores penalmente responsables del delito de HOMICIDIO EN RIÑA (art. 95 C.P.), (...), a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, con costas..." (fs. 1607/1625).

En contra de tal resolución, dedujo impugnación extraordinaria el señor Fiscal Jefe, Dr. Pablo Vignaroli (fs. 1626/1629).

Por aplicación de lo dispuesto en el art. 245 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus respectivas argumentaciones; en este contexto, la causa queda en condiciones de ser resuelta.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Evaldo D. Moya y Dr. Ricardo T. Kohon.

Cumplido el procedimiento previsto en el art. 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes CUESTIONES: 1°) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2°) ¿Es procedente la misma?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión el Dr. EVALDO D. MOYA, dijo: Sentado así el motivo de la impugnación extraordinaria, se impone el estudio de los recaudos mínimos de procedencia:

a) La misma fue presentada en término y por quien está legitimado para ello.

b) Por lo demás, ha sido deducida en contra de una sentencia definitiva.

c) Por último, los agravios enunciados -del modo en que han sido presentados y con total abstracción sobre la respuesta que merece el fondo del asunto- resultan captables dentro del supuesto previsto en el artículo 248, inciso 2° del C.P.P.N.

Ello así pues si bien las cuestiones de hecho y prueba o de derecho común son ajenas a la vía extraordinaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (y por consiguiente no cuadran en la norma local referida en el párrafo anterior), no es menos exacto que el reclamo de los apelantes se sustenta en supuestos de arbitrariedad fáctica y normativa que llevaría –siempre desde su punto de mira- a descalificar el fallo como acto jurisdiccional válido, aserto éste que fue acompañado del correspondiente desarrollo argumental en el recurso. Y dichas censuras, claro está, no pueden ser descartadas a priori en esta fase de análisis.

Al ser ello de esta forma, el recurso de control extraordinario ha superado los ápices formales inherentes a este tipo de impugnación y es admisible desde tal plano. Tal es mi voto.

El Dr. RICARDO T. KOHON 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. EVALDO D. MOYA, dijo: I.- Según los términos de la presentación fiscal, la sentencia se habría dictado prescindiendo de los medios de prueba producidos en el juicio oral y vulnerando las reglas de la sana crítica.

En su opinión, sería errónea la calificación legal del hecho en la figura del homicidio en riña (art. 95 del Cód. Penal). Dicha aserción se funda en que "...la víctima no participó de ninguna riña, altercado o escaramuza previa al hecho...", por lo que no sería ajustado a derecho "...Extender a él la participación de sus amigos..." (sic.).

Se explaya en el sentido que, a través de los testimonios de Cavalotti, Garré, Dimarco y Soto, habría sido posible reconstruir el aporte de cada uno de los sujetos activos en el delito. A tal fin, divide el hecho en etapas: a) en un primer momento, Garré y Dimarco, quienes eran amigos de Galar (la víctima), se acercaron al Peugeot Partner para recriminarle a su conductor, Chambla, por un incidente previo ocurrido en la calle Yrigoyen, y, acto seguido, Garré le asestó una trompada a Chambla, b) los ocupantes del vehículo descendieron y arremetieron en contra de Garré y Dimarco, quienes lograron escapar hacia el boliche "Eterno", c) recién entonces, Díaz, Serrano y el menor Z. (ya que Chambla fue absuelto) arremetieron en contra de Galar, que había permanecido ajeno a la escaramuza: Z. le asestó un golpe de puño en el rostro a Galar que lo dejó inconsciente, entonces, Díaz y Serrano, le aplicaron puntapiés en la cabeza y en el cuerpo que le provocaron la muerte; se daría, entonces, una coautoría de homicidio simple, agravado por la participación de un menor de edad, ejecutada con dolo eventual, que, según su punto de vista, merecería una pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas.

Concluye descartando la riña con sustento en que no habrían existido agresiones recíprocas entre Galar y sus atacantes (por Z., Díaz y Serrano), sólo ellos lo golpearon, ni tampoco entre Garré y Dimarco con estos últimos. Es más, Galar ni siquiera habría intentado calmar a sus amigos o evitar la pelea.

Cita doctrina y antecedentes judiciales en apoyo de su postura.

II.- Que en la audiencia, fijada en los términos de los arts. 245 y 249 del C.P.P.N., las partes fundaron sus respectivas posiciones sobre la materia debatida (cfr. acta de debate).

a) El Dr. Rómulo A. Patti afirmó que la instancia de control extraordinario está fundada en que el Tribunal de Impugnación hizo lugar parcialmente al recurso que había interpuesto la Defensa, calificando el hecho en la figura del homicidio en riña (art. 95 del C.P.), por lo que fijó la pena en tres años de prisión de cumplimiento efectivo.

Sostiene que estarían reunidas las exigencias relativas a la admisibilidad formal de esta vía impugnaticia, por tratarse de una sentencia arbitraria y por existir doctrina contradictoria con un fallo anterior del Tribunal Superior de Justicia sobre la misma cuestión, en alusión a la sentencia dictada en el expediente n° 78/2008, "Z., C. J. s/ Homicidio Simple", a quien se condenó por este tipo legal (arts. 32 y 248, inc. 2° y 3°, del C.P.P.N.).

En cuanto a la primera de las causales invocadas, sostiene que sería aplicable la figura de homicidio simple, agravado por la participación de un menor de edad (arts. 41 quater y 79 del Cód. Penal), desechando la calificación de homicidio en riña bajo el argumento que existiría una contradicción básica en el pronunciamiento del Tribunal de Impugnación, en tanto ponderó que Galar se mantuvo ajeno a la agresión de sus compañeros, pero que, en cierta forma, él intervino en los hechos, cuando Galar ni siquiera intentó aquietar a los contendientes.

Añade que la riña engloba una pendencia, una disputa, una quimera tumultuaria. Según Donna, la riña se caracteriza por la reciprocidad de las acciones y la violencia llevada adelante por la mutua agresión, sin que sea posible establecer el rol que tuvo cada uno de los protagonistas en la pelea, puesto que la individualización del autor, con los resultados concretos que fija la ley, lleva a un desplazamiento hacia el homicidio o las lesiones.

De acuerdo a las declaraciones testimoniales de Cavallotti, Garré, Dimarco y Soto, el hecho podría dividirse en dos etapas. En una primera instancia, cuando localizan a la Peugeot Partner, Garré se acercó por el sector del conductor, mientras que Dimarco lo hizo por el lado del acompañante, reprochando el episodio ocurrido en la calle Yrigoyen. Garré atacó al conductor, Chambla, lo que motivó que todos los pasajeros de la camioneta descendieran del vehículo para perseguir a los agresores, hasta que ellos ingresaron en el boliche "Eterno". La segunda etapa, comienza cuando

advierten la presencia de Galar. En ese momento Z., por entonces menor de edad, quien fue condenado en el fuero respectivo, le propinó una trompada en el rostro a Galar (equimosis interna en el labio inferior, cfr. autopsia), que provocó su caída y el estado de inconsciencia inmediato de la víctima; en ese estado, se materializó la agresión de Díaz y Serrano (Chambla fue absuelto), quienes le propinaron puntapiés en la cabeza y en el cuerpo, causándole lesiones cerebrales que provocaron su muerte. El testigo Cavallotti los identificó como aquellas personas que ejercieron violencia directa sobre el cuerpo de la víctima. Por el contrario, no se pudo acreditar que Galar hubiera intervenido en alguna clase de riña, o que hubiese intentado evitar la pelea con sus amigos.

Respecto al dolo, no hubo un concierto previo, pero cada uno materializó una contribución al resultado, en grado de coautoría, pues debían representarse, al menos con dolo eventual, que la acometida podía causar la muerte de la víctima. Por lo tanto, solicita que la sentencia sea revocada, se condene a los encartados en orden a la figura de homicidio simple, agravado por la participación de un menor de edad, en grado de coautoría, y se les aplique una sanción de quince años de prisión, accesorias legales y costas del proceso.

b) El Dr. Gustavo L. Palmieri, por su parte, puso énfasis en que tanto el señor Juez de Instrucción, como la otrora Cámara Criminal Segunda, de esta ciudad, coincidieron en la subsunción en el art. 95 del Cód. Penal, mientras que, por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia, propició el encuadre legal del hecho en los arts. 41 quater, 45 y 79 del Cód. Penal, interpretando que el acto fue ejecutado con dolo eventual.

Como consecuencia de ello, los imputados padecieron dos años y seis meses de prisión preventiva, cumpliendo la pena en libertad, lo que se explica porque, como no tenían antecedentes penales, pudieron haber obtenido la libertad condicional a los ocho meses. Sin embargo, como ejercieron su derecho al recurso, cumplieron el periodo en privación de libertad.

Arguye que lo que se discute es hasta donde llega la constitucionalidad de la competencia en los supuestos de casación positiva; sentando posición en el sentido que, a su juicio, la condena sólo sería legítima en la medida que, un tribunal de juicio, establezca la responsabilidad penal, pero nunca un órgano de revisión.

Entiende que la Fiscalía intenta invalidar una sentencia en un caso donde la propia Corte Suprema de Justicia advirtió sobre la existencia de un riesgo de inconstitucionalidad. Aun cuando esta doctrina se estableció teniendo en miras el derecho al recurso, opina que la decisión se tomó porque hubo un error en la calificación legal.

Agrega que la parte acusadora se valió de una vía impugnativa formalmente inadmisible (arts. 14 y 15 de la ley 48; art. 248, inc. 2°, del C.P.P.N.), pues no logró acreditar la arbitrariedad, sino que discrepa con la forma en que los jueces valoraron la prueba.

En relación con la hipótesis prevista por el art. 248, inc. 3°, del C.P.P.N., estima que la sentencia de responsabilidad, dictada por el Juez Penal del Niño y del Adolescente, en contra de Zapata, se habría dictado por el delito de homicidio en riña, pero no por el de homicidio simple. Recién cuando el caso llegó al Tribunal Superior de Justicia, por un recurso de casación presentado por la Dra. Finochietti, quien le atribuyó a Zapata la autoría de ese delito (ya no como partícipe), dicho órgano jurisdiccional dispuso condenar a Zapata por esa figura legal; y si bien esa sentencia quedó firme, ello se debe a que el recurso interpuesto por la Defensa Oficial fue extemporáneo. Entonces, no existiría contradicción, en la medida que la Corte ordenó la revisión del fallo, por directa aplicación de la garantía del doble conforme; de allí que, a su criterio, esta causal sea inadmisible.

Interpreta, por vía de hipótesis que, si prospera el recurso presentado por la parte acusadora, se estaría afectando la garantía de la reformatio in pejus (art. 230 del C.P.P.N.), desde que, a partir de un recurso intentado por los imputados, receptado en forma favorable por la Alta Corte, se provocó una decisión ulterior del Tribunal de Impugnación, más beneficiosa para los enjuiciados.

Destaca, además, que la Cámara Criminal Segunda advirtió un problema constitucional: las partes acusadoras nunca le habían atribuido a los enjuiciados, hasta el momento de los alegatos de clausura, la intención de matar (voto del Dr. Castro); sin embargo, en ese estadio procesal, la Fiscalía les atribuyó el dolo eventual. Por otra parte, afirma que el voto dirimente del Dr. Massei no estaría fundado, produciendo un menoscabo al derecho al recurso.

Postula que el recurso deducido por el Ministerio Público Fiscal sea rechazado, confirmando la sentencia que condenó a los imputados Díaz y Serrano por el delito de homicidio en riña. Es necesario, a su juicio, poner fin a la cuestión, tanto por el derecho de los imputados como por el derecho de las víctimas. Por lo demás, solicita que, a título ejemplar, se impongan las costas al Ministerio Público, tratándose de un caso que, incluso, llegó a la Alta Corte, para que los acusadores limiten su faena recursiva, de forma objetiva, a los casos en los que la decisión sea cuestionable; no en aquellos en que se reitera una pretensión punitiva, sin mayores fundamentos legales.

III.- Comenzaré el estudio del asunto propuesto a la consideración de esta Sala Penal, reseñando –en la forma más escueta posible- los fundamentos del fallo impugnado.

a) En ese marco, el basamento jurídico de la decisión emitida por el Tribunal de Impugnación es la siguiente: a) recién en los alegatos las partes acusadoras invocaron que los imputados actuaron con intención homicida (fs. 1620), b) de los informes médicos se desprende que la víctima falleció como secuela de "...por lo menos dos, sino tres puntapiés en la cabeza, no pudiéndose determinar efectivamente quién fue el autor material de la muerte..." (fs. 1620), c) el resultado muerte se produjo como derivación de una acción "espontánea" de los encartados Díaz y Serrano, quienes, junto con Zapata (que, a esa fecha, era menor de edad), reaccionaron frente a la agresión sufrida por Chambla (quien pertenecía a su grupo), persiguieron a los compañeros de la víctima, Dimarco y Garré, quienes buscaron protección en el boliche "Eterno", para, en escasos minutos, identificar y agredir a Galar -el occiso- (fs. 1620/1620 vta.), d) los encartados no se valieron de ningún elemento punzocortante o contundente para perpetrar su accionar delictivo (fs. 1620 vta.), y e) que no puede "...escindirse en etapas diferenciadas un hecho que ocurrió en pocos minutos y que formó parte de la misma acción, ya que para los imputados y su grupo de amigos se trataba de la misma pelea..." (fs. 1622).

Descripta en prieta síntesis la argumentación precedente, resulta oportuno recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en multitud de precedentes, estableció que más allá de que los agravios pudieren tener vinculación con cuestiones de hecho, prueba y derecho común, ajenas a su competencia cuando conoce por la vía extraordinaria, las particularidades que exhiben determinados casos permiten hacer excepción a dicha regla, ya que a través de la doctrina de la arbitrariedad se procura asegurar las garantías constitucionales de defensa en juicio y el debido proceso, lo que amparan también al Ministerio Público Fiscal (cfr. C.S.J.N., Fallos: 199:617; 299:17; 307:2483 y 308:1557), exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos: 301:978; 311:948 y 2547; 313:559; 315:29 y 321:1909).

Tal situación de excepción, entiendo, se encuentra producida en la causa.

Esto lo afirmo, pues una simple lectura del legajo, que tramitó en gran medida de acuerdo a las previsiones del anterior sistema procesal, me permite aseverar que, en todas las instancias del proceso (iniciado por prevención policial), la imputación fue seguida en orden al delito de homicidio simple, agravado por la participación de un menor de edad, en los términos de los arts. 41 quater, 45 y 79 del C. P. (indagatoria de Serrano –fs. 141/144-, indagatoria de Díaz –fs. 152/155-, auto de procesamiento con prisión preventiva –fs. 354/364-, requerimiento fiscal de elevación a juicio –fs. 787/797-, auto de elevación a juicio –fs. 845/848-, presentación del caso por el Ministerio Público Fiscal –fs. 1109- y alegato final de la fiscalía –fs. 1125-).

Resta, entonces, hacer una breve alusión al elemento intencional.

Ya desde el auto de procesamiento con prisión preventiva se les atribuyó a los imputados el acto ilícito cometido con dolo eventual. Prueba de ello es que, a fs. 363/363 vta., se valoró que: "...en momento alguno escapó al conocimiento de los agresores la naturaleza y entidad del feroz despliegue de fuerza que se materializó y las consecuencias de ello. Un acometimiento de tamaña magnitud (...), no puede tener otro resultado que el aquí acreditado. (...). Y el conocimiento cierto de ello en ningún momento afectó el ámbito volitivo de quienes actuaron. (...), que si eventualmente no hubiere buscado ese resultado, si lo tuvo por cierto y efectivo y ello no modificó su conducta..." (sic.). Y, en sintonía con ello, pueden consultarse, también, las constancias de fs. 795 vta., 1109 y 1125.

En todo caso, la cuestión se ciñe exclusivamente a determinar en qué consistió la intimación del hecho materializada en las declaraciones indagatorias prestadas por Serrano y Díaz. En dicho acto procesal, el por entonces señor Juez de Instrucción les enrostró que: "...junto a (...) haber atacado con golpes de puños y patadas en el cuerpo a Galar Pulley Jorge Javier provocándole lesiones diversas y un grave traumatismo cráneo-encefálico lo que le causara la muerte minutos después..." (fs. 141 y 152, respectivamente); y, tal descripción fáctica, la juzgo suficiente, pues permitió ejercer plenamente el derecho de defensa.

Cabe traer a colación, por su atinencia al presente pleito, un conocido precedente vinculado a la temática: "...67. Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la 'acusación' en el debido proceso penal vis-á-vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado 'principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia' implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación..." (C.I.D.H., "Fermín Ramírez Vs. Guatemala", cons. n° 67, del voto de la mayoría, rto. el 20 de junio de 2005).

A fin de cuentas, en esa etapa incipiente de la investigación no se podía exigir un mayor detalle en el aspecto subjetivo de la imputación; y, por otro lado, el impugnante no precisó que otro medio de prueba, diverso a los oportunamente propuestos, pudo haber presentado a fin de favorecer la situación procesal de los enjuiciados.

En consecuencia, tratándose de un argumento dirimente del fallo que no se corresponde con las circunstancias comprobadas de la causa, resulta descalificable como acto jurisdiccional válido conforme a una pacífica jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal Nacional (Fallos: 271:270; 276:261; 284:375; 300:362; 316:2464 y 2718; 324:3952, entre otros).

Al ser esto de esta forma, la sentencia n° 130/2014 emitida por el Tribunal de Impugnación debe ser nulificada, como así también los actos anteriores que dependen de ella (art. 98 del C.P.P.N.).

IV.- Al retrotraerse el procedimiento al estadio fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su fallo de fs. 115/116 del incidente conexo que corre por cuerda, corresponde dar inmediato cumplimiento a su manda y otorgar en consecuencia la doble conformidad judicial al Acuerdo n° 47/2011.

Si bien la Sala Penal –con otra integración- fijó en su pronunciamiento de fs. 1583/1584 la competencia del Tribunal de Impugnación para tal menester, dicho temperamento no será continuado por los suscriptos, en el convencimiento de que ello implicaría subvertir el orden natural del control de las decisiones jurisdiccionales y, fundamentalmente, alterar el ámbito de la jurisdicción del Tribunal Superior fijado en la Constitución de la Provincia del Neuquén, en tanto coloca a este Cuerpo como "Tribunal de última instancia" (art. 242, inc. b), de la Constitución Provincial).

Por lo demás, aun ponderando el "principio de horizontalidad" que inspiró la remisión primigenia del legajo al Tribunal de Impugnación, no se colige de tal postulado que los magistrados que actuaron en funciones propias como máximo intérprete de la ley en el orden local puedan, válidamente, dejar en manos de jueces inferiores la potestad de confirmar o revocar su fallo.

Debo recordar que el mantenimiento del legajo en la misma instancia, aunque con la constitución de un Sala ad hoc o con magistrados diferentes que no hayan emitido opinión sobre el fondo del asunto, ha sido el modo fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para garantizar el llamado "doble conforme" en situaciones análogas a las que aquí se presenta (Cfr. "Duarte, Felicia s/ recurso de casación", D.429.XLVIII, del 05/08/2014, cons. 7°).

En definitiva, participo de la opinión que debemos asumir la competencia revisora en relación al Acuerdo n° 47/2011, de la Sala Penal, que, en función de la nulidad declarada, recobró plena virtualidad; incluyendo aquellas cuestiones de hecho, prueba y derecho común que reclaman un examen pleno de las cuestiones planteadas por el recurrente,

de conformidad con las singulares aristas que presenta el caso, que autorizan a excepcionar el restringido ámbito de actuación previsto por el art. 248, inc. 2°, del código adjetivo.Incluso, la exégesis aquí propiciada ha tenido eco en un precedente que examinó la materia: "...8°) Que esta Corte reconoce que la doctrina de la arbitrariedad no la habilita a actuar como tribunal ordinario de alzada para el análisis y tratamiento de cuestiones no federales. No obstante, en esta oportunidad, deberá avocarse excepcionalmente a actuar como tribunal revisor, ya que de no hacerlo, la nueva sentencia condenatoria (...) no tendría instancia de revisión alguna y se conculcaría la garantía contemplada en el art. 8 inc. 2 h de la Convención Americana de Derechos Humanos, la que goza de jerarquía constitucional..." (Fallos: 330:5212, in re: "Argul", disidencia del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni).

V.- En tal faena, cabe recordar que, por Acuerdo n° 47/2011, esta Sala Penal resolvió, en lo que aquí interesa: "...II.- HACER LUGAR parcialmente a los Recursos de Casación deducidos por el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Pablo Vignaroli, y la parte querellante, representada por los Dres. Ricardo Horacio Cancela y Laura Cancela, interpuesto por el motivo sustancial. III.- CASAR la Sentencia N° 31, de fecha 29 de julio de 2009, obrante a fs. 1147/1187, dictada por la Cámara en lo Criminal Segunda de esta ciudad, por errónea aplicación de la ley penal sustantiva (artículo 415, inciso 1°, en función del artículo 428 del C.P.P. y C.). VI.- CONDENAR en definitiva a JUAN LEONARDO DÍAZ y LEANDRO ARIEL SERRANO, como COAUTORES PENALMENTE RESPONSABLES DEL DELITO DE HOMICIDIO SIMPLE, AGRAVADO POR LA PARTICIPACIÓN DE UN MENOR DE EDAD (arts. 79, 45 y 41 quater del Código Penal), por el hecho perpetrado el 17 de julio del año 2006 en contra de Jorge Javier Galar, a la pena de DIEZ AÑOS Y OCHO MESES DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, más la accesoria prevista en el art. 12 del Código Penal por idéntico término y costas del proceso. V.- RECHAZAR el Recurso de Casación deducido por el Sr. Defensor Particular, Dr. Juan Carlos Ríos Iñiguez, a favor de Leonardo Ariel Serrano. VI.- RECHAZAR el Recurso de Casación deducido por el Sr. Defensor Particular, Dr. Gustavo Eduardo Palmieri, a favor de Juan Leonardo Díaz...." (fs. 1317/1354 vta.).

En contra de tal resolución, dedujo impugnación ordinaria el señor Defensor Particular, Dr. Gustavo E. Palmieri, a favor de JUAN LEONARDO DÍAZ y LEANDRO SERRANO (fs. 1590/1597).

En concreto, el Dr. Palmieri pretende que se dicte la absolución de sus representados en función de la supuesta arbitrariedad de las decisiones adoptadas y la presunta absurdidad en la valoración del material probatorio.

a) En primer lugar, sostiene que se habría valorado en forma arbitraria la evidencia producida en el juicio –lo que denomina como "defectos formales"-, contrariando las reglas de la sana crítica (fs. 1593).

Dicho déficit se haría patente, en lo relativo a la prueba testimonial y a la evidencia científica, porque se descartaron cuestionamientos introducidos por la Defensa sin brindar razones válidas para ello, especialmente en lo atinente a la causa de la muerte de Galar, su mecanismo de producción y probables intervinientes o partícipes, así como también en relación a la falta de credibilidad de los testigos (sobre todo Cavallotti, quien habría practicado una identificación en la etapa de investigación del caso); rechazándose la hipótesis alternativa de la Defensa en cuanto a la autoría.

Asimismo, respecto a la determinación de la pena, alega que se habrían vulnerado los principios constitucionales de proporcionalidad y dignidad de las penas.

Por otra parte, se habrían conculcado las garantías del debido proceso y del juicio previo, así como el principio de congruencia, al modificarse la teoría del caso (base fáctica por la que fueron juzgados y hallados responsables los imputados), a través del mecanismo de la casación positiva, "mutando" el objeto del proceso penal.

Invoca, en última instancia, la aplicación de los principios de presunción de inocencia y de la duda.

b) En segundo lugar, señala que existirían "defectos sustanciales" que implicarían una seria afectación del principio de legalidad penal –art. 18 de la C.N., art. 1 C.P.P.N.- (fs. 1595).

Así, se habría aplicado erróneamente la ley sustantiva, a partir de una "...ilógica y aparente motivación de la acreditación del elemento subjetivo de la figura del art. 79 del Cód. Penal, cuanto en los elementos objetivos y subjetivos del art. 95 del Cód. Penal, a partir de un razonamiento sostenido en una 'ficción de autoría' y desconociendo la vigencia del principio de culpabilidad..." (sic.).

A tal fin, propone que se tengan presentes los siguientes documentos:

a) las actas de debate y la video-grabación del juicio, b) las sentencias impugnadas (del Tribunal Superior de Justicia y de la otrora Cámara en lo Criminal Segunda, de esta ciudad), y c) la resolución adoptada por la Alta Corte en el recurso de queja.

Hizo reserva del caso federal.

VI.- Asimismo, en la audiencia celebrada ante el Tribunal de Impugnación, en fecha 23 de octubre de 2014, las partes desplegaron sus respectivas alegaciones (cfr. video-filmación).

a) La Defensa Particular, a cargo del Dr. Gustavo E. Palmieri, plantea, como cuestión preliminar, que se disponga una postergación de la audiencia.

Comienza señalando que la Corte Suprema ordenó que se cumpla con la garantía del doble conforme en relación a la sentencia dictada por la Sala Penal, del Tribunal Superior de Justicia, que hizo lugar parcialmente a un recurso de casación deducido por el Ministerio Público Fiscal, modificó la teoría legal, e impuso una condena de efectivo cumplimiento, muy superior a la que los imputados habían recibido en el fallo de primera instancia.

Explica que los videos de la audiencia oral le fueron entregados por la Oficina Judicial con poco tiempo de antelación, por lo que solicita la suspensión de la audiencia a fin de poder ejercer debidamente su tarea profesional, en salvaguarda del derecho de defensa, y teniendo en cuenta las dificultades que presenta el caso: el fallo de la Alta Corte deja en un "cono de sombra" (sic.) la materia a impugnar; situación que, según relata, habría consensuado con la Fiscalía.

b) Por su parte, en representación del Ministerio Público Fiscal compareció la señora Fiscal Jefe, Dra. María Dolores Finochietti, quien se conformó con la suspensión de la audiencia, en atención a la gravedad del caso, más allá de los motivos invocados, así como también para preservar el derecho de defensa. Y, en lo que hace a la labor Fiscal, señala que durante el juicio estuvo presente el Dr. Vignaroli (si bien la Dra. Finochietti acusó en el caso del menor).

c) Por voto mayoritario, el a quo hizo lugar al planteo preliminar de la Defensa.

VII.- Con fecha 9 de diciembre de 2014, a las 8:00 horas, se celebró nueva audiencia ante el Tribunal de Impugnación.

a) El Dr. Gustavo E. Palmieri, en ejercicio de la defensa técnica de los imputados alegó que el 5 de agosto de 2014 la Corte hizo lugar a un recurso extraordinario federal y dispuso que se preserve el doble conforme. En su opinión, en el Acuerdo emitido por el Tribunal Superior de Justicia se habría desoído la garantía prevista por el art. 8.2.h de la C.A.D.H., respecto a los encartados Díaz y Serrano, en tanto se trataría de una hipótesis de casación positiva que contravendría la garantía del juicio previo y su derecho a la jurisdicción.

a.1) Al respecto, se pregunta cuál es el alcance de la impugnación, si se ciñe a cuestionar el Acuerdo de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, que calificó el hecho como homicidio simple, agravado por la participación de un menor de edad, cometido con dolo eventual, o alcanza, también, a la sentencia de la por entonces Cámara de Juicio en lo Criminal Segunda, de esta ciudad, que los condenó por la figura de homicidio en riña; interpretando que la impugnación se haría extensiva a ambas sentencias judiciales (tratándose de un supuesto de casación positiva), poniendo en evidencia que, en su opinión, los imputados habrían cumplido la pena impuesta por la otrora Cámara Segunda.

Por otro lado, postula que los órganos de revisión podrían mejorar la situación de los imputados, pero no agravarla (tan sólo tendrían competencia para anular aquellas decisiones inválidas y ordenar un reenvío).

a.2) Plantea que las sentencias puestas en crisis serían arbitrarias, por valorar la prueba de forma absurda.

En este sentido, cuestiona tres aspectos de las decisiones: 1) la materialidad del hecho, es decir, la forma en que se estableció cómo sucedió el delito, 2) la coautoría, que tilda de ficticia, en cuanto a la forma en que se determinó quienes intervinieron en la agresión que causó la herida mortal de Galar, y 3) la teoría legal del caso, en relación a la calificación legal, que estima errada; expidiéndose por la anulación total de ambas sentencias y la absolución de los encartados, o, en subsidio, confirmar la sentencia de la Cámara Segunda (art. 95 del Cód. Penal), excepto en lo concerniente a la determinación judicial de la pena.

Añade que, para la Fiscalía de Delitos Juveniles hubo un solo agresor: Zapata, mientras que, para la Fiscalía del Caso, fue una agresión ejecutada por varias personas.

Por otra parte, señala que el Dr. Castro, en su rol de Juez de Cámara, anticipó que la Fiscalía introdujo tardíamente la cuestión del dolo eventual y que no observaba, en las proposiciones fácticas de la acusación, ninguna referida a homicidio simple con dolo eventual; extremo que nunca se les habría atribuido a los imputados.

El debate giró, a su modo de ver, en torno al modo de producción de las lesiones, porque las declaraciones testimoniales eran, según interpreta, contradictorias (Dres. Scutteri, Losada y Flores, médicos forenses). Destaca que el Dr. Scutteri puso énfasis en la lesión de la víctima: traumatismos múltiples severos (producto de varias lesiones); y, cuando fue interrogado (el cráneo de Galar no presentaba lesiones exteriores visibles) dijo que el óbito se habría originado por la suma de lesiones (no por una en particular). Lo que no pudo establecer es si las lesiones fueron ocasionadas por una o varias personas; y objeta que no se produjo una pericia complementaria sobre el cuero cabelludo de la víctima, que podría haber arrojado evidencia científica certera sobre este aspecto del caso. A su turno, critica la labor desempeñada por el Dr. Flores, quien abundó en el posible efecto rebote padecido en el cráneo de Galar (no lo pudo afirmar, sólo dijo que era posible). En cuanto al Dr. Losada, indica que hizo referencia al traumatismo severo, pero cuestionó –o puso en duda en la audiencia- la posibilidad de que el golpe mortal hubiera sido efectuado por el menor Z., porque en el procedimiento se le secuestró la zapatilla y no le hallaron restos orgánicos.

Pasa a ocuparse de la prueba testimonial, manifestando que las expresiones no eran coincidentes. La ex Cámara Segunda dijo que el testigo privilegiado (por haber observado el hecho en su totalidad), Cavallotti, era creíble: que Garré y Dimarco le recriminaron al chofer de la camioneta el incidente previo (en calle Yrigoyen), uno lo le propina una agresión (el que estaba sobre el lado del conductor), y allí los jóvenes que iban en el furgoneta persiguieron a sus agresores (no a Galar). Por aplicación del proceso de reconstrucción histórica (heurística), lo concreto era que había varias personas en el lugar.

Entrando de lleno a la crítica del voto del Dr. Castro, en lo atinente a la credibilidad asignada a Cavallotti, señala que dicho magistrado, para tomar su decisión, habría desacreditado a los demás testigos del hecho. En especial, a dos testigos directos: Lamilla y Cárdenas, personas que contaron su versión de lo sucedido, por haberlo presenciado, pero que no estaban vinculadas con ninguna de las partes del litigio.

La señora Cárdenas dijo que después del golpe el chico cayó al piso, le dio otro golpe más en el estómago (una patada, que también fue muy violenta). A Galar lo vio caer muy cerca. Después no vio más golpes, propinados por otras personas, porque casi inmediatamente después llegó la policía, que redujo al agresor. Lamilla, por su parte, declaró que una persona atacó a la otra, que cae al piso. No sabe cuántas personas bajaron de la camioneta. Sólo vio al agresor (una persona robusta), que propinó el golpe en el cuello; y que la persona demorada fue la misma que aplicó el golpe. Sin embargo, objeta que el Dr. Castro ponderara que era probable que estas personas estuvieran distraídas; conclusión inverificable, para neutralizar el valor de sus dichos, pero que no surge de lo manifestado por las testigos. En realidad, según el Dr. Palmieri, los dichos de Cárdenas y Lamilla se contraponían con lo señalado por Cavallotti; de allí que, para el letrado, el voto del Dr. Castro no aparecería ajustado al principio de razón suficiente; y el fallo del Tribunal Superior de Justicia habría obviado, a su parecer, este argumento de la Defensa (55:00 min., primer video).

Alude al testimonio de Cavallotti (que estaba estacionado con su taxi detrás de la camioneta). Este testigo, a diferencia de las anteriores, dice que se le acercan todos, lo rodean, y uno de ellos le propina un golpe tremendo a la víctima, directamente a la cara, vio que la víctima azotó su cabeza en contra de una pared de piedra laja, y cayó de una manera que se asustó mucho, boca abajo y no se movió (sólo por los golpes que recibía). Hasta ahí, coincide con Lamilla y Cárdenas. Pero, luego, Cavallotti se acercó al lugar, tomó a uno de los agresores del brazo, que se detuvieron, salvo el más robusto (por Z., por entonces menor de edad) que fue inmovilizado por la policía. Remarca ciertas fisuras de Cavallotti: estas personas le siguen pegando a la víctima en la cara, el gran golpe fue directo a la nariz, calcula que todos pegaban patadas. Es más, Cavallotti participó de una rueda de reconocimiento de personas, donde se materializó un contraexamen: no recordó quién pegó el golpe más fuerte (recién al refrescarle la memoria, por sus dichos permitió inferir que era Z.), y existió una controversia respecto a quien llevaba el cinturón (si Chambla o Díaz) y respecto a si eran tres masculinos los que pegaban.

Ya, en relación a las declaraciones de los policías, opina que la versión brindada en el juicio estuvo contaminada, en un aspecto central, por información periodística. En la investigación dijeron que cuando llegaron al lugar tuvieron dificultades en demorar a Z., que estaba exaltado, mientras que a los demás, "...los vimos como espectadores..." (1:08 hs., primer video).

Alude a Soto (que llegó con Castillo), quien fue objeto de contraexamen: había más personas, pero no podía especificar que hacían. Lora, personal de seguridad del boliche "Eterno": ve a un chico que le pega a la víctima; en el contraexamen: confirma que había tres o cuatro personas más alrededor de Galar, que no vio que le pegaran al occiso, los ubica a 1,5 metros de distancia. Estos dichos, también pondrían en crisis los dichos de Cavallotti, son versiones opuestas entre sí; cuestión que la Cámara salvó señalando que podrían haber visto un tramo del hecho.

También habrían variado el sentido de sus declaraciones Garré y Dimarco. En dos declaraciones policiales, y una judicial, Garré negó haber visto que le pegaran a Galar, lo que sí afirmó en el debate: vio a un morocho que le pegaba; no sabe si observó al cinturón, si vio a otras personas golpeándolo. En relación a Dimarco, subraya que, cuando llegó a Eterno, vio que tres o cuatro personas le asestaban golpes a Galar, reconociendo que, luego de la intervención de la policía, sólo quedó Z.. Antes, no habría precisado quiénes eran las personas que le pegaban. Tampoco presenció el duro golpe señalado por Cavallotti. En síntesis, estas dos declaraciones tampoco fueron valoradas. Es decir, la ex Cámara de Juicio en lo Criminal Segunda, de esta ciudad, únicamente evaluó a Cavallotti, descartando al resto de los testimonios.

Agrega que no habría certeza sobre el modo en que se desarrolló el hecho, por la existencia de prueba testimonial contradictoria y la insuficiencia de la prueba científica; los argumentos utilizados para desconocer las versiones de Lamilla y Cárdenas es, a su juicio, muy endeble, en función del principio de la duda. Por ello, solicita la anulación del Acuerdo n° 47/2011 y la absolución de Díaz y Serrano por el beneficio de la duda.

Respecto de la teoría legal del caso, refiere que la otrora Cámara de Juicio en lo Criminal Segunda, de esta ciudad, subsumió la conducta en el tipo previsto en el art. 95 del Código Penal, postulando la anulación parcial del fallo con sustento en que no se habría intimado a los imputados su comisión con dolo eventual, y, en subsidio, si se mantiene esa calificación legal, que critica en sus aspectos objetivo y subjetivo, solicita que la pena sea dejada en suspenso en función de sus circunstancias atenuantes y agravantes.

b) El señor Fiscal Jefe, Dr. Pablo Vignaroli, comenzó la réplica centrándose en los alcances que, a su juicio, tendría la impugnación ordinaria; es decir, si se limita a lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia o si, por el contrario, también se extiende a lo que decidió la Cámara de Juicio en lo Criminal Segunda, de esta ciudad. En este sentido, se pronuncia a favor de la primera de las alternativas, porque –según afirma- la Corte se refiere a ese fallo, y, además, el Tribunal Superior de Justicia, en cuanto rechazó el recurso -de casación- deducido por la Defensa habría respondido los agravios vinculados a la autoría.

En relación a la prueba científica, señala que no debe desconocerse el objeto de la pericia médica, pues la cantidad de sujetos que agredieron a la víctima debe colegirse únicamente de un análisis conjunto de los medios de prueba reunidos a lo largo del proceso. Así, los Dres. Flores, Scutteri y Losada habrían coincidido en decir que la víctima fue agredida reiteradamente en la cabeza; mientras que Losada fue más allá, encargándose de aclarar que el menor Zapata no pudo haber sido el que aplicó puntapiés (cfr. pericia sobre la zapatilla secuestrada).

En cuanto a la prueba testimonial, critica la postura de la Defensa –en lo atinente a la credibilidad asignable a la misma- aduciendo que Cavallotti se vio venir lo que iba a pasar porque estaba más atento que Lamilla y Cárdenas; apreciación que se compadecería con la prueba científica. En esa dirección, remarca una primera diferencia: Cavallotti dijo que el primer golpe fue en la cara y que Galar cayó inconsciente (cfr. autopsia: equimosis en el labio inferior, a lo que el Dr. Losada añade que Galar quedó knock out), al contrario de Lamilla y Cárdenas, para quienes el puñetazo fue dado en la nuca.

Es más, los dichos de Cavallotti estarían avalados, desde un principio, por la versión de Garré y Dimarco (fs. 172, 174 y 176).

Relata que Cavallotti tenía una mejor condición de observación, ya que era un taxista acostumbrado a manejar en la calle y pudo ver todo lo ocurrido (identificando a Díaz y Serrano como quienes golpearon a Galar cuando estaba en el piso), al igual que Garré y Dimarco, pues eran perseguidos por el grupo agresor, y, los policías del local bailable, por ser alertados por estos últimos, mientras que Lamilla y Cárdenas, eran dos jóvenes que caminaban por el lugar; por ende, la duda en torno a la autoría habría sido desvirtuada.

Respecto de la calificación legal de homicidio simple, agravado por la participación de un menor de edad, cometido con dolo eventual, sostiene que se derivaría de que los imputados aplicaron patadas a la cabeza de Galar, que estaba tirado en el piso, representándose que ese accionar iba a producir la muerte de la víctima.

Arguye que el hecho tuvo tres secuencias: 1°) el incidente producido en la calle Yrigoyen, en donde la camioneta habría rozado a Galar, Garré y Dimarco mientras cruzaban la calle, 2°) En Av. Argentina y Belgrano, Garré y Dimarco le recriminan al conductor del automóvil lo sucedido, incluso el primero de ellos le pega, por lo que los pasajeros del vehículo bajaron y los corrieron, y 3°) encuentran a Galar y comienzan a agredirlo. Por ello, descarta la riña, ya que Garré y Dimarco provocaron la situación (21:15 min., tercer video), pero no Galar, que estaba con las manos en los bolsillos, y, por pertenecer al otro grupo, lo mataron. Hubo, a su criterio, una coautoría funcional, con la intención o representación de que podían matarlo: todos los golpes provocaron que falleciera.

c) En uso de la última palabra, el señor Defensor hizo mención a las actas de indagatoria (fs. 141/145 y 152/156) a fin de alegar que la imputación no estuvo bien dirigida: "...no se les atribuyó haber dado golpes a la cabeza..." (27:25 min., del tercer video).

Discrepa en relación a que para que haya homicidio en riña debe haber un acometimiento recíproco, señalando que es una figura residual, y que, en cualquier caso, no integró la proposición fáctica de la Fiscalía. Cita el voto del Dr. Fayt en el precedente "Antiñir", de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sumado a ello, no se habrían individualizado los golpes que, en concreto, provocaron la muerte, haciéndose una vaga alusión –en esta instancia del proceso- a su sumatoria.

Por otra parte, las testigos Lamilla y Cárdenas estuvieron presentes en el sitio donde se produjo el hecho, al igual que Cavallotti, más allá de las primeras relataran que el golpe fue en la nuca y el segundo que fue en la cara, siendo una inferencia inválida la relativa a que ellas iban distraídas; y, además, Cavallotti dijo no tener certeza (32:45 min.).

En la medida que la C.S.J.N. no le puso un límite al recurso, opina que se ordenó una revisión integral, debido a que la oportunamente efectuada sería errónea.

VIII.- Se impone llevar a cabo el análisis de los recaudos mínimos de procedencia:

a) La impugnación ordinaria fue presentada en término, por parte legitimada para ello, y está dirigida en contra de una sentencia definitiva.

b) Por lo demás, la misma resulta autosuficiente, desde que es posible conocer cómo se configuran -a juicio del recurrente- los motivos aducidos y la solución final que propone.

Por consiguiente, estimo que el recurso de control ordinario debe ser declarado, desde el plano estrictamente formal, admisible (arts. 233, 239, 242 y 246, inc. 3°, del C.P.P.N.). Tal es mi voto.

IX.- Llegados a este punto, estimo que el Acuerdo n° 47/2011, emitido oportunamente por la Sala Penal, debe ser confirmado en su totalidad.

En primer término, y por razones de índole metodológica, responderé los agravios tendientes a cuestionar el método de valoración de la prueba, que, desde su óptica, se habría llevado a cabo de manera arbitraria y absurda, desoyendo expresos planteos de la Defensa, a la vez que contrariando los principios de razón suficiente y de la duda.

a) Inmerso en esa tarea, comenzaré por el estudio de la temática referente a la materialidad del acto ilícito reprochado.

a.1) Sobre el particular, el señor Defensor Particular remarcó ciertas contradicciones que, en su opinión, habría entre las diferentes pericias médicas practicadas al occiso, así como también entre las sucesivas declaraciones testimoniales prestadas por los galenos en el debate; en especial, puso énfasis en las siguientes temáticas: a) la causa o el mecanismo de producción de la muerte: mientras el Dr. Scutteri hizo alusión a traumatismos múltiples severos, a raíz de

varias lesiones, su colega, el Dr. Flores, se refirió a un posible efecto rebote acaecido en el cráneo, como consecuencia de los puntapiés recibidos, y b) los probables partícipes del delito: para el Dr. Scutteri, pudieron ser una sola o varias personas, sin embargo, el Dr. Losada, sembró duda respecto a que Z. ocasionara el golpe mortal, pues no se hallaron restos de material orgánico en su zapatilla (Dr. Losada).

En relación a esta crítica, observo que en el Acuerdo impugnado se estableció que las pericias médicas no fueron categóricas en relación con "...el número de lesiones propinadas y de atacantes...", en cuya virtud no resultaron un medio de prueba apto para arrimar certeza sobre esta cuestión; no obstante, lejos de omitir su cometido, los señores Vocales, al igual que los magistrados que intervinieron en el juicio oral y público, acreditaron dicho extremo legal con prueba testimonial (fs. 1344 vta.).

Cabe aclarar que, en la sentencia n° 31/2009, el a quo se había ocupado de la causa de la muerte, subrayando la plena conformidad de los tres médicos forenses en relación a este punto; el Dr. Flores, que practicó la autopsia, el Dr. Losada, que dictaminó sobre el material fotográfico disponible de la autopsia, y el Dr. Scutteri, como médico patólogo. Todos coincidieron en que Galar presentaba: "...severas lesiones en el encéfalo, con grandes hemorragias en los laterales, frente y tronco cerebral, que produjeron el deceso en muy poco tiempo..." (fs. 1149 vta.).

Esa conclusión se corresponde con la autopsia, prueba en la que el Dr. Flores comprobó la existencia de "...lesiones en el tejido cerebral y vasculares (...) y hemorragia intracerebral, principalmente a nivel del tronco encefálico, lo que ocasionó el óbito en forma inmediata. (...). La muerte (...) se produjo por hemorragia intracerebral por traumatismo cráneoencefálico grave..." (fs. 228); a su vez, el Dr. Losada dijo que la víctima: "...recibe dos golpes romos, altamente compatibles con puntapiés porque dejan en la galea impronta cuadriforme, con hematoma subyacente. Esos golpes fueron propinados en direcciones distintas, uno de izquierda de atrás adelante y otro de la derecha de adelante atrás, por lo que puede afirmarse que se trata en ambos casos de personas diestras, observándose además que los hematomas tienen forma regularmente cuadriforme y de distinto tamaño, por lo que es compatible con dos personas distintas..." (fs. 324), agregando más adelante que: "...Su muerte se debió a una lesión centrada en el tronco cerebral, sobre el eje protuberancia bulbo raquídeo. Estas lesiones son mortales en forma inmediata. (...) Ha recibido al menos tres impactos. Éstos son los golpes recibidos en vida, luego pudo haber sido golpeado, pero ya había muerto..." (fs. 493); y finalmente, los Dres. Scutteri y Cabaleiro, se explayaron en el diagnóstico: "...congestión meníngea y hemorragia subaracnoidea difusa. Hemorragia de ventrículos laterales. Parénquima cerebral y base de tronco encefálico con congestión vascular y áreas de extravasación perivascular..." (fs. 545/548, el original aparece en mayúsculas).

Y, si prestamos atención al estudio de las zapatillas de Zapata, en las que no se encontraron "...fluidos biológicos..." (fs. 982), podemos concordar con el Dr. Losada en que ello pudo haberse debido al extenso periodo transcurrido entre el acto investigado y el informe forense.

De las reflexiones efectuadas se deriva, siguiendo los cánones de la sana crítica racional, que este tramo de la censura no es dirimente para zanjar el pleito. Los médicos aportaron elementos muy significativos en orden a esclarecer la materialidad del hecho (lesiones que presentaba el cadáver y causa probable de la muerte), más allá de algunas discrepancias menores que no resultaron determinantes a la hora de definir a sus autores.

a.2) La censura se focalizó, en paralelo, en hacer notar las discrepancias del recurrente con la manera en que se valoró la prueba testimonial; que es, en definitiva, lo que decidió a la otrora Cámara de Juicio en lo Criminal Segunda, de esta ciudad, y luego a la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, a reprocharles la coautoría del acto ilícito tanto a Díaz como a Serrano.

El gravamen consiste en que, para alzaprimar la versión de Cavalotti, se habrían desechado otros testimonios que sembrarían duda sobre la materialidad del hecho y su autoría. En concreto, las declaraciones de Cárdenas y de Lamilla, en función de una conclusión inverificable: que las deponentes pudieron haberse distraído; las versiones de los policías Soto y Lora, porque quizás se contaminaron con alguna información periodística; y las testimoniales de Garré y de Dimarco, con sustento en que las mismas sufrieron alteraciones con el transcurso del tiempo (cfr. pto. VII.- a.2).

A modo de introito, cabe recordar la posición de la Alta Corte en torno a esta cuestión: "...24)...lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación. (...). 25) Que se plantea como objeción, que esta revisión es

incompatible con el juicio oral, por parte del sector doctrinario que magnifica lo que es puro producto de la inmediación. Si bien esto sólo puede establecerse en cada caso, lo cierto es que, en general, no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la inmediación. Por regla, buena parte de la prueba se halla en la propia causa registrada por escrito, sea documental o pericial. La principal cuestión, generalmente, queda limitada a los testigos. De cualquier manera es controlable por actas lo que éstos deponen. Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios..." (Fallos: 328:3399, in re: "CASAL", voto de los Dres. Enrique S. Petracchi, Juan C. Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo L. Lorenzetti).

a.3) Bajo esta línea conceptual resolveré este motivo impugnativo, ocupándome, en primer término, de la situación procesal del imputado Juan Leonardo Díaz.

Con relación a este imputado, la Sala Penal citó un largó pasaje de la sentencia de la Cámara de grado: "(...) Díaz sí estaba entre los que salieron de la parte trasera de la Partner (como dice el testigo [por Cavallotti] que hizo el que él identificó –además de Serrano); Díaz mismo se sitúa cerca de Galar y Z., aunque dice que sólo para separar al último. Chambla no sólo los ubica a Z. y a él junto a Galar discutiendo con éste, sino que le atribuye exactamente el mismo movimiento que a Z., por el cual dice que éste golpeó (con el puño) a la víctima; no dice que le conste que Díaz alcanzara a golpear, pero sí que vio un movimiento idéntico al de Z. [...] De las testimoniales de Cárdenas y Lamilla [...] resulta que la última (Lamilla) vio o percibió (cree haber visto) uno que se bajó de la camioneta y se dirigió directamente a pegarle a Galar. (...). En este contexto la identificación de Cavallotti, si bien le atribuye haber llevado el cinturón (cosa que vio, indudablemente, en Chambla), situándolo entre los que golpeaban a Galar, hace también prueba razonable en su contra [...] Las circunstancias que lo rodean, su propia ubicación cerca del cuerpo caído, el señalamiento por Chambla, que es casi una denuncia [...] el vínculo con dos de las adolescentes que estuvieron en la escena, neutralizarían la duda que surge de la vinculación (falsa, evidentemente) que hace de Díaz con el cinturón..." (fs. 1331/1331 vta., la aclaración me pertenece).

Tengo para mí, entonces, que la atribución de participación de Díaz en la figura delictiva, en grado de coautor, se estableció en base a los siguientes medios de prueba: a) la identificación de Cavallotti, en la rueda de personas (fs. 1160/1160 vta., en función de fs. 183/183 vta.), b) el descargo del propio enjuiciado, que se ubicó cerca de Galar y Z., c) los dichos de Chambla, en cuanto observó que Díaz –que estaba de espaldas- efectuó un movimiento con el brazo, similar al que antes había ejecutado Z. (fs. 1154), y d) el relato de Lamilla, que advirtió que uno de los jóvenes que se bajaron de la camioneta golpeó al fallecido (cfr. fs. 1157).

Por consiguiente, no es cierto que el fallo funde, única y exclusivamente, la autoría de Díaz en la versión de Cavallotti, máxime si se repara en que Chambla, que fue absuelto e integraba el mismo grupo que Díaz, lo identificó como uno de los agresores.

a.4) En lo que respecta a Leandro Ariel Serrano, aquí sí cobró una mayor relevancia la identificación y el testimonio de Cavallotti.

En la pieza procesal atacada, la Sala Penal, conformándose con lo ponderado por el a quo, señaló que: "...Cavallotti (...) ubicó a Serrano agrediendo a Galar (cfr. acta de reconocimiento de fs. 183, incorporada por lectura y sus dichos en el debate [evocados en la sentencia a fs. 1159 vta. y ss., y su evaluación hecha a fs. 1166 y ss.])..." (fs. 1339 vta.), "...por el brevísimo lapso que transcurrió entre la golpiza y la presencia policial es muy probable que los atacantes no hubieran tenido tiempo de regresar a la camioneta sin ser advertidos (tal como lo hicieron Chambla y Larrat), mezclándose con el resto de la gente como si fueran 'espectadores' (fs. 1169), lo que daría crédito también al señalamiento de ese testigo sobre Serrano..."; con todo, la versión del Sargento Carlos Alberto Soto fue compatible, en algunos aspectos, a la del testigo ya mencionado (fs. 1340 vta.).

Asimismo, el Dr. Emilio E. Castro, que actuó como Juez ponente de la Cámara que tuvo a su cargo el juicio oral y público, refirió –en relación a Cavallotti- que: "...Preguntado (debate) dijo que [en las ruedas] había algunos de los que

vio golpear; cree que el del cinturón y el de pelo largo. Dice luego que está seguro que los que reconoció eran los que estaban pegando..." (fs. 1160 vta.).

Vale decir, por lo tanto, que este testigo fue concluyente para acreditar la autoría de Serrano en el acto ilícito reprochado. Nótese que, según apreció la Cámara, "...El testigo sacó a uno de los atacantes, de pelo largo..." (cfr. fs. 1160/1160 vta., y 1169).

a.5) Desde ya comparto los criterios de ponderación tomados en cuenta por la Sala Penal -si bien con otra integración, y, anteriormente, por el a quo- para considerar de suma trascendencia el testimonio de Cavallotti (fs. 1329 vta./1330, en función de 1166/1167).

Sintetizando: 1°) no estaba vinculado con ninguno de los dos grupos antagónicos, 2°) manejaba su taxi justo por detrás de la Peugeot Partner, presenciando el primer incidente (sobre calle Yrigoyen) y previendo que iba a haber pelea (Dimarco, Garré y Galar apuraron su paso para interceptar a la camioneta en Av. 9 de Julio y Belgrano), y 3°) estaba atento a todo lo que sucedía, además, tenía una posición privilegiada.

No hay controversia al respecto, únicamente se cuestionó que se hubiesen desechado las otras deposiciones. Sin embargo, los dichos de Lamilla fueron significativos a la hora de demostrar la autoría del imputado Díaz (no alcanza con decir, sin más, de un modo genérico, que se obvió su relato porque caminaba con su amiga –por Cárdenas- distraída); los policías y empleados de seguridad del boliche "Eterno" no pudieron aportar datos de importancia sobre la acción homicida porque estaban cumpliendo sus funciones y sólo se arrimaron al lugar cuando Garré y Dimarco, que lograron escapar, les solicitaron auxilio; estos últimos, por las razones que se acaban de exponer, no estuvieron en condiciones óptimas para identificar la conducta de cada uno de los integrantes del otro grupo.

Por ende, la crítica pone de manifiesto una discrepancia subjetiva del impugnante con la línea argumental de la sentencia, que, lejos de ser arbitraria o absurda, se conforma a las reglas de la sana crítica, y alcanza el grado de certeza exigido por toda sentencia de condena en el ámbito penal.

X.- Corresponde que me concentre, entonces, en el análisis de los agravios dirigidos en contra de la calificación legal asignable al hecho.

a) En tal cometido, debo comenzar por reseñar los aspectos fácticos que se tuvieron en cuenta para emitir el pronunciamiento objetado.

Ello es así porque, como dijo la Corte, en este tipo de planteos existe una "...imposibilidad de modificar la base fáctica bajo la forma del tratamiento de un vicio en la calificación legal de los hechos y (...) la necesidad de realizar un nuevo juicio si se reconocen vicios en la apreciación de las reglas de la sana crítica ante los límites que impone el principio de inmediación..." (Fallos: 331:2077, in re: "Tarditi, Matías Esteban s/ homicidio agravado por haber sido cometido abusando de su función o cargo como integrante de la fuerza policial –causa n° 1822-", del pto., del dictamen del señor Procurador General al que, en lo pertinente, se remitió la mayoría de la Alta Corte).

Si se comparte esta línea conceptual, es dable destacar que, en el Acuerdo puesto en crisis, se hizo alusión a que: "...La sentencia tuvo por probado que el grupo conformado por los coimputados '(...) llegando a la intersección con Belgrano cruzan o los cruzan Galar, Garré y Dimarco, que salían de un bar ('Juanito') con dirección a 'Eterno', sobre la Diagonal 9 de Julio, a poco más de media cuadra de Belgrano (hacia el N.O.)

[...] En ese lugar hubo un primer incidente, que fuera el motivo de lo que luego ocurriría [...] la camioneta pasó muy cerca de los tres peatones; dicen Dimarco y Garré que los rozó, incluso que uno de los espejos golpeó en su brazo al primero; pasó sin disminuir la velocidad [...] Un taxista, Cavallotti, que casualmente iba detrás de la Partner, vio el cruce y dice que oyó el golpe. Lo cierto es que, evidentemente, pasó muy cerca y hubo contacto físico entre la camioneta y Dimarco. Cierto también es que por lo menos éste y Garré se enojaron; esto es así por los acontecimientos que siguieron: la camioneta siguió por Irigoyen hasta cruzar la Diagonal, por la que giraron (hacia el S.E., pasaron frente al local 'Eterno', sin detenerse; dicen que a mirar), deteniéndose cerca de la intersección con Belgrano y Avenida Argentina, por el semáforo [...] Los tres del otro grupo los habrían visto girar [...] sea como fuere, los vieron detenidos cerca del semáforo y, cruzando en diagonal Belgrano (dirección Este-Noreste; lo dicen Dimarco, Garré y Cavallotti) [...] Dimarco se aproximó a la ventanilla del acompañante [...] Garré por la del conductor. De acuerdo a ambos, Chambla

les habría contestado que si no querían que los pisen, deberían haberse apurado (para cruzar). Eso no aparece en las versiones de ninguno de los miembros del otro grupo (los que viajaran en la Partner). Ante esto –dicen Dimarco y Garré- éste le 'empuja la cabeza' a Chambla. Según Chambla y Márquez, cuando el primero giró la cabeza hacia el lado del acompañante, apareció sorpresivamente Garré y le pegó en la nuca; él se volvió para ese lado, y recibió un puñetazo en el ojo [...] Como era de esperar, esos golpes enfurecieron no sólo a Chambla, sino a todo el grupo; Márquez los vio, algunos de los otros también y los demás lo oyeron. Ni Garré ni Dimarco vieron que en la parte trasera iba un grupo numeroso [...] Se sorprendieron [...] Garré advirtió también que todos se bajarían; por lo que intentó impedirlo procurando retener la puerta trasera [...] Mientras tanto Chambla y Márquez bajaron, el primero con un cinto enrollado en su mano [...] Garré no puede contener a los otros jóvenes (no puede impedir que abran el portón y salgan), abandona y huye. El grupo lo persigue [...] Márquez quiso retener a Dimarco, pero éste se desprende. Tanto Dimarco como Garré, cada uno por su lado, se dirigen apresuradamente [...] a 'Eterno' buscando refugio o auxilio policial.
Sus perseguidores abandonan la persecución del primero, retornan [...] los que bajaron de la camioneta se cruzan con Dimarco, tratan de interceptarlo, sin éxito, aunque Díaz alcanza a acertarle un puñetazo en la espalda [...] Los de la camioneta siguen volviendo atrás, cuando advierten a Galar, que no había hecho nada (lo dicen todos, absolutamente: venía caminando con las manos en los bolsillos; nadie lo vio acercarse a la Partner, nadie le vio una actitud ni gesto agresivo, ni le oyó decir palabra)...' (fs. 1152/1153 vta.), describiéndose luego (bajo las diferentes versiones que luego se analizan) una probada agresión física de ese grupo (identificándose con grado de certeza a Z., Serrano y a Díaz) cuya intensidad generó la muerte de Galar..." (fs. 1332vta./1333vta., del citado Acuerdo n° 47/2011, de la Sala Penal, por remisión a la sentencia pronunciada por el a quo, cfr. fs. 1152/1153 vta.).
b) Para una mejor comprensión del tema, sintetizaré la línea argumental del fallo objetado:
1) No participa en una riña aquella persona que interviene para pacificar, por lo que la subsunción en el delito de homicidio en riña (art. 95 del Cód. Penal) es insostenible bajo el falaz argumento de que Galar fuera tenido como "contendiente" o "enemigo", atributo que le arrogaron los atacantes (fs. 1334),
2) tampoco sería correcto calificar el hecho como un homicidio en agresión: la víctima ni siquiera se defendió en forma pasiva (fs. 1335), 3) los autores fueron identificados: Z. –por entonces menor de edad-, Díaz y Serrano (fs. 1336), desplazando la figura del art. 95 del Cód. Penal, por la del homicidio simple (art. 79 del Cód. Penal), en grado de coautoría (fs. 1336 vta. y 1338 vta.), 4) la embestida no fue precipitada ni repentina, permitiendo un breve lapso de reflexión en los autores del ilícito, prueba de ello es que Galar llegó a manifestarles que era extraño a la causa generadora del conflicto (fs. 1336 vta.), 5) en cuanto al aspecto subjetivo (fs. 1337), el dolo homicida es palmario, pues Galar fue agredido por los imputados con reiteradas trompadas y puntapiés en la cabeza, valiéndose de su condición de desvanecimiento, en cuyo contexto, era sumamente previsible -"de fácil pronóstico" (sic.)- el resultado mortal finalmente acaecido, como derivación de su acto conjunto (fs. 1338 vta.), y 6) dicha calificación se agrava por la participación de un menor de edad (fs. 1352).
c) En tal entendimiento, los señores Vocales, Dres. Antonio G. Labate y Oscar E. Massei, al momento de pronunciarse en el Acuerdo (fs. 1337vta./1338vta.) hicieron alusión a que: "...en el recordado caso 'Antiñir' (C.S.J.N., Fallos 329:2367), en el que si bien se discutía otra problemática en torno a la figura del homicidio en riña, se dieron pautas señeras para establecer cuándo se estaba ante un homicidio de esas características y cuando se configuraba un homicidio simple. En tal sentido, (...) expresó el voto mayoritario que '(...) en muchos casos tratados como homicidio o lesiones en riña o agresión hay más bien una coautoría dolosa de lesiones o muerte, como por ejemplo, cuando todos aplican puntapiés a la cabeza de la víctima, viendo que los demás también lo hacen, de modo que todos debilitan en común la resistencia del cráneo o del cerebro...'. En torno a la pauta de distinción entre uno y otro, el voto del Dr. Zaffaroni, que en este tema no difiere del criterio sentado por los restantes Ministros de la Corte, expresó que '...en la riña o agresión tumultuaria no consta la autoría del homicidio porque no puede constar, dado que es prácticamente imposible establecerla. Cuando esa autoría conste [como en el caso de autos en el que se han identificado a su coautores], rigen las reglas de la autoría y de la participación...' (del voto del Dr. Zaffaroni); '...Al respecto se ha aclarado que el homicidio en riña, nace 'sólo en el supuesto del desconocimiento no en el de ausencia o irresponsabilidad; de ser el

autor un inimputable, niño o enajenado mental, por ejemplo, pero conocido, se destruiría inevitablemente el tipo del artículo [95 (Quintano Ripollés, op. cit., pág. 352). El elemento negativo 'no individualización de quienes causaron el resultado', aparece sin restricciones en la legislación nacional desde el proyecto de 1891 (art. 125). Su Exposición de Motivos no deja lugar a dudas sobre la teoría que adoptan los redactores al decir: 'la especialidad del homicidio o de las lesiones en riña consiste en no saberse quién fue el autor de las heridas o muerte' y añade 'desde que se sepa quién o quiénes fueron los autores, el caso especial desaparece y queda el hecho punible sometido a las reglas del homicidio o de las lesiones'. Del mismo modo, Soler señala que dicho antecedente revela la clara subsidiariedad del tipo de riña, bajo la condición de desconocimiento del real culpable, en tanto no era punible quien participaba, ni aun habiendo ejercido violencia, si se determinaba quién fue el autor del resultado lesivo (conf. Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, ed. TEA, Buenos Aires, 1992, tomo III, pág. 156) [...] no necesariamente debe determinarse quién causó la herida final para dar por subsumida la conducta en un caso de coautoría de homicidio. Tal fue la conclusión de esta Corte en el caso 'Rebolledo'. Allí se afirmó que 'todos los que hubiesen tomado parte en la ejecución del homicidio [y no quien hubiera causado el golpe mortal] debían ser considerados como autores del mismo' (Fallos: 149:171 (notas) sentencia del 29 de agosto de 1927, publ. en JA. tomo 25, pág. 822 1927 [...] Se precisó que 'ninguna duda puede haber de que [los imputados] tomaron igual participación en el hecho, y que ambos fueron los causantes de las lesiones que recibió aquél y de su muerte, faltando en consecuencia la condición exigida por el citado art. 95 para su aplicación en este caso'. Esto es, que no conste quiénes las causaron. Así, la cuestión se resolvió por aplicación de las reglas generales de la autoría y la participación (art. 45 del Código Penal) y no acudiendo erróneamente al art. 95 (en el caso, la víctima presentaba heridas mortales en el pecho y en las espalda, lesiones que habían causado uno y otro imputado, por lo que resultaron sujetos a la misma responsabilidad penal). Sin determinarse cuál fue la herida final, se estableció que a cada uno de ellos le eran atribuibles esas heridas mortales, por lo que la pena no se basó entonces en el mero ejercicio de violencia...' (del voto en disidencia del Dr. Fayt)...".

d) Para así decidir, la Sala Penal tuvo que apartarse del criterio del a quo vinculado a que "...El problema no es el aspecto <objetivo>, sino el subjetivo..." (fs. 1171 vta.), valorando a tal fin que: "...5°) no está probado que hubiera, por lo menos en los dos acusados mencionados, voluntad de matar (ni siquiera está probado que lo hubieran previsto, aunque –como cualquiera- tuvieron la posibilidad de hacerlo)..." (fs. 1181 vta.).

e) Ahora bien, para despejar este punto de agravio es necesario acudir a la prueba colectada en el debate.

Sobre este tópico, nuestra Alta Corte ha señalado que: "...la eficacia de la prueba de indicios depende de la valoración conjunta que se hiciera de ellos teniendo en cuenta su diversidad, correlación y concordancia, pero no su tratamiento particular pues, por su misma naturaleza, cada uno de ellos no puede fundar aisladamente ningún juicio convictivo, sino que éste deriva frecuentemente de su pluralidad (Fallos: 300: 928)..." (Fallos: 314:346).

De forma análoga, la Sala Penal tomó postura señalando que: "...los hechos debidamente acreditados y no controvertidos, como así también, los elementos de convicción producidos e incorporados al debate, conforman prueba indiciaria a los fines de determinar los alcances del plan delictivo (...), para lo cual necesariamente tales indicios deben ser cotejados con las normas de la experiencia..." (Acuerdo n° 125/2013, "SOAZO, RUBÉN OSCAR S/ HOMICIDIO", rto. el 27/09/2013).

En este sentido, en el desarrollo del hecho se advirtieron distintas secuencias temporales, si bien breves y continuas, que pusieron en evidencia que los encartados tuvieron la posibilidad de optar por otro curso de acción; en esa dirección, pudieron detener su violenta ofensiva, pues no sólo existía una clara superioridad numérica del grupo agresor, conformado entre otros por Díaz y Serrano, pero también por Z., que era el más exaltado, sino que Galar había quedado inconsciente –precisamente por una trompada de este último- y no podía defenderse. De allí que, evaluando los indicios de manera conjunta, con apego a las reglas de la sana crítica racional, llego a la conclusión que los autores del comportamiento homicida tuvieron la posibilidad de representarse la producción del resultado finalmente acaecido: la muerte del joven Galar.

En rigor, si nos atenemos a lo que dijo el testigo Cavallotti, tanto Díaz como Serrano tenían pleno conocimiento de la entidad vulnerante de la primera lesión proferida por Zapata (puñetazo dirigido al rostro de la víctima), pues Galar

había perdido la conciencia, y, en ese estado, no tenía posibilidad de defenderse. Por ende, interpreto que los encartados podían representarse, al momento de dirigir sus puntapiés contra el cráneo de Galar, que él podría llegar a fallecer (según los forenses, dos o tres patadas fueron suficientes para provocar el óbito); y, aun así, continuaron con su feroz ofensiva, al extremo que Z. pudo ser separado únicamente cuando acudió al lugar la policía.

Tal como he revelado en los acápites precedentes, a mi juicio, ésta es la exégesis que se impone, cualquiera que sea la teoría sobre el dolo eventual que se prefiera:

Así, según una parte importante de la doctrina, que acentúa el elemento volitivo, "...habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción, dejando a salvo, claro está, que esa posibilidad se corresponda con los datos de la realidad. Se trata de una resolución en la que se acepta seriamente la posibilidad de producción del resultado. (...). Esta posibilidad considerada por el agente como parte del plan, distingue el dolo eventual de la imprudencia consciente, sin importar si acepta de buena o mala gana el resultado, siendo suficiente que se conforme con él..." (Zaffaroni, Eugenio R. – Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro. "Derecho Penal. Parte General", 2° edición, Ediar, Bs. As., 2002, págs. 524/525).

Por otro lado, desde una perspectiva que pone énfasis en el aspecto cognoscitivo, se enseña que: "...Para la teoría del consentimiento, o de la aprobación, lo que distingue al dolo eventual de la culpa consciente es que el autor consienta en la posibilidad del resultado, en el sentido de que lo apruebe. (...). [En cambio, para] la teoría de la probabilidad, o de la representación (...) lo único decisivo es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor. (...), un sector de la doctrina alemana actual se inclina hacia una postura, en parte ecléctica (...). Se exige así, por una parte, que el sujeto <tome en serio> la posibilidad del delito y, por otra, que el mismo <se conforme> con dicha posibilidad, aunque sea a disgusto.

(...). Mi opinión es la siguiente: (...) Cuando el sujeto no descarta que su conducta pueda lesionar un bien jurídico-penal ni cree posible <confiar en> que no vaya a ser así y, pese a tal conciencia de su virtualidad concretamente lesiva, lleva adelante su acción, realiza dolosamente la conducta peligrosa, única cosa que puede prohibir la norma de determinación. Concurre dolo eventual..." (Mir Puig, Santiago. "Derecho Penal. Parte General", 7° ed., IB-de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, págs. 266/270; el original aparece parcialmente en negritas, las aclaraciones nos pertenecen).

En síntesis, la sentencia analizada aparece motivada, derivada racionalmente del derecho vigente, emitida respetando los principios de la sana crítica racional -tanto en lo referido a las leyes del pensamiento (coherencia y derivación), como a los principios lógicos (identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente) y normas de la experiencia y de la psicología-, explicando la participación de los imputados en el tipo penal correspondiente.

XI.- Las particulares circunstancias del caso me inclinan a explayarme igualmente respecto a ciertas cuestiones, planteadas por la Defensa, en la audiencia celebrada en esta Sala Penal el día 29 de junio de 2015.

En este sentido, merece destacarse que la doctrina aquí establecida, contrariamente a lo planteado por la Defensa, no produce una afectación de la garantía de la reformatio in pejus, pues existió un recurso de casación de la parte querellante y otro de la fiscalía.

En relación a este tópico, nuestro cimero Tribunal manifestó que: "...3°) Que, según doctrina establecida por esta Corte, la prohibición de la reformatio in pejus cuando no media recurso acusatorio tiene jerarquía constitucional, por lo cual toda sentencia que ignore este principio resulta inválida en tanto importa que ha sido dictada sin jurisdicción, afectando de manera ilegítima la situación obtenida por el encausado merced al pronunciamiento consentido por el Ministerio Público en la instancia inferior, lo que lesiona la garantía contemplada en el art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 255:79; 298:432; 311:2478; 312:1156, entre otros)..." (O.136.XXXVII.REX, del voto mayoritario de los señores Ministros Dres. Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni; Fallos: 317:961, entre muchos otros).

a) En esta línea de pensamiento, de las constancias obrantes en el legajo se colige que no le asiste razón a la Defensa, desde que el Ministerio Público Fiscal interpuso, a fs. 1194/1202, un recurso de casación en contra de la sentencia de la

Cámara en lo Criminal Segunda, de esta ciudad, que motivó, a la postre, el Acuerdo n° 47/2011, de esta Sala Penal, que sí mereció, de parte de la Defensa Particular, un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Y, ante el dictado de la sentencia del Tribunal de Impugnación, la Fiscalía articuló la presente impugnación extraordinaria.

En suma, la acusación pública siempre objetó aquellas decisiones jurisdiccionales que le causaron perjuicio; por consiguiente, no se afectó la garantía de la reformatio in pejus.

b) En otro orden de ideas, queremos hacer notar que en la sentencia n° 46/2007, del Juzgado Penal del Niño y del Adolescente n° 2, de esta ciudad, se declaró la responsabilidad penal de Claudio Jonatan Zapata en orden al delito de Homicidio en Agresión, en carácter de coautor (art. 95 del C.P.).

Dicha calificación legal fue posteriormente modificada, por Acuerdo n° 48/2011 –emitido en los autos caratulados "ZAPATA, CLAUDIO JONATAN S/ HOMICIDIO SIMPLE"-, de esta Sala Penal, por la de homicidio simple, en grado de coautoría (arts. 45 y 79 del C.P.), como consecuencia de una casación deducida por la Fiscalía, que, contrariamente a lo manifestado por la defensa técnica de los imputados, le asignó ese mismo grado de aportación en la tarea criminal (pto. I.-a, penúltimo párrafo, del Acuerdo mencionado, voto del señor Vocal, Dr. Antonio G. Labate).

Como puede observarse, tampoco en este aspecto resultó afectada la garantía de la reformatio in pejus.

XII.- Desde otro ángulo, el pronunciamiento emitido en los autos caratulados "Zapata, Claudio Jonatan s/ homicidio simple –causa n° 78/2008" adquirió firmeza frente al rechazo –por extemporáneo- del recurso de hecho, deducido ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 282 y 285 del C.P.C.C.N.).

XIII.- Por lo demás, el recurrente alegó que la pena de prisión finalmente establecida quebrantaría los principios constitucionales de proporcionalidad y de dignidad, arguyendo que la pena debería ser dejada en suspenso.

Sin embargo, entiendo que en este asunto no hay agravio posible (art. 227, segundo párrafo, a contrario sensu, del C.P.P.N.). La sentencia de condena fue confirmada, y la pena de prisión ha sido impuesta en su mínimo legal (fs. 1352 vta.).

Creo así haber fundado las razones por la cuales, como ya anticipara, la impugnación ordinaria deducida debe ser declarada improcedente. Mi voto.

El Dr. RICARDO T. KOHON dijo: Sobre esta segunda cuestión me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante. Así voto.

A la tercera cuestión, el Dr. EVALDO D. MOYA, dijo: Atento la respuesta dada a la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que se declare la nulidad de la sentencia n° 130/2014, emitida por el Tribunal de Impugnación, por incurrir en arbitrariedad manifiesta, por falta de fundamentación, en los términos de los arts. 248, inc. 2°, 249, en función de los arts. 194, inc. 4), a contrario sensu, y 246, tercer párrafo, del C.P.P.N.

En su consecuencia, corresponde confirmar en todos sus términos el Acuerdo n° 47/2011, dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia con otra integración. Tal es mi voto.

El Dr. RICARDO T. KOHON dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, el Dr. EVALDO D. MOYA, dijo: Sin costas en la instancia (art. 268, segundo párrafo, a contrario sensu, del C.P.P.N.). Mi voto.

El Dr. RICARDO T. KOHON dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE: I.- Declarar la admisibilidad formal de la impugnación extraordinaria deducida por el señor Fiscal Jefe, Dr. Pablo Vignaroli; II.- Declarar PROCEDENTE la misma, disponiendo la nulidad absoluta de la sentencia n° 130/2014, dictada por el Tribunal de Impugnación, por incurrir en arbitrariedad manifiesta, por falta de fundamentación, en los términos de los arts. 248, inc. 2°, 249, en función de los arts. 194, inc. 4), a contrario sensu, y 246, tercer párrafo, del C.P.P.N.;

III.- CONFIRMAR en todos sus términos el Acuerdo n° 47/2011, dictado por la Sala Penal, de este Tribunal Superior de Justicia, integrada en la ocasión por los Dres. Lelia G. Martínez, Antonio G. Labate y Oscar E. Massei, a fs.

1317/1354 vta.; IV.- SIN COSTAS en la instancia (art. 268, segundo párrafo, a contrario sensu, del C.P.P.N); VI.- Notifíquese, regístrese y hágase saber de ello a la Oficina Judicial a los fines pertinentes.

Se deja constancia de que el señor Vocal, Dr. Evaldo Darío Moya, no suscribe el presente por encontrarse en uso de licencia, no obstante haber participado de la deliberación.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. RICARDO T. KOHON

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA – Secretario

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

**"FLORES YASMINA NOEMÍ S/ ROBO CALIFICADO 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA´"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 74/2015) – Acuerdo: 32/15 – Fecha: 21/09/2015

DERECHO PROCESAL: Impugnación extraordinaria.

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS. SENTENCIA ARBITRARIA. SENTENCIA CONTRADICTORIA. VIOLACION DE LA LEY O DOCTRINA LEGAL. ART. 248/CPPN.

1.- Corresponde declarar la inadmisibilidad de la impugnación deducida por el Ministerio Fiscal, al no verificarse un supuesto que habilite esta vía extraordinaria (artículo 248 incisos 2 y 3, a contrario sensu, del C.P.P.N.). El recurso extraordinario 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. Su objeto 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 supremacía nacional.

2.- Si bien el Ministerio Fiscal adujo que incardinaba su impugnación por el cauce del inciso 2° del art. 248 del CPPN, luego dirigió su crítica a cuestiones de hecho y prueba, como así también, de derecho común y de índole procesal ajenos a la vía extraordinaria. En cuanto al inciso 3° del artículo 248 del rito, se limitó a esbozar que lo resuelto por el a quo sería contrario a jurisprudencia de este Tribunal Superior, no quedando claro si también lo consideró contrario a anteriores fallos del Tribunal de Impugnación. En cualquier caso, no desarrolló este agravio de manera autónoma tal como se exige para habilitar el control extraordinario.

**Texto completo:**

ACUERDO N° 32/2015: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintiún (21) días del mes de setiembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores EVALDO D. MOYA y OSCAR E. MASSEI, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para resolver en los autos caratulados: "FLORES YASMINA NOEMÍ S/ ROBO CALIFICADO 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA´" (Expte. Nro. 74 Año 2015) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: I.- Que por sentencia Nro. 36/2015 del Tribunal de Impugnación, en la oportunidad integrado por los magistrados Andrés REPETTO, Richard TRINCHERI y Florencia MARTINI, de fecha 25/06/15, se resolvió hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria de la Defensa, a favor de "Yasmin" o Yasmila Noemí FLORES, D.N.I. Nro. ... En consecuencia, por un lado, se confirmó la responsabilidad penal determinada por sentencias Nros. 20/2015 y 73/2015, y por otro, se modificó la calificación legal por la de robo simple (artículo 164 del C.P.), ordenando el reenvío para la determinación de la pena (Legajo Nro. 12.310/14).

II.- Contra la decisión del a quo, el Fiscal Jefe Pablo VIGNAROLI interpuso impugnación extraordinaria encauzándola por los incisos 2 y 3 del artículo 248 del C.P.P.N.

Adujo un cambio presuntamente arbitrario de calificación legal, que se alejaría de la prueba producida en el juicio, como así también, que se habrían decidido cuestiones que no integrarían los agravios planteados por la Defensa en la impugnación ordinaria, en referencia a la calificación por la participación de un menor y a una pretendida inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal previsto para la figura agravada.

Reseñó los antecedentes del caso.

Afirmó que esta impugnación se fundaría en una supuesta arbitrariedad de la sentencia, dado que se apartaría de la ley y se decidiría en contra de la letra de la misma (artículos 166 inciso 2, 41 quáter del C.P., 178 y 187 del C.P.P.N.); sumado a que contradeciría fallos anteriores de este Tribunal Superior sobre la misma cuestión.

Criticó lo sostenido por el a quo respecto a que la fotografía del arma presuntamente utilizada para cometer el hecho habría sido erróneamente incorporada al debate, en virtud a la interpretación realizada del artículo 187 del C.P.P.N., mientras que –a su entender- habría sido correctamente incorporada.

Aclaró que el tribunal de juicio -como cuestión preliminar- resolvió introducir dicha fotografía considerando los testimonios de la víctima y de la oficial ESCOBAR; ésta última habría encontrado el arma entre las prendas de la imputada y la habría descripto. Que posteriormente, se habría exhibido la fotografía a ESCOBAR, quien habría declarado que "se parecía" al objeto al que haría referencia, lo que sería corroborado por el oficial BELMAR y se condeciría con el acta de procedimientos, que habría sido incorporada como prueba a través de los testimonios de los efectivos policiales intervinientes, en la que constaría la descripción del elemento en cuestión. Que por ello, resultaría ineludible afirmar que ese elemento habría existido, habría sido secuestrado (bajo el sistema procesal anterior) y que la foto exhibida sería del mismo.

Mencionó que el hecho habría ocurrido en el año 2012 por lo que el transcurso del tiempo lógicamente influiría en el recuerdo del suceso.

Expresó que respecto al artículo 166 inciso 2 del Código Penal, el tribunal del juicio habría aplicado la doctrina -alegada por esa parte- acorde a lo resuelto por la C.S.J.N. en "VILLARRUEL" (27/5/05); en el sentido de que debería tenerse por acreditada la existencia del arma y su utilización cuando estuviese corroborada por la declaración de la víctima y que ello se daría en este caso.

Que se habría dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 187 del rito, por el que "…el objeto que se pretende introducir debe ser previamente reconocido como tal por el testigo o perito, y luego descripto o valorado en cuanto al valor probatorio en particular..." (libelo impugnaticio, pág. 14).

En relación al artículo 41 quáter del código de fondo, el impugnante -al desarrollar los antecedentes del caso- esbozó que "...basta con la mera intervención del menor de edad en el hecho delictivo, más allá de la voluntad del mayor de edad, de valerse del mismo para descargar responsabilidad penal.

Ello, tal como sucedió en el supuesto bajo análisis, en el que incluso, la menor adoptó una activa participación, siempre en el codominio del hecho con su consorte…" (rec. cit., págs. 11/12). Luego, en los "motivos" de esta impugnación,

expuso que el a quo, para eliminar esa calificante, habría sostenido que no desconocería la discusión existente en torno al alcance de esa norma y que consideraría que la mera intervención de un menor en el hecho delictivo no importaría la inmediata aplicación de la agravante en cuestión, que lo que se habría pretendido penar más severamente sería el aprovechamiento o utilización que un mayor podría hacer de un menor en la comisión de ilícitos para descargar en él su responsabilidad penal.

Manifestó que ello se apartaría de lo sostenido por este Tribunal Superior,

"…en el Acuerdo Nro. 70/13 del 13/6/13, autos: 'Mencol Claudio Mariano s/ robo en grado de tentativa´, en el que se afirmó que para que proceda la agravante del art. 41 quáter del C.P., alcanza con que el menor tuviera intervención en el hecho, por cuanto el fundamento es la protección del interés superior del niño…" (rec. cit., pág. 14).

Aludió a que se ampliarían argumentos en la audiencia oral.

Citó jurisprudencia.

Solicitó que se declare admisible la impugnación extraordinaria, se revoque el pronunciamiento del a quo y consecuentemente, se confirmen las sentencias Nros. 20/2015 y 73/2015 del registro del Colegio de Jueces.

III.- Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus respectivas argumentaciones (cfr. registro de audio y acta de audiencia de fecha 14/08/15); en este contexto, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

a) En primer lugar, el Dr. Juan Agustín GARCÍA, Fiscal del Caso, reprodujo los términos del escrito impugnaticio y aclaró que el hecho atribuido dataría del 22/02/2012, siendo juzgado en febrero de 2015; que fue calificado en la sentencia condenatoria como robo agravado por el uso de arma y por la participación de un menor de edad (arts. 45, 41 quáter y 166 inc. 2 primer supuesto del C.P.), imponiéndose a la imputada el mínimo de la escala penal -6 años y 8 meses de prisión- y que el a quo modificó esa calificación por la de robo simple.

Afirmó que, entre otras cosas, se habría secuestrado -con el sistema procesal anterior- un elemento punzo cortante que habría sido utilizado como arma, descripto en las actas de procedimientos y de secuestro, y fotografiado por los operadores de criminalística. En una foto, ese objeto se encontraría sobre una cinta métrica y el tamaño real sería de 20 cm, se trataría de un clavo grueso más como si fuera un bulón, el modo en que iba torneado, en su punta se había hecho como un mango, una manija, con una cinta aisladora y otros objetos metálicos.

Manifestó que en el debate se encontraron con un pequeño inconveniente, que el objeto mencionado habría sido extraviado por la Oficina de secuestros; que entonces, la Defensa planteó la nulidad de la acusación, la Fiscalía se opuso argumentando que por el principio de libertad probatoria podía acreditarse ese extremo con otros medios de prueba y que los jueces rechazaron el planteo defensista.

Agregó que en el juicio, se contó con la declaración de la víctima que describió al objeto, luego se le exhibió la fotografía y dijo que "se parecía" a lo que había visto, a lo que estaba describiendo; similar procedimiento se siguió con los efectivos policiales ESCOBAR y BELMAR, los dos dieron cuenta de que se secuestró un objeto con esas características, luego, exhibidas las fotografías, dijeron que "se parece" al objeto que hicieron referencia, que se introdujeron las actas correspondientes. Los jueces de juicio –por unanimidad- tuvieron por acreditada la responsabilidad y la utilización por parte de la imputada, de ese objeto en la comisión del ilícito. Que la Defensa, en el escrito de impugnación ordinaria, se agravió por la valoración de la evidencia y en la audiencia, introdujo dos nuevos motivos: uno, relacionado con el artículo 41 quáter del C.P. y otro, con una pretendida inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal.

Respecto al Tribunal de Impugnación, dijo que habría incurrido en una arbitrariedad manifiesta (artículo 248 inciso 2 del rito) en el modo de interpretar no sólo los hechos que se tuvieron por probados en la sentencia y cómo se produjo la prueba en el debate sino que también se lo habría utilizado para aplicar erróneamente la ley, tanto la de fondo en la calificación legal del suceso como la que realizó del artículo 187 del C.P.P.N. en cuanto a cómo tendrían que introducirse los objetos materiales en el juicio en estos sistemas adversariales y que de este modo se vulneraría el debido proceso.

Criticó que el a quo habría reconocido que, en otros casos, con la sola descripción de la víctima de un arma blanca que no habría que probar la operatividad del arma, se tendría por debidamente acreditada, e introduciría cuestiones que no habrían sido planteadas por la Defensa como motivo de agravio a los fines de mutar la calificación legal. En primer término, diría que la descripción que dan los testigos de ese objeto sería como un reconocimiento dudoso, si se podría tomar como un reconocimiento la exhibición de una fotografía en el debate, porque los testigos dirían que ese objeto "se parece"; a partir de allí puso en duda que la fotografía que se exhibió fuera del objeto secuestrado.

El Dr. GARCÍA argumentó que los testigos afirmarían que sería parecido al que vieron y que, generalmente, sería lo que ocurre en los debates, cuando la Defensa pregunta si se está seguro que es el mismo y no podría decir que es el mismo, sería un objeto que coincidiría con las características del que se está refiriendo, eso ocurriría en este caso; además, que sería un objeto muy particular –reiteró la descripción antes efectuada-, con una cinta en la forma de un mango, ahí se habría cuestionado que la víctima habría dicho que en la punta sería como si fuera de una percha doblada.

Que el a quo haría una interpretación arbitraria del artículo 187 del C.P.P.N., para quitarle validez a las fotografías utilizadas en el debate y con ello, perdería sustento la acreditación que se utilizó un arma; que sostendría que tendría que haberse llevado a dicho acto a la persona que sacó las fotos a ese objeto para que diera cuenta que era el que se habría fotografiado y el que se habría secuestrado.

Aclaró que las fotografías fueron ofrecidas oportunamente, la Defensa tuvo oportunidad de oponerse y fueron admitidas en la audiencia de control de acusación por un Juez de Garantías que convalidó que fueran utilizadas en el debate; en el que habrían sido exhibidas a los testigos para que las reconocieran.

Alegó que sería erróneo lo sostenido por el a quo, que el operador que tomó la fotografía no sería perito ni testigo, si se le preguntara si tomó la fotografía diría que sí, que de ese objeto o uno parecido, que diría lo mismo que los testigos, no sabría para qué se usó ni en qué hecho, que testigo del hecho no sería. Opinó que se generaría un absurdo si en todos los casos tendría que seguir el procedimiento señalado por el a quo, que los juicios pasarían a tener una cantidad exuberante de testigos y una duración interminable; que con ese criterio, entre otros ejemplos, habría que traer a la audiencia al funcionario del Registro Nacional de Reincidencia que informó los antecedentes del imputado o si se secuestra un avión, al avión o a quién tomó la fotografía del mismo.

Expresó que prescindiendo de esa prueba, se tendría que la propia víctima y los policías estarían dando cuenta de la utilización de ese objeto punzocortante, intimidante y que podría poner en riesgo la integridad física y la vida de la persona; pero el a quo habría dicho que no sería un objeto convencional, que no sabrían si puede generar un poder de intimidación hacia la víctima y como no tendrían en cuenta las fotos y el secuestro no fue ubicado, entonces no lo consideraron y cambiaron la calificación legal.

Añadió que se configuraría el inciso 3 del artículo 248 del C.P.P.N., porque no podría desoírse jurisprudencia propia, dado que sería incoherente dictar fallos contrarios a doctrina que ya ha fijado, ni tampoco desoír la jurisprudencia pacífica de este Tribunal Superior, lo que habría ocurrido en este caso. El Tribunal de Impugnación no habría dado tratamiento a la pretendida inconstitucionalidad del mínimo legal de la escala punitiva porque hizo lugar a una interpretación del art. 41 quáter del C.P. que propiciaría la Defensa y sacó esa calificante. Que el a quo no desconocería que el Tribunal Superior tiene otra interpretación, igualmente habría decidido no aplicarla y seguir criterios personales; que más allá de lo que dice la letra de la ley, tuvieron en cuenta los antecedentes parlamentarios de esa norma, de ahí interpretaron que tendría que tomarse como que el mayor quiso desligar su responsabilidad penal en el menor; lo cual no diría la letra del código, no sería una interpretación pacífica ni coherente con la doctrina y jurisprudencia de este Tribunal Superior, que sostendría todo lo contrario, desde la primera interpretación de esa norma hasta la actualidad.

b) Posteriormente, el defensor particular Dr. RAMOS LUNA (artículo 85, 2º párrafo, in fine, del C.P.P.N.) hizo referencia a la declaración de la imputada, que no habría participado en el desapoderamiento ni en el golpe que habría recibido la víctima, que el dominio del hecho lo tendría la menor que la acompañaría –que lo habría reconocido en la Justicia de menores-. Que a fs. 12 del legajo, en un acto de reconocimiento, la víctima no habría podido reconocer a la imputada y previamente, habría declarado que habría visto bien a quien la agrediría, inclusive la agresión sería de frente, con un

golpe de puño y se la amenazaría con un arma punzocortante. Que no habría testigos presenciales del hecho en sí, que con posterioridad, los efectivos policiales llegarían y efectuarían un cacheo.

Respecto a la pérdida del secuestro mencionado, no compartió que fuera un "pequeño" inconveniente, dijo que sería "grave", en un Estado de Derecho donde la prueba debe incorporarse y hay garantías procesales, del debido proceso, del derecho de defensa en juicio, que serían vulneradas; compartió el cuestionamiento del a quo respecto al modo en que se incorporaron las fotografías al debate. Expresó que la cuestión se hubiera zanjado con la declaración del fotógrafo, podría ser que no fuera perito pero sí habría un oficial policial que firmaría un acta, que sería uno solo.

Opinó que no sólo se vulneraría el art. 187 sino también el 182 -del C.P.P.N.- porque no se podría incorporar, habría una falta grave, ninguno de los testigos podría aseverar con certeza que esa fuera el arma; se dijo que "se parece", que no sería lo mismo que "igual" o que "sí, esa es el arma", esa sería la certeza que se necesitaría y no se habría tenido. En cuanto a las características del arma, se hablaría de un clavo y de un gancho de percha, estaría en las actas y en las declaraciones, y que en las fotografías se vería que no habría ningún gancho de percha y esto también pondría en duda el elemento que haría aplicable la agravante.

Respecto a la participación de un menor, sostuvo que la imputada sería mayor por sólo pocos días y la menor lo sería también por pocos días, que sería importante porque lo que se atribuiría sería la intención de acreditar la descarga de la responsabilidad en la menor o que ésta habría sido instigada a participar en el delito. Que lo resuelto por el a quo no sería arbitrario sino coherente.

Hizo referencia a cuál sería el fin que cumpliría la pena impuesta, que se buscaría una resocialización y manifestó que harían casi dos o tres años que la imputada participaría en un grupo evangélico, habría rehecho su vida. Que eso sería lo cuestionado al momento de hablar de la proporcionalidad de la pena, máxime si se habría puesto en duda el elemento principal a la hora de atribuir la agravante.

Solicitó el rechazo de la impugnación extraordinaria.

IV.- Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Evaldo D. MOYA 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 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. Evaldo D. MOYA dijo:

1) El escrito fue presentado en término, por quien se encuentra legitimado para ello, por ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, revistiendo el mismo el carácter de decisión impugnable (artículos 233, 242 primer párrafo y 249 del C.P.P.N.).

2) En relación a los motivos de la impugnación extraordinaria, advierto que más allá de lo aludido por la parte acusadora, en realidad, no se verifica la existencia de un supuesto que pueda encuadrarse en los carriles invocados.

Cabe aclarar que una exigencia formal semejante 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.

Además, por su fin y naturaleza, se sabe que 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. Y por otra parte, 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 supremacía nacional.

3) En ese orden de ideas, en referencia al inciso 2 del artículo 248 del C.P.P.N., si bien el Ministerio Fiscal adujo que incardinaba su impugnación por ese cauce, luego dirigió su crítica a cuestiones de hecho y prueba, como así también, de derecho común y de índole procesal ajenos a la vía extraordinaria.

3.1) Ello por cuanto, se agravió por una supuesta arbitrariedad de la resolución del Tribunal de Impugnación que se apartaría de la ley o decidiría contra legem, en referencia a los artículos 166 inciso 2, 41 quáter del Código Penal, 178 y 187 del C.P.P.N.

En relación al artículo 178 del rito, infiero que su mención en el libelo impugnaticio (pág. 12) responde a un error material, por su semejanza con el artículo 187 de igual ordenamiento y ante la ausencia de otra referencia o argumentación sobre la materia regulada en la norma citada en primer término –en este párrafo-.

3.2) En ese marco, una de las cuestiones giraría en torno al modo de incorporación en el debate de la fotografía del arma presuntamente utilizada en la comisión del ilícito y a raíz de ello, si procede o no la calificante del artículo 166 inciso 2 primer párrafo del código de fondo. La segunda, respecto a la interpretación del artículo 41 quáter del Código Penal postulando una agravante por la intervención de un menor de edad en el hecho atribuido.

3.3) En la impugnación deducida, advierto una extensa línea argumental cuyo eje se centró en los antecedentes del caso y una insuficiente crítica al pronunciamiento impugnado; además, más allá de una solitaria invocación a una supuesta afectación al debido proceso (cfr. registro de audio y acta de audiencia del 14/08/2015), no se mencionó cuál sería o cómo se configuraría la cuestión federal ni se demostró alguna vulneración a normas o garantías constitucionales.

Así, como adelantara, el Ministerio fiscal se limitó cuestionar y argumentar en contra de la valoración de los elementos probatorios y de la interpretación efectuada por el a quo sobre normas procesales (artículo 187 del C.P.P.N.) y de fondo (artículo 166 inciso 2 primer párrafo y 41 quáter del Código Penal).

3.4) Además, descarto un supuesto de arbitrariedad de sentencia que pueda habilitar el control extraordinario, dado que el propio relato desarrollado por la parte acusadora permite advertir su disconformidad con las razones dadas por el a quo en torno a la cuestión; lo que me permite colegir que tal pronunciamiento se encuentra fundado, más allá de que se pueda compartir o no el criterio adoptado.

A mayor abundamiento y en lo pertinente, el Dr. REPETTO en su voto –a lo que adhirieron los restantes magistrados- analizó el valor probatorio otorgado al supuesto reconocimiento del presunto objeto utilizado para intimidar a la víctima; a partir de su testimonio categorizó a tal elemento como un arma impropia, siguiendo doctrina reconocida en la materia, para sostener que corresponde a los jueces determinar en cada caso si se encuentran o no ante este tipo de armas a los fines de determinar o no la agravante. Luego examinó la sentencia condenatoria y puso de relieve que "…los jueces consideraron probado que para cometer el delito se utilizó un arma impropia […] paradójicamente, […] para llegar a esa conclusión no observaron el objeto reputado como arma impropia en forma directa…". En cuanto a las fotografías exhibidas a los testigos –víctima y efectivos policiales-, el magistrado preopinante sostuvo que "…los jueces partieron de la presunción de que esa fotografía efectivamente retrata el objeto secuestrado en el caso concreto, siendo que en realidad ningún testigo acreditó ello previamente…" y expuso su criterio respecto al procedimiento a seguirse para la validez de la incorporación de ese medio de prueba en el debate (registro de sentencia N° 36/2015, págs. 12/17). En relación al alcance del artículo 41 quáter del código de fondo, puso de relieve la existencia de una discusión jurídica tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sobre la temática, luego tuvo en cuenta los antecedentes parlamentarios de la norma y aportó las razones por las cuales consideró que el presente caso no quedaba comprendido en la calificante (reg. cit., págs. 17/20).

3.5) En cuanto 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).

En este contexto, colijo que no se cumplimentan las condiciones sobre las cuales pudiera intervenir la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía del recurso extraordinario federal, restando así un requisito esencial para el acudimiento a esta instancia local.

4) En cuanto al inciso 3 del artículo 248 del rito, el acusador público se limitó a esbozar que lo resuelto por el a quo sería contrario a jurisprudencia de este Tribunal Superior, no quedando claro si también lo consideró contrario a anteriores fallos del Tribunal de Impugnación. De todos modos, en uno u otro caso, no desarrolló este agravio de manera autónoma tal como se exige para habilitar el control extraordinario.

4.1) El artículo 248 inciso 3 del C.P.P.N. establece que la impugnación extraordinaria procederá en los siguientes casos: "…3) Cuando la sentencia del Tribunal de Impugnación resulte contradictoria con la doctrina sentada en fallo anterior del mismo tribunal o del Tribunal Superior de Justicia sobre la misma cuestión".

La finalidad de este tipo de impugnación es la de asegurar la unidad del orden normativo jurídico-penal, para tutelar una aplicación de las normas que garanticen óptimamente el derecho de igualdad.

Se trata de verificar que ante situaciones sustancialmente iguales se han producido respuestas divergentes que han de ser unificadas por esta Sala Penal.

De modo que nunca podrá convertirse este recurso para la unificación de doctrina en una tercera instancia, en donde las partes pretendan hacer valer de nuevo sus pretensiones divergentes con lo resuelto por el a quo.

4.2) En ese orden de ideas, corresponde verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) la identidad del supuesto legal del hecho; b) la identidad de la norma jurídica aplicada; c) la contradicción entre las diversas interpretaciones de la norma y d) la relevancia de la contradicción para la decisión recurrida.

4.3) Conforme a tales lineamientos, advierto que si bien el Ministerio Fiscal, en el libelo impugnaticio, mencionó un precedente de esta Sala Penal -Acuerdo Nro. 70/13 "MENCOL" de fecha 13/6/2013- y a que se ampliarían fundamentos en la audiencia oral; en realidad, en este último acto sólo se hizo una referencia general a la jurisprudencia de este Tribunal Superior, aludiendo al criterio seguido desde la primera interpretación de la norma hasta la actualidad –cfr. audio y acta de audiencia del 14/08/2015-.

Entonces, se propició la aplicación al presente legajo de la postura sentada en el citado Acuerdo, sin demostrar que existiera una sustancial analogía entre ambos supuestos, ya que el acusador no cumplió con la carga de delinear las circunstancias particulares relevantes del supuesto fáctico del antecedente ni efectuó el cotejo correspondiente con las del presente.

Ello impide controlar el requisito de la aplicación de criterios interpretativos diferentes para hechos esencialmente iguales, en consecuencia, estimo que no se encuentran cumplidos los recaudos que tornen viable este cauce impugnaticio.

Por todo lo expuesto, corresponde declarar la inadmisibilidad de la impugnación deducida por el Ministerio Fiscal, al no verificarse un supuesto que habilite esta vía extraordinaria (artículo 248 incisos 2 y 3, a contrario sensu, del C.P.P.N.). Tal es mi voto.

El Dr. Oscar E. MASSEI 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 y la tercer cuestión, el Dr. Evaldo D. MOYA dijo: Atento al modo en que resolviera la cuestión precedente, el tratamiento de las presentes, deviene abstracto. Tal es mi voto.

El Dr. Oscar E. MASSEI dijo: por compartir sus fundamentos, adhiero al voto del vocal preopinante a esta segunda y tercer cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, el Dr. Evaldo D. MOYA dijo: Corresponde eximir del pago de las costas a la parte recurrente, conforme a las consideraciones ya expuestas en R.I. Nro. 52/2015 "CASTILLO" del registro de esta Sala Penal, a las que remito por razones de brevedad (artículo 268 segundo párrafo, a contrario sensu, del C.P.P.N.). Tal es mi voto.

El Dr. Oscar E. MASSEI dijo: Adhiero a lo propuesto por el Dr. Evaldo Dario Moya. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo,

SE RESUELVE:

I.- DECLARAR INADMISIBLE la impugnación extraordinaria deducida por el Ministerio Fiscal contra la sentencia Nro. 36/2015 del Tribunal de Impugnación, de fecha 25/06/15 (Legajo Nro. 12.310/14). II.- EXIMIR del pago de las costas a la parte recurrente (artículo 268 segundo párrafo, a contrario sensu, 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. EVALDO D. MOYA - Dr. OSCAR E. MASSEI

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA – Secretario

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

**"A. V. C. C/ S. R. A. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 59192/2013) – Sentencia: 166/15 – Fecha: 08/09/2015

DERECHO DE FAMILIA: Alimentos.

CUOTA ALIMENTARIA. ALIMENTOS PARA LOS HIJOS. ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES. DIVORCIO POR PRESENTACION CONJUNTA. PERIODOS DE LAS PRETENSIONES. VALORACION DE LA PRUEBA. NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL. DISIDENCIA PARCIAL.

1.- Corresponde dejar sin efecto la resolución de la instancia de grado en lo concerniente a cuota alimentaria fijada a favor de la ex cónyuge que asciende al 5% de los ingresos del alimentante. Ello es así, teniendo en cuenta que la Sra. A. reclama alimentos en nombre propio (fundado en lo dispuesto en los arts. 207, 231, 374 del Código Civil), que no se encuentra discutido que, luego de interpuesto el reclamo de alimentos, los cónyuges se divorciaron por mutuo acuerdo, así como que en la sentencia se sostuvo que: "Con la prueba aportada a la causa no se ha acreditado el nivel de vida durante la convivencia, tampoco que la accionante se encuentre incapacitada para trabajar –...- y/o de procurar su propio sustento, máxime cuando se puede concluir que por la edad de sus hijos (14 y 20 años) ellos no demandan un cuidado y dedicación permanente y exclusiva." "[...] Así, en función de lo expuesto, de la escasa prueba aportada por las partes, de la obligación alimentaria subsistente entre ellas, no por la condición de cónyuge culpable como indica el demandado sino por aplicación del art. 198 del CC […]", (...). Empero, teniendo en cuenta los términos del reclamo, la falta de prueba señalada en la resolución y que el vínculo no subsiste debido el divorcio por mutuo acuerdo, considero que el agravio resulta procedente y corresponde modificar la sentencia desestimando la pretensión. (Del voto del Dr. PASCUARELLI, en mayoría).

2.- En lo atinente a los alimentos dispuestos a favor de la ex cónyuge, vamos a tener en cuenta las normas aplicables en ese entonces, la fecha de demanda y la fecha de presentación del divorcio por mutuo acuerdo, a fin de arribar a la solución correcta. Así, hemos de señalar que el divorcio por acuerdo mutuo decretado el 30/09/2014 plantea la necesidad de evaluar el porcentaje fijado en concepto de alimentos a favor de la ex cónyuge, en dos periodos bien definidos. El primer periodo a considerar abarca desde la fecha de interposición de ésta acción (14/05/2013) hasta la interposición de demanda de divorcio por mutuo acuerdo -la cual según sistema DEXTRA es de fecha 09/09/2014- y para tal periodo hemos de aplicar la normativa entonces vigente. Por lo tanto, encontrándose vigente aún el vínculo matrimonial, la prestación alimentaria a favor de la actora resulta procedente, tal como ha sido dispuesta en la instancia de grado, resultando correcto el quantum fijado en base a la escasa prueba producida por ambas partes, tal como lo afirma el juez de grado en su sentencia. Durante dicho periodo, resulta válida la jurisprudencia de esta Sala en el Expte 52543/2011: "si no existe demanda de divorcio o separación personal, … la cuota fijada a favor de la cónyuge tiene su razón de ser en el art. 198 del Código Civil, pues para el caso de los esposos separados de hecho no es aplicable lo previsto en el art. 209 ni en el 207 del Cod. Civil." (Del voto de la Dra. PAMPHILE, en minoría).

3.- Respecto del segundo período a considerar, hemos de señalar que habiéndose decretado la sentencia de divorcio por mutuo acuerdo en fecha 30/09/2014, no corresponde merituar la obligación de alimentos a favor de la cónyuge en los términos de los arts. 209 ni en el 207 del Cod. Civil., por lo que corresponde, a partir de esta fecha, hacer lugar al planteo efectuado por el alimentante y dejar sin efecto el porcentaje fijado en tal concepto. [...] A mayor abundamiento, y teniendo en cuenta que en la actualidad se encuentra vigente el nuevo Código Civil y Comercial (con vigencia a partir del 01/08/2015), hemos de señalar que una solución compatible con la aquí brindada se encuentra receptada en el nuevo art. 432 del C.C, el cual reza: "Los cónyuges se deben alimentos entre si durante la vida en común y la separación de hecho. Con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria sólo se debe en los supuestos previstos en este Código, o por convención de las partes". (Del voto de la Dra. PAMPHILE, en minoría).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 8 de Septiembre del año 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "A. V. C. C/ S. R. A. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS" (EXP Nº 59192/2013) venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA Nº 3 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y

CONSIDERANDO:

1) Viene la presente causa a estudio en virtud del recurso interpuesto por el alimentante contra la resolución de fs. 76/79 que determina una cuota alimentaria del 5% a favor de la actora, Sra. A. -ex cónyuge-, para su hijo M.
A. el 10% de sus ingresos y para su hija C. E. el 25%, solicitando se revoque la sentencia en relación a los porcentajes fijados a ellos, al modo de pago por descuento automático y, por último, se reduzcan los honorarios a favor de los letrados de la actora, por altos.
A fs. 86/89 se agravia en tanto la parte actora no ha demostrado la falta de recursos ni la imposibilidad de procurárselos por sus propios medios, no se acreditó que el hijo mayor no cuente con recursos propios ni que esté cursando estudios que ameriten fijar cuota de alimentos y, en relación a su hija, no se estima el aporte en que debe contribuir su madre, recayendo sólo en su patrimonio toda la obligación alimentaria.
En relación a los alimentos dispuestos a favor de la ex cónyuge, manifiesta que la misma los solicita con fundamento en el cónyuge inocente (arts. 207, 231, 374 del Código Civil), y normas procesales concordantes, pero atento a que las partes se divorciaron por mutuo acuerdo en fecha 30/09/2014, el a quo al sentenciar se aleja de los supuestos invocados por la actora y funda el porcentaje establecido en un derecho no invocado por la misma, y que en este caso particular no se demostró, por lo cual el juez no puede suplir de oficio dicha inactividad probatoria.
Respecto al hijo mayor, manifiesta que yerra el sentenciante al suplir la falta de prueba aportada, ya que no se encuentra acreditada la condición de estudiante del mismo y/o su falta de trabajo que haga que requiera la ayuda de su padre.
Seguidamente, cita jurisprudencia que cree aplicable a ambos casos y solicita se revoque la sentencia apelada en cuanto lo condena a pagar un 15% de cuota por su ex cónyuge y a favor de su hijo mayor.
Corrido el pertinente traslado, la actora contesta a fs. 91/92. Aduce que, en relación a la cuota alimentaria como ex cónyuge, la misma se reclamó cuando aún se encontraban separados de hecho y por tal, continuaba vigente el sistema de asistencia espiritual y material, incluida la prestación alimentaria, que prevé el art. 198 del C.C., tal como fue valorado por el a quo, y en su defensa alega que no se encuentra acreditado que pueda generarse ingresos por cuenta propia y que, como contrapartida, sí se encuentran acreditados los ingresos del accionado, que determinan que es una persona solvente. Cita jurisprudencia y solicita se confirme el 5% fijado por el juez de grado.
Respecto del alimento de su hijo mayor, arguye que conforme lo establece el art. 265 del C.C., la obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los 21 años, salvo que se acredite que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo. Por ello la obligación sigue vigente ya que el alimentante no ha acreditado que el mismo sea una persona solvente o que cuente con ingresos suficientes. Cita jurisprudencia y solicita se rechace el recurso intentado.
A fs. 96 obra dictamen de la Defensora de los derechos del niño y adolescente que solicita la confirmación del porcentaje del 25% fijado a favor de C.E.
2)a) Entrando al análisis de la causa traída a estudio, hemos de tratar en primer lugar el agravio relativo a los alimentos dispuestos a favor de la ex cónyuge, y en este sentido vamos a tener en cuenta las normas aplicables en ese entonces, la fecha de demanda y la fecha de presentación del divorcio por mutuo acuerdo, a fin de arribar a la solución correcta.
Así, hemos de señalar que el divorcio por acuerdo mutuo decretado el 30/09/2014 plantea la necesidad de evaluar el porcentaje fijado en concepto de alimentos a favor de la ex cónyuge, en dos periodos bien definidos.
El primer periodo a considerar abarca desde la fecha de interposición de ésta acción (14/05/2013) hasta la interposición de demanda de divorcio por mutuo acuerdo -la cual según sistema DEXTRA es de fecha 09/09/2014- y para tal periodo hemos de aplicar la normativa entonces vigente.
Durante dicho periodo, resulta válida la jurisprudencia de esta Sala en el Expte 52543/2011: "si no existe demanda de divorcio o separación personal, … la cuota fijada a favor de la cónyuge tiene su razón de ser en el art. 198 del Código Civil, pues para el caso de los esposos separados de hecho no es aplicable lo previsto en el art. 209 ni en el 207 del Cod. Civil."

"Ello es así por cuanto la ley 23.515 ha suprimido el deber primordial del marido de sostener económicamente a la mujer y al hogar. Aun cuando no hay una regla específica, es dable interpretar que incumbe a ambos, en proporción a sus medios (v Belluscio, A. C, "Manual de Derecho de Familia", t.I, pag. 331/332, Nº 180 y 181; Bossert-Zannoni, "Manual de Derecho de Familia", p.204 y sgtes, nº 186; conf. CNCiv., Sala C, R. 127.419, del 14-5-93: id.id. R. 213.646 del 20-5-97) y que las distintas funciones que los cónyuges se hubieran atribuido durante la convivencia, son las que deciden el modo en que se aplica el art. 198 citado. En estos términos, si la esposa trabajó dedicándose al cuidado y atención de los hijos y del hogar y fue el marido quien efectuó los aportes económicos necesarios para el desenvolvimiento del matrimonio, éste último deberá, producida la ruptura, contribuir al mantenimiento de su cónyuge, siendo a cargo de ella la prueba de las circunstancias que den viabilidad al reclamo (conf. CNCiv., sala C, R.197.597, del 18-9-96 y sus citas; id.id. R.213.646 del 20-5-97)."

"Así la ausencia de pautas para la fijación de alimentos entre los cónyuges separados de hecho ha llevado a la doctrina y la jurisprudencia a dividirse en tres corrientes interpretativas: a) una amplia, que considera de aplicación el régimen establecido en el art. 207 del Cod Civil; b) restrictiva, que aplica el art 209 del citado ordenamiento y c) la postura intermedia, a la que ha adherido esta Sala en anterior composición, que aplica el art. 198, que consagra el principio de igualdad jurídica de ambos cónyuges, lo que hace que el deber de alimentos sea recíproco.(conf. Belluscio Claudio, "El cese de los alimentos para los cónyuges separados de hecho", publ. en DF y P, nov. 2012)."

"Así entonces, del art. 198 surgen las pautas necesarias para establecer la extensión del reclamo: 1) que ambos esposos son iguales en cuanto a sus obligaciones y derechos; y 2) que deben prestarse alimentos mutuamente."

Entonces, en el caso de autos y por el periodo analizado, encontrándose vigente aún el vínculo matrimonial, la prestación alimentaria a favor de la actora resulta procedente, tal como ha sido dispuesta en la instancia de grado, resultando correcto el quantum fijado en base a la escasa prueba producida por ambas partes, tal como lo afirma el juez de grado en su sentencia.

Respecto del segundo período a considerar, hemos de señalar que habiéndose decretado la sentencia de divorcio por mutuo acuerdo en fecha 30/09/2014, no corresponde merituar la obligación de alimentos a favor de la cónyuge en los términos de los arts. 209 ni en el 207 del Cod. Civil., por lo que corresponde, a partir de esta fecha, hacer lugar al planteo efectuado por el alimentante y dejar sin efecto el porcentaje fijado en tal concepto.

Dicho esto, del presente se deduce que la actora cuenta a la fecha con 37 años aproximadamente, y que salvo, la situación de pánico denunciada en la documental obrante a fs. 5, no tiene impedimento físico alguno que le impida procurarse de trabajo.

A mayor abundamiento, y teniendo en cuenta que en la actualidad se encuentra vigente el nuevo Código Civil y Comercial (con vigencia a partir del 01/08/2015), hemos de señalar que una solución compatible con la aquí brindada se encuentra receptada en el nuevo art. 432 del C.C, el cual reza: "Los cónyuges se deben alimentos entre si durante la vida en común y la separación de hecho. Con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria sólo se debe en los supuestos previstos en este Código, o por convención de las partes".

b) En relación a los agravios vertidos por el porcentaje dispuesto a favor de su hijo mayor, ya hemos señalado al respecto en el Expte. Nº 38527/2008):

"…aunque haya cumplido la mayoría de edad, ello no obsta a la subsistencia de la obligación alimentaria por parte de los progenitores, tal como lo señalara esta Sala en anterior composición, en el INC Nº 39296/9: … "Si bien no existen manifestaciones del alimentado sobre si se encuentra cursando estudios terciarios, la obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos, con el alcance establecido en el art. 267 del C.C., se extiende hasta la edad de veintiún años, salvo que el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo. (Ley 26579 art. 3ro)."., fundamento que surge expresamente del art. 265 2do párrafo, del C.C.", y en el mismo sentido lo dispone el art. 658 del C.C.

Así, no habiendo el progenitor aportado pruebas que demuestren que el alimentado se encuentre comprendido dentro de la excepción allí prevista, corresponde que el joven continúe percibiendo la cuota alimentaria considerando el porcentaje fijado como adecuado, procede la confirmación del mismo.

c) En relación al porcentaje fijado a la hija menor y el descuento automático, si bien solicita se revoque la resolución atacada respecto a estos temas, no concreta ninguna crítica puntual que permita advertir el error que achaca en el pronunciamiento. Y en tal sentido ya hemos señalado en anteriores sentencias de esta sala (conf. entre otros Exptes. Nº 402534/9, 378233/8, 334245/6 y 463034/12): "la mera disconformidad con la sentencia, por considerarla equivocada o injusta, o las generalizaciones y apreciaciones subjetivas que no cuestionan concretamente las conclusiones del fallo apelado, no constituyen una expresión de agravios idónea, en el sentido de resultar apta para producir la apertura de la presente instancia. En orden a ese objetivo, lo que se exige no es la sola crítica entendida ésta como disconformidad o queja, sino una crítica calificada, una crítica recursiva, la que para merecer dicho adjetivo debe reunir características específicas."

"Así, tal como frecuentemente hemos señalado: "el concepto de crítica razonada y concreta, contenido en el art. 265 del Código Procesal, exige al apelante, lo mismo que al juzgador, una exposición sistemática, tanto en la interpretación del fallo recaído, en cuanto al juzgado como erróneo, como en las impugnaciones de las consideraciones decisivas; deben precisarse, parte por parte, los errores, omisiones y demás deficiencias que se atribuyen al fallo recurrido, especificándose con toda exactitud los fundamentos de las objeciones, sin que las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general reúnan los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación; para desvirtuar una solución realmente dotada de congruencia, no basta criticar aspectos de ella de modo aislado pues, aún erróneo en detalle, puede ser acertado en conjunto…" Al entrar al estudio del recurso."

"Y como puede advertirse de la síntesis de los agravios planteados, la accionada no cumplimenta el requisito del art. 265 del Código Procesal, por cuanto no conforman un ataque concreto y razonado a la resolución recurrida, sino que, por el contrario, sólo traslucen una disconformidad con lo decidido, refiriéndose a cuestiones que hacen a la composición de la deuda, aspectos que no pueden dilucidarse en el estrecho marco del juicio promovido, justamente porque remiten a un análisis causal vedado en estos procesos."

En estas condiciones, corresponde hacer lugar parcialmente, y en menor medida, al recurso interpuesto por el alimentante y disponer la confirmación del 5% en concepto de alimentos para el cónyuge desde el 14/05/2013 hasta el 09/09/2014 - interposición de demanda de divorcio por mutuo acuerdo- dejando sin efecto el porcentaje allí establecido a partir del día 10/09/2014.

En lo demás, corresponde confirmar el porcentaje dispuesto para los hijos y el descuento automático.

Con respecto al recurso arancelario, efectuados los cálculos de rigor, aun con la reducción parcial ordenada precedentemente, se advierte que los honorarios fijados se encuentran ajustados a derecho por lo que se impone su confirmación.

Las costas de Alzada serán soportadas por el alimentante vencido en su mayoría (art 68 CPCyC).

Tal mi voto.

El Dr. JORGE PASCUARELLI dijo:

Teniendo en cuenta que la Sra. A. reclama alimentos en nombre propio (fundado en lo dispuesto en los arts. 207, 231, 374 del Código Civil), que no se encuentra discutido que, luego de interpuesto el reclamo de alimentos, los cónyuges se divorciaron por mutuo acuerdo, así como que en la sentencia se sostuvo que: "Con la prueba aportada a la causa no se ha acreditado el nivel de vida durante la convivencia, tampoco que la accionante se encuentre incapacitada para trabajar –más allá de certificado médico de fs. 5, desconocido y no acreditada su autenticidad- y/o de procurar su propio sustento, máxime cuando se puede concluir que por la edad de sus hijos (14 y 20 años) ellos no demandan un cuidado y dedicación permanente y exclusiva."

"Por otra parte, la actora –y sus hijos- tienen cubierto el rubro vivienda en las mismas condiciones que se daban durante la convivencia matrimonial, no habiéndose acreditado en autos que realice gastos para el sostenimiento de dicho inmueble […]".

"Así, en función de lo expuesto, de la escasa prueba aportada por las partes, de la obligación alimentaria subsistente entre ellas, no por la condición de cónyuge culpable como indica el demandado sino por aplicación del art. 198 del CC […]", (fs. 77/78). Empero, teniendo en cuenta los términos del reclamo, la falta de prueba señalada en la resolución

y que el vínculo no subsiste debido el divorcio por mutuo acuerdo, considero que el agravio resulta procedente y corresponde modificar la sentencia desestimando la pretensión.

En lo restante adhiero al voto que antecede.

Tal mi voto.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. MARCELO MEDORI, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto del Dr. JORGE PASCUARELLI adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto, la SALA I, POR MAYORIA

RESUELVE:

1.- Revocar en forma parcial la sentencia de fs. 76/79 y en tal sentido dejar sin efecto los alimentos fijados a favor de la ex cónyuge con fundamento en lo expuesto en los considerandos, confirmando en lo demás en cuanto fue materia de recurso y agravios.

2.- Costas de Alzada al alimentante en su calidad de mayormente vencido (art. 68 CPCyC).

3.- Diferir la regulación de honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada, hasta tanto se cuente con pautas para ello y conforme el monto aquí en juego..

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente a las partes y a la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente N° 1 y, oportunamente, vuelvan los autos al

Juzgado de origen.

Dr. Jorge Pascuarelli - Dra. Cecilia Pamphile - Dr. MARCELO MEDORI

Dra. Mónica MORALEJO – SECRETARIA

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

**"M. L. I. S/ SITUACION LEY 2212"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 67105/2014) – Interlocutoria: 368/15 – Fecha: 15/09/2015

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

VIOLENCIA FAMILIAR. MARCO NORMATIVO. DENUNCIA. CARÁCTER. RECAUDOS. DENUNCIAS RECIPROCAS. INFORMES INTERDISCIPLINARIOS. EXCLUSION DEL HOGAR.

1.- El esquema que rige –en los proceso de violencia familiar- [...], es el de un "proceso urgente", en el que se le ha dado primacía a la celeridad procesal, con el objetivo de que la víctima, mediante el mecanismo de una denuncia, pueda requerir y obtener el auxilio inmediato de la jurisdicción.

2.- La denuncia –radicada en el marco de actuación del Régimen de Protección Integral Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Familiar Ley N° 2785- no es una demanda en sentido estricto y por ello es que no se requiere, para su formulación, patrocinio letrado ni se confiere traslado en dichos términos.

3.- El carácter de denunciante o denunciado se diluye, en orden a los criterios de decisión de la medida de exclusión oportunamente adoptada e, insisto, no cuestionada en tiempo por el recurrente –excluido del hogar-: no advierto aquí vulneración al derecho de defensa, en tanto con anterioridad a su dictado le fue indicado que requiera patrocinio letrado y, en su caso, la posibilidad de recurrir a la asistencia de la Defensoría Oficial. Pero más allá de ello, debo advertir con relación a la fecha de las denuncias, que tal como surge de estas actuaciones y de la anotación obrante en [...] no se presentó a ratificar la denuncia, lo que sí hizo la Sra. M., conforme surge del acta [...].

**Texto completo:**

NEUQUEN, 15 de septiembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "M. L. I. S/ SITUACION LEY 2212" (EXPTE. 67105/14) venidos en apelación del JUZGADO DE FAMILIA N° 3 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. El Sr. R. L. interpone revocatoria con apelación en subsidio contra la providencia de fecha 12 de mayo de 2015, en todo lo que refiere no hacer lugar a la contestación de demanda.

Indica que se ha vulnerado su derecho de defensa en juicio e igualdad entre las partes. A estos efectos, dice que él fue el que primero realizó la denuncia por los hostigamientos de la Sra. M. y, sin embargo, se ignoró su carácter de denunciante, tomándose en cuenta la posterior denuncia de la contraria.

Se queja de que no se haya concedido el expediente en préstamo y de que se haya dictado la medida cautelar de exclusión del hogar, sin haberlo oído previamente y sin elementos probatorios que avalen los dichos de la contraria.

Critica que no se haya establecido plazo de duración de la medida y dice que la circunstancia de que haya sido notificado a fs. 14, no podría ser tenido como válido, ya que la cédula la recibió la Sra. M. y él asistió a una audiencia sin patrocinio letrado.

Dice que se han violado las disposiciones de los artículos 5 y 6 del Reglamento para la aplicación de la ley 2212, en tanto en carácter de primer denunciante, debió proveérsele de un patrocinio letrado.

En cuanto al requerimiento de que, con carácter previo al secuestro del arma, se oficie al RENAR, si no se acredita la titularidad del arma, marca y calibre, indica que no se han considerado los perjuicios irreparables que podrían causarse debido a que el arma se encuentra en poder de la Sra. M..

2. Lo que se observa del análisis del recurso interpuesto, es que el recurrente no logra concretar el perjuicio que alega, con relación a que no se haya admitido su "contestación de demanda".

La serie de argumentaciones que efectúa en punto a la vulneración del derecho de defensa, para lograr que se admita la incorporación del escrito en tal carácter, carecen de efectividad, a poco que se observe que no ha planteado ningún incidente de nulidad procesal en la instancia de origen, en la que hubiera correspondido –en su caso- deducirlo. (ver en este último aspecto "DENDAL ENRIQUE MARTIN CONTRA GONZALEZ LUCIANO RUBEN Y OTROS S/ D.Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" EXP N° 395008/9; "KUHNLE ANDRES MANUEL CONTRA ARCUCCI CARLOS ALBERTO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" EXP N° 322791/5).

Pero, a más de ello, lo que debe tenerse en cuenta, fundamentalmente, es que este tipo de procesos no responde a la estructura tradicional, cuyos ejes iniciales se encuentran dados por una demanda y su contestación.

El esquema que rige, por el contrario, es el de un "proceso urgente", en el que se le ha dado primacía a la celeridad procesal, con el objetivo de que la víctima, mediante el mecanismo de una denuncia, pueda requerir y obtener el auxilio inmediato de la jurisdicción.

La denuncia no es una demanda en sentido estricto y por ello es que no se requiere, para su formulación, patrocinio letrado ni se confiere traslado en dichos términos.

El proceso urgente, de hecho está destinado a agotarse en su dictado y las partes deben canalizar sus pretensiones por las vías correspondientes: así han indicado, de hecho, que promoverían el divorcio; en igual sentido, la magistrada ha advertido que de no arribarse voluntariamente a un acuerdo de alimentos, debería la denunciante ocurrir por la vía pertinente.

3. En cuanto a la queja sobre la medida cautelar dictada, que también se introduce en el desarrollo recursivo, debo señalar que no fue cuestionada oportunamente, por lo que los planteos que aquí se formulan no habilitan a su revisión por esta Alzada. De hecho, el pedido de cese fue sustanciado y resuelto en sentido adverso al Sr. L.; pese a ello, éste no ha recurrido tampoco tal resolución.

No obstante ello debo señalar que, conforme surge de las constancias de autos, la decisión de la magistrada no se ha fundado únicamente en los dichos de la Sra. M., sino que la situación de violencia en el seno familiar surge también de los informes interdisciplinarios llevados a cabo, y su escalada en gravedad, de las denuncias que, en forma cruzada, han realizado ambos cónyuges.

En este panorama, era claro que la convivencia no podía continuar, sin riesgo para la integridad psico-física de ambos cónyuges, y una medida de exclusión temporaria (tal el alcance de lo dispuesto por la magistrada, al indicar que a los 30 días se reevaluaría) no se muestra en desacuerdo con la situación de violencia que debía superarse.

Véase, además, que la ley 2785 dispone que "El juez o agente fiscal, al tomar conocimiento de los hechos motivo de la denuncia, puede -a pedido de parte o de oficio-, aún antes de la audiencia prevista en el artículo 23 de la presente Ley, adoptar las siguientes medidas cautelares:

a) Ordenar a la persona denunciada que cese en los actos de perturbación o intimidación, cualquiera sea su forma que directa o indirectamente realice hacia la víctima de violencia familiar.

b) Prohibir a la persona denunciada que realice actos de perturbación o intimidación, directa o indirecta, a los restantes miembros del grupo familiar.

c) Ordenar la exclusión de la persona denunciada de la residencia común, independientemente de la titularidad de la misma…"

Entiendo entonces, que el actuar judicial, ha tenido basamento legal e, insisto, se presenta acorde a las circunstancias que emergen de la causa, en punto al riesgo que importaba la continuación de la convivencia.

El carácter de denunciante o denunciado se diluye, en orden a los criterios de decisión de la medida de exclusión oportunamente adoptada e, insisto, no cuestionada en tiempo por el recurrente: no advierto aquí vulneración al derecho de defensa, en tanto con anterioridad a su dictado le fue indicado que requiera patrocinio letrado y, en su caso, la posibilidad de recurrir a la asistencia de la Defensoría Oficial.

Pero más allá de ello, debo advertir con relación a la fecha de las denuncias, que tal como surge de estas actuaciones y de la anotación obrante en hoja 5 vta. no se presentó a ratificar la denuncia, lo que sí hizo la Sra. M., conforme surge del acta de hoja 6.

4. Por último, y en cuanto al arma, la magistrada no deniega lo solicitado, sino que requiere que se acredite la titularidad, como recaudo previo.

Por estas consideraciones, entiendo que el recurso de apelación no ha de prosperar. Las costas se imponen al recurrente vencido (art. 68 del C.P.C.C).

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.- Confirmar la resolución de fs. 114 en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de esta instancia al recurrente vencido (art. 68, Código Procesal).

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Mónica MORALEJO – SECRETARIA

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

**"HOINGO SERGIO DANIEL C/ P.C.C. S.R.L. S/ INCIDENTE APELACION E/A: HOINGO SERGIO DANIEL C/ P.C.C. S.R.L. S/ DESPIDO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 1669/2013) – Interlocutoria: 371/15 – Fecha: 15/09/2015

DERECHO PROCESAL: Partes del proceso.

INTERVENCIÓN DE TERCEROS. INTERVENCIÓN OBLIGADA DE TERCEROS. CONTINUDADORA DE LA EMPRESA. SUBCONTRATISTA.

Corresponde hacer lugar al pedido de intervención de tercero solicitado por la demandada, ya que en el sub lite existe una controversia común con el tercero en los términos del art. 94 del Código Procesal. Ello es así, pues, al contestar la demanda, sostuvo que celebró con la firma TPS Servicios SRL y luego la continuadora de la empresa, Quentrequir Nany Inés –a quien pretende citar-, varios contratos de obra (...), los que a continuación describe, y señala que de acuerdo con el Anexo I integrante del contrato, la subcontratista debía cumplimentar determinados requisitos con relación a las personas que trabajaban con ella.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 15 de septiembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "HOINGO SERGIO DANIEL C/ P.C.C. S.R.L. S/ INCIDENTE APELACION E/A: HOINGO SERGIO DANIEL C/ P.C.C. S.R.L. S/ DESPIDO" (EXP N° 501.604/2013) venidos en apelación del JUZGADO LABORAL N° 2 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 23/26 la demandada apeló la resolución de fs. 21/22 que rechaza la citación de la tercera Inés Nancy Quentrequir con fundamento en los arts. 94 y 96 del C.P.C. y C.

Dice que si la actora inició la demanda contra la mencionada Sra. Quentrequir, mal puede sostener que nunca trabajó para ella y que el desistimiento se funda en el infructuoso accionar para notificar el traslado de la demanda y no en la inexistencia de una relación laboral con aquella. Que se incurre en arbitrariedad al sostener que esa parte no fundó su pedido, atento que ni siquiera se valoró la prueba aportada. Que la A-quo no efectuó consideración alguna de la

prueba documental que acompañó, entre la que se encuentran los contratos de locación de obra celebrados entre la Sra. Quentrequir y esa parte.

Que celebró con la firma TPS Servicios SRL y luego con su continuadora, la Sra. Quentrequir Nancy Inés, varios contratos de obra, los que describe en su escrito recursivo.

II. Ingresando al análisis de la queja de la demandada PCC S.R.L., entiendo que el recurso resulta procedente a partir de lo resuelto por la Sala II de esta Alzada en un caso similar.

Así, en los autos "Torres Angel Alberto c/ Quentrequir Inés Nancy y Otro s/ Despido por Otras Causales", Expte. N° 472607, se sostuvo: "La intervención como terceros en el proceso es de carácter restrictivo y se realiza con el objeto de hacer valer derechos e intereses propios vinculados a la causa, pero tiene su límite con el objeto de la pretensión. Se opera cuando existe comunidad de controversia con los terceros, atendiendo a la finalidad de que la sentencia que se dicte produzca cosa juzgada también respecto a ellos. (PI.2007 T°I F°199/201, PI.2012, T°I, F°35/37, entre otros de Sala II)".

"Asimismo, se ha dicho en autos "Cisneros c/ CNA ART S.A." (icl. n° 923/2011, P.I. 2011-V, n° 347) que la estrictez del análisis respecto de la intervención de tercero no debe desembocar en privar a la demandada de la posibilidad de traer al proceso a aquél respecto del cual denuncia una controversia común, ya que de ese modo se frustraría la finalidad de la institución, afectando el derecho de defensa del peticionante, pero también hemos señalado que esta citación requiere que la relación o situación jurídica sobre la que versa el proceso guarde conexión contra otra relación jurídica existente entre el tercero y cualquiera de los litigantes originarios, de manera tal que aquel podría haber asumido inicialmente la posición de litisconsorte del actor o del demandado (autos "Almendra c/ Key Energy Services S.A.", icl. n° 1.029/2012, P.I. 2012-III, n° 211)".

"Por otro lado, la propia apelante adjuntó instrumentos de los que surge la vinculación contractual con la tercera, en calidad de subcontratista, quedando acreditadas prima facie las circunstancias citadas en su memorial".

"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, se evidencia la existencia de una controversia común con la tercera, y también se aprecia la posibilidad de la acción de regreso contra ella, en el supuesto que resulte eventualmente condenada".

"Por las consideraciones expuestas, se revocará el decisorio apelado y se hará lugar al pedido de intervención de tercero formulado por la demandada en los términos del art. 94 del Código Procesal".

En el caso de autos, si bien puede considerarse que el escrito no contiene una fundamentación precisa de las cuestiones técnicas ni jurídicas (cfr. fs. 21 vta.), cabe advertir que la actora inició su demanda también contra la Sra. Quentrequir. De lo expresado en el cuerpo de la misma, y por la contraria en su contestación, surge la procedencia de la citación en cuestión.

Así, el actor en su demanda, al transcribir una de las cartas documentos remitidas a la demandada, expresó: "Intimo plazo 24 hs. aclare situación laboral ante negativa de tareas producida el 10/08/2011 sin motivo alguno, bajo apercibimiento de considerarme despedido por su exclusiva culpa. Denuncio responsabilidad solidaria de socios y/o contratantes de vuestra empresa (art. 54 ley 19.550), y de administradores directores de la misma (art. 59 y 274 ley 19550), en virtud de la falta de registración laboral que constituye un acto en fraude de la ley laboral ….", (fs. 3).

Además expuso: "Que la situación laboral del actor era desesperante, por lo que con fecha 19 de Agosto de 2011, se remiten nuevos TCL a PCC SRL a Quentrequir Inés Nancy, y a la AFIP, de similares contenidos". El remitido a PCC Patagonia Construcciones Civiles dice: "En calidad de responsable solidario, conjuntamente con la Sra. Quentrequir Inés […]" (fs. 2). Tal intercambio epistolar no fue desconocido por el demandado (fs. 14).

Luego el apelante, al contestar la demanda, sostuvo que celebró con la firma TPS Servicios SRL y luego la continuadora de la empresa, Quentrequir Nany Inés, varios contratos de obra (fs. 9 vta.), los que a continuación describe, y señala que de acuerdo con el Anexo I integrante del contrato, la subcontratista debía cumplimentar determinados requisitos con relación a las personas que trabajaban con ella (fs. 11).

Además, tal como surge del sistema DEXTRA (providencia de fecha 13 de Junio de 2014), la Sra. Quentrequir fue demandada conjuntamente con la firma PCC SRL, aunque luego la actora desistió de la acción contra la misma.

A partir de lo expresado, puede observarse que existe una controversia común con la Sra. Quentrequir, por lo que corresponde hacer lugar al pedido de intervención de tercero formulado por la demandada, en los términos del art. 94 del Código Procesal.

III. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 23/26, revocar la resolución de fs. 21/22 y, en consecuencia, hacer lugar al pedido de intervención de tercero con relación a la Sra. Inés Nancy Quentrequir, (cfr. arts. 94 y 96 del C.P.C. y C.). Sin costas de Alzada atento la falta de contradicción.

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos por mi colega preopinante, adhiero al mismo expidiéndome en igual sentido.

Por lo expuesto

SE RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 23/26, revocar la resolución de fs. 21/22, y en consecuencia hacer lugar al pedido de intervención de tercero con relación a la Sra. Inés Nancy QUENTREQUIR.

2.- Sin costas de Alzada.

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Mónica MORALEJO – SECRETARIA

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

**"GARCIA LUCIANO RUBEN C/ TOMAS GUARINO E HIJOS S.C.A. S/ ESCRITURACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 382988/2008) – Interlocutoria: 384/15 – Fecha: 03/09/2015

DERECHOS REALES: Dominio.

APERTURA A PRUEBA EN LA ALZADA. PRESUPUESTOS. BOLETO DE COMPRAVENTA. CESION DE DERECHOS. IDENTIFICACION DEL INMUEBLE.

1.- [...] no puede pretenderse la apertura a prueba en segunda instancia respecto de prueba que nunca fue ofrecida en el proceso, ni tampoco de aquella denegada en la instancia de grado, cuando no se impugna la denegatoria.

2.- Cabe confirmar la sentencia que rechaza la demanda para que se otorgue escritura de dominio debido a la falta de identidad entre el inmueble del cual es propietario el demandado y aquél objeto del boleto de compraventa cedido al actor. Ello es así, ya que no se encuentra justificado por que en el primer boleto de compraventa se vende un lote con una superficie de 183,5 m2 –menor a la de propiedad de la accionada-, tal como lo señala la a quo. Agrego que tampoco se encuentra acreditado que quién suscribió el boleto de compraventa en representación de la sociedad propietaria invista efectivamente tal carácter ya que

no se ha acompañado a autos el instrumento que acredite el apoderamiento pertinente. Luego, no se explica como se arriba a la nomenclatura catastral que figura en el contrato de cesión de derechos y acciones, que no consta en ninguna de las transmisiones anteriores y que no guarda relación con las que constan en la escritura traslativa de dominio. Y tampoco existe identidad entre la descripción que del inmueble realiza el contrato de cesión, con la que consta en el boleto cedido.

3.- [...] tiene el actor otras vías legales idóneas para enmendar la falta de identidad entre el inmueble que ocupa y el de propiedad de la demandada, y obtener el título de propiedad de la menor fracción objeto del negocio jurídico celebrado con el señor L., pero ello no puede ser realizado en el marco de una acción por escrituración.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 3 de Septiembre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "GARCIA LUCIANO RUBEN C/ TOMAS GUARINO E HIJOS S.C.A. S/ ESCRITURACION", (Expte. Nº 382988/2008), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 2 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y, puestos los autos para resolver, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 303/307, que rechaza la demanda, con costas al vencido.

A) La recurrente se agravia por la conclusión de la a quo referida a que no se ha acreditado que el inmueble inscrito en la matrícula 1667 fuera motivo de venta por parte de la accionada a favor del primer comprador, ni de los subsiguientes, así que carece de correspondencia la cesión base de la acción a favor del actor, con el inmueble cuya escrituración reclama al demandado.

Sostiene que del plexo probatorio surge que, aunque se lo designe de modo diverso en el boleto de fs. 5/6, es indudable que el inmueble matrícula 1667 resultó objeto de venta por parte de la sociedad demandada a los señores Migue Ángel Brillo y Alicia Beatriz Rodríguez de Brillo, en tanto el detalle de aquél instrumento se corresponde con la descripción del inmueble expedida por el Registro de la Propiedad Inmueble; y que las sucesivas transmisiones sobre los derechos emanados del instrumento se concatenan unas con otras con basamento en el inmueble indicado.

Dice que el análisis de las sucesivas trasmisiones que efectúa la jueza de grado resulta dogmático, mecánico y segmentado del plexo normativo. Advierte que a tenor del enfoque de la sentencia de grado, su parte debería instar una acción contra García Ghezzi y Rodríguez Ruiz de García Ghezzi, poseedores antecesores de Lage, a fin de instar la escrituración, aunque resulta claro que ellos no podrían otorgar el título suficiente a fin de efectivizar el jus in re de su parte, pues su observancia constituye una obligación intuito personae –no fungible-, que como tal recae sobre la accionada, quién ha sido en todo tiempo el único legitimado pasivo para escriturar.

Alude, con cita de doctrina y jurisprudencia a las posiciones habidas en torno a esta cuestión, señalando la existencia de opiniones que sostienen facultades más amplias en cabeza del poseedor por boleto. Así, dice que el juez ha inobservado las implicancias del art. 2.355 del Código Civil, entendiendo que no se debe perder de vista que la posesión del actor se da en base a una cesión en el emplazamiento del último poseedor por boleto y que, como se vió, la obligación de hacer es exigible solamente a un sujeto en toda la cadena de cesiones: la demandada.

Sigue diciendo que es claro que dentro del rango de derechos correspondientes a los poseedores por boleto –o sus cesionarios- se encuentra aquél dirigido a materializar su función económica: obtener la propiedad plena sobre el bien objeto de la operación, lo que es lo mismo, a obtener la escrituración del sujeto obligado.

Cuestiona el déficit probatorio denunciado en la sentencia de grado, señalando que el art. 1.026 del Código Civil regla específicamente el valor probatorio de un instrumento privado reconocido por la parte a quién se opone, en tanto que en autos el matrimonio García Ghezzi – Rodríguez Ruiz no han sido parte, sino que resultan ser sujetos procesales externos a la acción, por lo que a su respecto rige la regla del art. 378 del CPCyC.

Luego sostiene que ha existido reconocimiento tácito por parte de los integrantes del matrimonio referido respecto de la existencia del documento.

Para fundar esta afirmación sostiene que: a) de acuerdo con las actuaciones de fs. 23/36 y 233/234, la operación entre los señores Brillo y Garcia Ghezzi tuvo debido ingreso por ante el Municipio de Neuquén así como en Rentas –en tanto las boletas figuran a nombre del matrimonio-; b) de fs. 15/16 y 18/19 surge que los boletos en los que intervinieron los señores García Ghezzi han tenido debido ingreso ante el organismo recaudador; c) en sentido concordante, a fs. 39/50, 231 y 266/267 se verifican que las liquidaciones de Camuzzi, CALF y EPAS vienen desde larga data en cabeza de Diego Martín Lage; d) el señor Diego Martín Lage fue quién transmitió el derecho sobre el inmueble al actor, conforme surge de fs. 21/vta. y testimonial de fs. 253.

Considera que la magistrada de grado también se desentiende del dispositivo contenido en el art. 1.196 del Código Civil, el que establece que los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, y que llevado al campo de las transmisiones acaecidas, cada uno de los eslabones constituye un acreedor del antecesor pero a la vez un deudor de quién lo sucede.

Recuerda que la doctrina ha establecido dos clases de personas o categorías que poseen vínculos con los obligados: 1) los sucesores particulares y 2) los acreedores de las partes. Es por ello que, a criterio del apelante, la acción de escrituración ejercida en autos constituye la consecuencia lógica frente a la alternativa que brinda el sistema normativo.

Con respecto a la identidad del inmueble objeto de la presente acción, dice que surge del informe de dominio del Registro de la Propiedad Inmueble, que la nomenclatura catastral del inmueble correspondiente a la matrícula 1667 se colige con el 09-20-63-716 (lote 34), pero que no puede desconocerse que de acuerdo con los registros catastrales oportunamente acompañados, la nomenclatura catastral 09-20-076-7113-0002 también coincide con la matrícula 1667.

Afirma que resulta claro que los datos insertos en la instrumental oportunamente glosada dan cuenta que esta yuxtaposición de nomenclaturas no es real, sino que obedece a que los datos que sostiene el Registro de la Propiedad Inmueble sobre el inmueble que identifica como matrícula 1667 no coinciden con el estado actual del inmueble. Hace notar que la observación inserta en el predicho informe consigna la existencia de un plano de englobamiento con el lote 35, situación que no llego a consolidarse registralmente ante la imposibilidad material de los sucesivos transmitentes del inmueble por la carencia de título suficiente.

Reitera que es claro que los datos consignados en el Registro se corresponden con la matriculación originaria sobre el emplazamiento.

Destaca que el objeto de esta litis consiste en la escrituración y que según el art. 2.505 del Código Civil la transmisión del dominio sólo se juzga perfeccionada –en el sentido de oponibilidad a terceros- mediante la inscripción del título en los registros inmobiliarios, de lo que resulta que la identificación expresada mediante la matrícula no constituye, en si, la propiedad sobre el objeto ya que la función del Registro es la de reflejar a través de su base de datos, la situación fáctica frente a terceros interesados, la cual puede verse desfasada por acontecimientos ocurridos en la praxis.

Agrega que los arts. 1.344 y siguientes del Código Civil establecen diversos métodos a los que puede sujetarse la venta de un inmueble, siempre y cuando sea determinado, señalando la doctrina que estas modalidades no son taxativas.

Solicita la apertura a prueba en segunda instancia a efectos que se diligencie prueba documental, informativa y testimonial.

Enumera la documentación que acompaña, señalando que los mismos son de fecha posterior al llamado de autos para sentencia y no se tuvo conocimiento de ella sino hasta su obtención.

Indica que dicha documentación no obró anteriormente en poder de su parte en tanto el cúmulo de elementos recolectados demostraba objetivamente que aquella no resultaba prioritaria para el reconocimiento del derecho pretenso.

Para el caso de desconocimiento de la documental adjuntada ofrece, en forma subsidiaria, prueba informativa a su emisor para que se manifieste sobre su autenticidad.

Con relación a la prueba testimonial, solicita la citación de la señora Norma Haydeé Rodríguez Ruiz de García Ghezzi, con domicilio en la ciudad de Bahía Blanca, con el objeto que reconozca las firmas insertas en el documento precedente a la cesión.

Requiere también el libramiento de oficio a DGCelT a efectos que cumpla con el requerimiento cuya copia de ingreso en fecha 12/06/2015 se acompaña.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte demandada no contesta el traslado de la expresión de agravios.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, corresponde señalar que la apertura a prueba en esta instancia no resulta procedente por innecesaria, además de no reunir los recaudos de admisión de esta etapa excepcional ante la Alzada.

Es jurisprudencia reiterada de esta Sala II que la apertura a prueba en la Alzada "es de carácter excepcional y su interpretación es restrictiva (PS. 1986 -II-235/236; PS.1988-I-98/99, Sala II; PS. 1991 -III-561/564, Sala I; Palacio-Alvarado Velloso, "Código Procesal", IV-365). El replanteo de prueba en la Alzada no debe ser instrumento del descuido, demora, desidia o desinterés en el requerimiento oportuno o el diligenciamiento de los medios probatorios perdidos, de modo que sólo tendrán cabida cuando la decisión que denegó la prueba se deba a un error, negativa injustificada o negligencia decretada inoportunamente. (JUBA7-NQN- Q0002).

"En el mismo sentido se ha sostenido que la procedencia de producción de prueba en segunda instancia, es excepcional y se funda, principalmente, en que el Juez de grado no haya resuelto correctamente la cuestión planteada. Además, el criterio de admisibilidad de la misma debe ser restrictivo por cuanto importa retrotraer posibilidades que tienen una oportunidad prefijada. Por otra parte, si la cuestión pudo ser debatida con anterioridad y esto no ocurrió por la inactividad de los interesados no corresponde abrir a prueba en la Alzada (PS. 1994-I-38/40- Sala I)" –cfr. Sala II, "Betanzo y otros c/ IPVU", P.S. 1999-III, n° 132; "Aguirre c/ Rueda", P.S. 2011-I, n° 8-.

En autos, las pruebas documental e informativa que se pretenden diligenciar ante la Cámara de Apelaciones no fueron ofrecidas en la primera instancia; en tanto que la testimonial de la señora Rodríguez Ruiz de García Ghezzi fue desestimada por la jueza de grado por haber omitido la parte oferente acompañar el interrogatorio pertinente en los términos del art. 453 del CPCyC (fs. 236), sin que la apelante haya denunciado el error de esta resolución.

Por ende, no puede pretenderse la apertura a prueba en segunda instancia respecto de prueba que nunca fue ofrecida en el proceso, ni tampoco de aquella denegada en la instancia de grado, cuando no se impugna la denegatoria.

No dejo de advertir que con relación a la documental, la parte denuncia que ha tomado conocimiento de ella con posterioridad al llamado de autos para sentencia, efectuado con fecha 26 de febrero de 2015 (fs. 302), más todos los documentos son de fecha anterior a este momento. Si bien la parte alega, tal como lo he señalado, que tomó conocimiento de su contenido con posterioridad a febrero de 2015, en realidad surge de su argumentación que entendió, al plantear la demanda, que la incorporación al proceso de estos documentos no era necesaria.

De todos modos, y conforme lo adelanté, la producción de esa prueba es innecesaria, ya que no es apta para modificar el resultado del recurso planteado conforme lo desarrollaré seguidamente.

III.- Si bien la parte apelante centra sus agravios, principalmente, en la cadena de sucesiones habidas desde el titular por escritura pública del inmueble cuya escrituración se pretende hasta el hoy actor, no ha sido este el motivo central del rechazo de la demanda.

De la lectura del fallo de grado surge que la a quo ha basado su decisión fundamentalmente en la falta de identidad entre el inmueble del cual es propietario el demandado y aquél objeto del boleto de compraventa cedido al actor.

Sólo en segundo lugar y sin perjuicio del motivo principal de rechazo de la demanda, el fallo recurrido invoca que no se ha acreditado la autenticidad del boleto de compraventa suscripto por los señores Osvaldo Daniel García Ghezzi y Norma Haydeé Rodríguez Ruiz de García Ghezzi.

A efectos de una mejor comprensión de los argumentos que he de exponer, señalo que el actor promueve demanda por escrituración de un inmueble en virtud de un contrato de cesión de boleto de compraventa suscripto con el señor Diego Martín Lage (fs. 21). En este contrato, el señor Lage cede al actor "todos y cada uno de los derechos que al Cedente corresponden como parte compradora del boleto de compraventa firmado entre el Sr. Diego Martín Lage y el Sr. Osvaldo Daniel García Ghezzi y su señora esposa, Norma Haydee Rodríguez Ruiz de García Ghezzi… con relación al inmueble ubicado en calle Urmenio Figueroa n° 1928 de la localidad de Neuquén, Dto. Confluencia, Provincia del Neuquén, denominado catastralmente como Depto. 09, Circ. 20, Sec. 076, Parcela 7113, Subparcela 0002, nomenclatura 092007671130002".

Por su parte en el boleto de compraventa suscripto entre el señor Lage y el matrimonio García Ghezzi – Rodríguez Ruiz (fs. 18/19), los segundo venden al primero "en régimen de propiedad horizontal y bajo el sistema que legisla la ley nacional 13.512, un inmueble ubicado en la ciudad de Neuquén, Capital de la provincia del mismo nombre, que según plano de subdivisión especial, se designa como parcela 00-02, con todo lo plantado, edificado y adherido al piso y siendo sus especificaciones las siguientes: Linda al Sur con la parcela 00-01, al Este con la parcela 00-03, ambos menor fracción de los lotes 34 y 35, que son a su vez parte de la fracción o manzana "E" de la chacra 49, Linda al Norte con el Lote 33 y al oeste con parte del Lote 4 A-1 de la misma manzana… encerrando en terreno de forma irregular, una superficie de 183,500 m2…". No se individualiza la nomenclatura catastral ni la matrícula correspondiente a la registración en el Registro de la Propiedad Inmueble.

El antecedente de este boleto de compraventa es otro instrumento de igual naturaleza suscripto entre el matrimonio García Ghezzi – Rodríguez Ruiz y el matrimonio Brillo – Rodríguez (fs. 15/16 vta.), mediante el cual los últimos venden a los primeros un inmueble con idéntica descripción a la transcripta en el párrafo anterior, también sin señalar ni nomenclatura catastral ni matrícula.

El matrimonio Brillo – Rodríguez adquirió el inmueble mediante un boleto de compraventa suscripto con el señor Carlos Daniel Rodríguez (fs. 5/6), quién firmó el documento "en carácter de autorizado, declarando que la misma se encuentra en plena vigencia, y representante de la firma TOMAS GUARINO E HIJOG S.A.", con igual descripción que la señalada en el párrafo anterior y sin individualización de nomenclatura catastral ni matrícula.

Finalmente, la escritura pública de fs. 8/13, da cuenta de que la compradora TOMAS GUARINO E HIJOS SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES (posteriormente transformada en sociedad anónima, conforme surge de la prueba de autos) adquirió "dos fracciones de terreno baldío…ubicadas en la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, Departamento Confluencia, y las que de acuerdo a un plano de mensura particular… se designan como LOTES TREINTA Y CUATRO Y TREINTA CINCO, FRACCIÓN O MANZANA E DE LA CHACRA CUARENTAY NUEVE, los que por separado se deslindan de la siguiente manera… nomenclatura catastral 09-20-63-716…el lote 34; …09-20-63-616…el lote 35". De acuerdo con el instrumento público, el Lote 35 tiene una superficie de 296,50 m2, y el Lote 34, una superficie de 301,50 m2. Este instrumento se encuentra inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble bajo matrícula 1667/1668 Confluencia.

Y es aquí, en esta primera transmisión en el tiempo, en la que radica el problema de la identidad del inmueble afectado, ya que no se encuentra justificado por que en el primer boleto de compraventa se vende un lote con una superficie de 183,5 m2 –menor a la de propiedad de la accionada-, tal como lo señala la a quo. Agrego que tampoco se encuentra acreditado que quién suscribió el boleto de compraventa en representación de la sociedad propietaria invista efectivamente tal carácter ya que no se ha acompañado a autos el instrumento que acredite el apoderamiento pertinente.

Luego, no se explica como se arriba a la nomenclatura catastral que figura en el contrato de cesión de derechos y acciones, que no consta en ninguna de las transmisiones anteriores y que no guarda relación con las que constan en la escritura traslativa de dominio.

Y tampoco existe identidad entre la descripción que del inmueble realiza el contrato de cesión, con la que consta en el boleto cedido.

No dejo de advertir que es posible que haya habido un fraccionamiento de los lotes de propiedad de la demandada, con afectación al régimen de propiedad horizontal, pero no se han acompañado a autos los instrumentos que acrediten esta subdivisión y afectación al régimen de propiedad horizontal.

La Ley 13.512, vigente al momento de formalizarse los negocios jurídicos de autos, requiere de la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de los títulos de propiedad horizontal (art. 9 y 19), recaudo que es mantenido por el Código Civil y Comercial (art. 2.038).

Es por ello que en nada influye en este proceso el resultado de la prueba que se pretendía diligenciar ante la Alzada, porque ella no incide sobre el vicio inicial de las transmisiones que es la falta de correlato entre el título de propiedad inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble y las sucesivas compraventas realizadas, y, por ende, la cesión de derechos y acciones que titulariza el actor.

Consecuentemente, la pretensión de escrituración no puede prosperar, siendo ajustado a derecho el rechazo de la demanda.

Cabe señalar, en atención al planteo recursivo, que tiene el actor otras vías legales idóneas para enmendar la falta de identidad entre el inmueble que ocupa y el de propiedad de la demandada, y obtener el título de propiedad de la menor fracción objeto del negocio jurídico celebrado con el señor Lage, pero ello no puede ser realizado en el marco de una acción por escrituración.

IV.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo no hacer lugar al replanteo de prueba ante la Alzada, y rechazar el recurso de apelación de la parte actora, confirmando el resolutorio cuestionado en lo que ha ido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la apelante perdidosa, regulando los honorarios profesionales del Dr. ... en el 30% de la suma que se determine por igual concepto para la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II,

RESUELVE:

I.- Confirmar el resolutorio de fs. 303/307, en lo que ha ido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la apelante perdidosa, regulando los honorarios profesionales del Dr. ... en el 30% de la suma que se determine por igual concepto para la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA

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

**"ELIAS TERESA GLADYS C/ OSPLAD S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 340345/2006) – Interlocutoria: 388/15 – Fecha: 03/09/2015

DERECHO PROCESAL: Organización de la justicia.

SANCIONES CONMINATORIAS. ASTREINTES. CERTIFICADO DE TRABAJO. CERTIFICACIONES DE SERVICIOS Y REMUNERACIONES. ENTREGA. EXPEDIENTES NO ACUMULADOS. VALORACION DE LA CONDUCTA.

El punto central a analizar es si corresponde tener por válida la entrega de la documentación aludida en una causa distinta a la presente, que si bien es entre las mismas partes y por el mismo vínculo laboral, no se encuentran acumuladas, a más de que la certificación se encuentra cuestionada. Ello así, la propia actora reconoce en su escrito de demanda que el certificado de trabajo y las certificaciones de servicios y remuneraciones fueron entregados, aunque con irregularidades, y solicita sean entregados en legal forma. Consiguientemente, [...], por el principio de buena fe que invoca la actora es que no puede negar en un expediente la entrega de la documentación y aceptarla en otro posterior, independientemente de las deficiencias que adolezca, a lo que se agrega que no cuestionó debidamente el por qué se difirió el tratamiento de la impugnación que ella misma efectúa en relación a aquella. Por ello, y dadas las especiales particulares de esta causa, compartimos el criterio del juez de grado en dejar sin efecto las astreintes, dado que no se encuentra acreditada una resistencia de la demandada que justifique tal sanción.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 3 de Septiembre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ELIAS TERESA GLADYS C/ OSPLAD S/ COBRO DE HABERES", (Expte. Nº 340345/2006), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 1 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y,

CONSIDERANDO:

I.- Mediante la resolución de fs. 273/276 el magistrado de grado hace lugar a la impugnación de planilla planteada por la parte demandada.

Contra esa decisión la parte actora interpone apelación a fs. 278/280. Se agravia por entender que el a quo consideró la obligación de entregar las certificaciones de servicios y remuneraciones y el certificado de trabajo como de carácter accesoria o cuasi-graciable; porque entendió cumplida tal obligación en la instrumental anejada a otra causa, la que por otro lado adolece de defectos y fue impugnada; y porque no interpretó la sentencia recaída en autos, vulneró el derecho de defensa al resolver en base a constancias ajenas e impuso una acumulación impertinente.

Corrido el traslado pertinente, la parte demandada lo contesta a fs. 283/284. Pide que se declare desierto el recurso y, subsidiariamente, contesta los agravios.

II.-a) Preliminarmente, nos referiremos al pedido de deserción del recurso que solicita la parte demandada, en atención a que carecería de fundamentación.

En efecto, teniendo presente lo dispuesto por el art. 265 del Ritual y analizados los términos del escrito recursivo, se concluye que exterioriza un mínimo de queja suficiente como para sustentar la apelación, razón por la cual, se procederá a su análisis.

b) Ingresando ahora al tratamiento de la cuestión traída a resolución, de la lectura de la causa surge que mediante el auto de fs. 257 se hace efectivo el apercibimiento dispuesto en la sentencia definitiva, y se aplican astreintes por $70,oo

por día de demora a favor de la accionante, por cada día de retraso en la entrega del certificado de servicios y remuneraciones.

Esta decisión es notificada a la accionante conforme la diligencia agregada a fs. 259, y a fs. 265 se presenta liquidación, la que asciende a $43.820, en razón de 626 días de demora.

Luego la demandada, al contestar el traslado dado de la planilla, señala que en fecha 6/3/14 adjuntó en la causa n° 501062/2013, "Elías Teresa Gladys c/ OSPALD s/ Cobro de haberes" la certificación de servicios y remuneraciones, reconociendo su anuencia, pero por el plazo de 395 días y por la suma de $27.650.

Finalmente, y como se adelantó, el juez resuelve dejar sin efecto las astreintes, por entender que no existió resistencia en la entrega de la certificación por parte de la accionada.

En este contexto, el punto central a analizar es si corresponde tener por válida la entrega de la documentación aludida en una causa distinta a la presente, que si bien es entre las mismas partes y por el mismo vínculo laboral, no se encuentran acumuladas, a más de que la certificación se encuentra cuestionada.

Examinando el trámite n° 501062/2013, el que tenemos a la vista por haber sido requerido a tal fin, vemos que la propia actora reconoce en su escrito de demanda que el certificado de trabajo y las certificaciones de servicios y remuneraciones fueron entregados, aunque con irregularidades, y solicita sean entregados en legal forma (v. fs. 123).

Así, y en lo que aquí interesa, si bien aparece dudosa la interpretación que realiza el a quo, por el principio de buena fe que invoca la actora es que no puede negar en un expediente la entrega de la documentación y aceptarla en otro posterior, independientemente de las deficiencias que adolezca, a lo que se agrega que no cuestionó debidamente el por qué se difirió el tratamiento de la impugnación que ella misma efectúa en relación a aquella.

Por ello, y dadas las especiales particulares de esta causa, compartimos el criterio del juez de grado en dejar sin efecto las astreintes, dado que no se encuentra acreditada una resistencia de la demandada que justifique tal sanción.

III.- Consecuentemente, corresponde el rechazo del recurso interpuesto por la parte demandada, y la confirmación de la resolución cuestionada, con costas a su cargo.

Por ello, esta SALA II,

RESUELVE:

I.- Confirmar la resolución de fs. de fs. 273/276, con costas a la apelante vencida.

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

**"R. M. A. C/ C. A. E. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 58353/2013) – Interlocutoria: 393/15 – Fecha: 08/09/2015

DERECHO DE FAMILIA: Alimentos.

CUOTA ALIMENTARIA. MONTO. DETERMINACION. PAUTAS.

La instancia de origen fija la cuota alimentaria a favor de los dos hijas en la suma de $1.800 sobre los haberes que percibe el progenitor. En lo atinente al caudal económico del alimentante no requiere de estimación ni de prueba ya que él mismo

lo ha reconocido en la audiencia [...] que percibe ingresos por $3.500 a $4.000. En consecuencia, conciliando las necesidades de los hijos con el caudal económico del alimentante acreditado, considero que la cuota alimentaria fijada por el a quo resulta ajustada a los requerimientos de los primeros y acorde a las posibilidades del alimentante, por lo que ha de ser confirmada.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 8 de Septiembre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "R. M. A. C/ C. A. E. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS", (Expte. EXP Nº 58353/2013), venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA Nro. 2 a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y,

CONSIDERANDO:

I.- Mediante la sentencia de fs. 72/76 se hace lugar a la demanda por alimentos, y se fija una cuota a favor de L. y M. de $1.800 sobre los haberes que percibe el progenitor.

Contra esa decisión la parte actora plantea recurso de apelación a fs. 77.

En su memorial de fs. 84//vta., circunscribe el agravio al monto de la cuota alimentaria aludida, por considerar que resulta insuficiente para solventar las necesidades de sus dos hijos, y peticiona su elevación a $2.000.

Corrido el pertinente traslado, a fs. 96/97 vta. lo contesta el alimentante, y solicita en primer lugar la declaración de deserción del recurso. Luego, contesta en subsidio, aseverando que en la actualidad se encuentra sin trabajo y que tiene una hija de 10 meses con encefalopatía neonatal severa, conforme copia del certificado que acompaña.

II.- La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad.

"Como vemos, el contenido de la obligación alimentaria que deriva de la patria potestad es amplio e involucra todos los aspectos que hacen a la subsistencia del hijo menor de edad, por lo que no se requiere demostrar la necesidad de la prestación alimentaria, sino que ésta se presume. Los hijos menores requieren de la asistencia permanente de los padres desde su nacimiento y hasta que alcancen la edad legalmente prevista para el cese de esta obligación.

"La jurisprudencia tiene dicho que la obligación alimentaria, en tanto deber que impone la patria potestad no está sujeta a satisfacer las necesidades básicas del hijo, ni a la prueba de su necesidad. Esto deviene del deber que impone a los padres el ejercicio de la patria potestad (cfr. Cám. Nac. Apel. Civil, Sala I, "L., A.E. y otro c/ M., J.C.", 17/11/1998, JA diario del 17/11/1999, n° 6168).

"Ahora bien, esta obligación de asistencia que tienen los padres para con sus hijos debe ser brindada, dice el Código Civil, de acuerdo con la condición y fortuna de los primeros (…) lo que ha llevado a que esta Sala II señalara que "en materia de alimentos ha de buscarse un delicado equilibrio que coloca, por un lado, las necesidades de los alimentados junto con la relación jurídica que los une con el alimentante y, por otro lado, las posibilidades del obligado a satisfacer la prestación alimentaria, debiendo comprender ellas no sólo sus ingresos, sino también la aptitud potencial para lograrlos y su situación patrimonial, debiendo protegerse adecuadamente a los beneficiarios de la prestación, parte más débil de la relación, sin descuidar la consideración de la particular situación del alimentante" (autos "Jofré c/ Díaz", P.I. 2013-IV, n° 283).

"…Por otra parte cabe tener en cuenta que las vicisitudes que sufre la relación matrimonial de los padres no puede influir en perjuicio de los derechos de los menores, quienes, en la medida de lo posible, deben conservar el mismo nivel de vida que tenían cuando sus padres convivían en el hogar común."Aída Kemelmajer de Carlucci señala que "Básicamente, el interés económico del niño es que la disolución de la familia no le produzca daño material. Este daño es frecuente, pues normalmente el estándar de vida de los miembros de la familia anterior a la separación no puede ser mantenido: el costo de mantener dos casas es sustancialmente superior al de mantener una sola" (cfr. aut. cit.,

"Los alimentos en favor de los hijos de padres separados en los "Principios Jurídicos de la Disolución Familiar" del American Law Institute. Sus reflejos en el derecho argentino", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2001-1, pág. 99") (v. autos "Nicolini c/ Rodríguez", expte. n° 56.304/2012, P.I. 2014-I, n° 73, de esta Sala II).

Ahora bien, aplicando estos conceptos al caso de autos, tenemos que las partes son padres de dos hijos, actualmente de ocho y seis años de edad, los que, conforme surge de las constancias de la causa realizan actividades acordes a su edad cronológica.

La madre de los menores ha reconocido que trabaja pero no en forma estable, realizando "changas". Si bien es cierto que la obligación alimentaria pesa sobre ambos padres, por lo que incumbe a ellos arbitrar los medios para obtener los ingresos necesarios para la manutención de su prole, debe tenerse en cuenta que siendo los niños de corta edad requieren de una fuerte presencia y atención de la madre en el hogar.

El caudal económico del alimentante no requiere de estimación ni de prueba ya que él mismo lo ha reconocido en la audiencia cuya acta obra a fs. 47/vta. que percibe ingresos por $3.500 a $4.000.

Conciliando las necesidades de los hijos con el caudal económico del alimentante acreditado, considero que la cuota alimentaria fijada por el a quo resulta ajustada a los requerimientos de los primeros y acorde a las posibilidades del alimentante, por lo que ha de ser confirmada.

III.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y confirmar el resolutorio de grado en lo que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen en el orden causado, en atención a la forma en que se resuelve y a efectos de no afectar las sumas del rubro.

Por ello, esta Sala II,

RESUELVE:

I.- Confirmar el resolutorio de fs. 244/245 en lo que ha sido materia de agravio, con costas de Alzada en el orden causado.

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

**"LIZASO JORGE LUIS C/ PELAEZ VICTOR Y OTRO S/ RESOLUCION DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 296918/2033) – Interlocutoria: 397/15 – Fecha: 10/09/2015

DERECHO COMERCIAL: Compraventa.

COMPRA VENTA DE INMUEBLE. HOMOLOGACION JUDICIAL. RESOLUCION DEL CONTRATO. PAGO. PLAZO. COMPUTO DEL PLAZO. ABUSO DEL DERECHO.

Cabe confirmar la resolución que no hace lugar al pedido de la parte actora de resolución de la venta de la tercera parte del inmueble de su propiedad, alegando para ello la dilación que se produjo en el pago del saldo del precio de la operación de venta que previamente fue homologada judicialmente. Ello es así, ya que además

de la voluntad de los demandados de pagar en término, sin éxito, que en realidad el atraso fue de dos días ya que el miércoles 8 de abril las sumas estaban depositadas en la cuenta bancaria oficial, con lo cual y tomando en cuenta el porcentaje abonado en término, la intención del deudor de cumplir con sus obligaciones, el efectivo cumplimiento de la totalidad de pago, desestimar su propuesta resultaría un claro abuso del derecho que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1071 del Código Civil, y en consideración a la jurisprudencia a que alude la sentenciante en casos análogos –referidos al específico contrato de compraventa- me llevan al convencimiento de que en el caso concreto y en función de los hechos acreditados justifican la decisión cuestionada.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 10 de Septiembre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "LIZASO JORGE LUIS C/ PELAEZ VICTOR Y OTRO S/ RESOLUCION DE CONTRATO", (Expte. Nº 296918/2003), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 1 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y, puestos los autos para resolver, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La resolución de fs. 2498/2503 no hace lugar al pedido de resolución de venta solicitado por el actor, con costas.

La decisión es apelada por el accionante en los términos que resultan del escrito de fs. 2511/2519, y cuyo traslado fue respondido a fs. 2521/2531 y fs. 2533/2534.

Luego de relatar lo que considera antecedentes del caso, señala que el primer agravio consiste en sostener que no requirió la resolución de la venta ya que pidió que se declare incumplida la obligación por parte de la contraria, remarcando que no existió un verdadero contrato de compraventa dado que estamos en presencia de una resolución judicial que resolvió aprobar la oferta realizada por los demandados, bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento queda sin efecto la oferta.

Dice que no es verdad que sostuvo que el plazo para abonar el saldo de precio venció el 18 de febrero del 2015, y que no es verdad tampoco que el plazo haya comenzado a correr desde el primero de abril, dado que en dicha fecha se cumplió el plazo de 20 días para que se integrara en forma completa el depósito.

También lo agravia la postura por la cual se sostiene que los demandados purgaron el incumplimiento al depositar antes que realizara la presentación, solicitando se declarara incumplida la obligación y la caducidad de la oferta.

Expresa que la resolución del 5 de febrero del 2015 no estableció la caducidad de la oferta para el supuesto de incumplimiento absoluto, y que dicha interpretación sostenida por el juez no resulta aceptable.

Dice que la aplicación del artículo 1071 del Código Civil no es aplicable toda vez que no estamos en presencia de un contrato de compraventa sino ante un plazo establecido en una resolución interlocutoria, y que desde ese ámbito debe analizarse el tema sin que corresponda aludir al abuso del derecho, pero que de todas formas no estamos en presencia de dicho instituto dado que no se encuentran reunidos los requisitos exigidos, y que su solicitud de que se declarara el incumplimiento de la contraria por el vencimiento del plazo no configura una conducta abusiva ya que se trata de un plazo perentorio y lo que se pretende es el cumplimiento de una decisión judicial firme.

Afirma que lo agravia que la jueza no haya considerado su presentación por la cual afirmó su pretensión de compra del bien.

Cuestiona la imposición de costas y la regulación de honorarios.

II.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas señalo que si bien mínima, los agravios formulados contienen una crítica suficiente a la resolución que se cuestiona, razón por la cual no estimo apropiado declarar desierto el recurso tal como lo plantea la contraria.

Tal como resulta de las constancias de autos las partes acordaron el 10 de marzo del 2014, según acta de fs. 2115, la venta del inmueble con las modalidades que allí se expresan y que no resultan relevantes para el caso.

Dicha decisión conjunta fue homologada por el juzgado.Luego de presentadas las tasaciones del inmueble y formulada por las partes ofertas de compra de lo que le corresponde a su contraria, tanto la actora como los demandados, la resolución del 5 de febrero del corriente año y que obra a fs. 2237/2239 luego de mencionar las distintas presentaciones de las partes en relación a la compra del inmueble llega a la conclusión de que la presentación del Dr. Lizaso es extemporánea y que la mejor oferta es la formulada por los demandados.

En tal sentido, aprueba dicha oferta de compra en relación a la tercera parte del actor, fijando el precio de venta en la suma de U$S 168.138,99, estableciendo que dentro de los diez días hábiles de notificada la resolución deberá depositarse el 30% del precio y el saldo restante dentro de los veinte días, bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento automáticamente queda sin efecto la oferta de compra que se aprueba.

Dicha resolución tanto en lo que se refiere a sus términos como su contenido no fue cuestionada con lo cual ha quedado firme, aspecto sobre el cual no media controversia.

Luego de varias alternativas relacionadas con la fecha a partir de la cual quedó firme la resolución que antecede y mientras los demandados depositaban parte del precio de compra, las partes acuerdan en audiencia que da cuenta el acta de fs. 2451 que el plazo debe computarse a partir de la notificación de fs. 2262 y conforme lo expresado por ellas en los distintos escritos, entiendo que existe acuerdo en que el mismo venció el 1 de abril del 2015 tal como lo señala la jueza en su resolución ahora cuestionada y que acepta la parte apelante (ver al respecto por ejemplo escrito de fs. 2466/2470 y memorial).

Si bien es verdad que en la resolución cuestionada se alude a que dicha fecha comienzan a correr los plazos previstos, lo cierto es que se trata de un error evidente a poco que se tenga en cuenta lo que la jueza expresa a continuación.

Queda claro, tanto para las partes como para el juzgado, que el plazo venció el 1 de abril del corriente año y ello no constituye un hecho controvertido.

No cuestionado el pago del 30% del precio de venta en tiempo y forma, la cuestión queda reducida a determinar si se pagó el saldo de precio antes de la fecha indicada.

Como bien lo indica la jueza y sin que se advierta controversia al respecto a dicha fecha se había abonado el 83,75% del precio, lo cual resulta corroborado por el informe bancario pertinente y sin que el presente hecho resulte controvertido.

Por último el día 8 de abril se integró el saldo del precio, hecho este tampoco controvertido.

Ahora bien cabe puntualizar que sin perjuicio de que las partes han aludido a la compra del inmueble en distintos escritos y que así se señaló en la resolución del 5 de febrero del corriente año, lo cierto es que la cuestión decisiva no consiste en la naturaleza del contrato celebrado sino si ante la situación fáctica que se ha descripto con anterioridad, justifica o no la aplicación del abuso del derecho.

Tal como se ha señalado el abuso del derecho aparece como una reacción contra la rigidez de las disposiciones legales y la aplicación mecánica del derecho y el artículo 1071 del Código Civil constituye la instrumentación de un principio general que inspira el sistema legislativo y afirma la preminencia de la regla moral y tiene aplicación en todos los ámbitos del ordenamiento y a los efectos de su aplicación los elementos que el juzgador debe manejar no son puramente doctrinales pues la norma no exige un análisis lógico-formal sino una valoración de conductas y resultados acaecidos en la vida real (López Mesa, Sistema de jurisprudencia Civil, Código Civil", tomo II, páginas 2018 y siguientes).

Ahora bien, cierto es que en la resolución que determinó la forma de pago de la parte del actor se establecieron plazos concretos para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los demandados, si bien los mismos no son perentorios en los términos del artículo 155 del Código de rito toda vez que no se trata de plazos previstos en el ordenamiento procesal sino que se establecieron como cumplimiento de lo acordado entre las partes.

De todas formas queda en pie que en la resolución se estableció el apercibimiento de caducidad automática para el caso de incumplimiento.

En tal sentido y formalmente asiste razón al quejoso cuando afirma que la totalidad del pago acordado fue abonado luego de vencido dicho plazo.

Pero la cuestión es, tal como correctamente se indica en la resolución cuestionada, si dicho ejercicio del derecho por parte del actor resulta abusivo.

Y al respecto entiendo que la respuesta es afirmativa dado que, tal como se indicara, al 1 de abril, fecha de vencimiento del plazo se había abonado el 83,75% del monto adeudado.

Y para arribar a la conclusión antes indicada debe tenerse en cuenta que el día del vencimiento fue un miércoles, siendo feriados los dos días siguientes y luego los días sábado y domingo, con lo cual en todo caso el plazo para acreditar el saldo se trasladaba al día lunes 6 de abril.

Ahora bien, tal como se demuestra con la documental adjuntada por el comprador, lo cierto es que hubo intención de cumplir con el pago vía transferencia bancaria ya que el 1 de abril se intentó transferir $208.000, que fue rechazada y día 6 de abril sucedió lo mismo con la transferencia de $240.200, nuevamente rechazada al día siguiente, produciéndose recién el día 8 el retiro de fondos en efectivo y ese mismo día se depositó en el banco provincia la suma aludida, tal como se informara en su oportunidad.

Por otro lado no puede decirse que el comprador utilizó un medio de pago indebido toda vez que con anterioridad se efectuaron transferencias que fueron efectivamente realizadas y acreditadas en el BPN.

De ello se desprende, además de la voluntad de los demandados de pagar en término, sin éxito, que en realidad el atraso fue de dos días ya que el miércoles 8 de abril las sumas estaban depositadas en la cuenta bancaria oficial, con lo cual y tomando en cuenta el porcentaje abonado en término, la intención del deudor de cumplir con sus obligaciones, el efectivo cumplimiento de la totalidad de pago, desestimar su propuesta resultaría un claro abuso del derecho que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1071 del Código Civil, y en consideración a la jurisprudencia a que alude la sentenciante en casos análogos –referidos al específico contrato de compraventa- me llevan al convencimiento de que en el caso concreto y en función de los hechos acreditados justifican la decisión cuestionada.

En cuanto a las costas y toda vez que si bien se desestima el planteo del actor, lo cierto es que existió un cumplimiento tardío que es aceptado con fundamento en lo dispuesto por el artículo antes mencionado con lo cual entiendo que las costas deben aplicarse en el orden causado en ambas instancias.

Los honorarios de los profesionales intervinientes serán dejados sin efecto, procediéndose a una nueva determinación tomando como base regulatoria la fijada en la resolución toda vez que no fuera cuestionada específicamente por las partes.

III.- Por las razones expuestas propongo se confirme la resolución apelada en lo sustancial, modificándose la imposición de costas las que se aplicarán por su orden en ambas instancias. Los honorarios serán dejados sin efecto procediéndose a una nueva determinación conforme las pautas arancelarias.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II,

RESUELVE:

I.- Confirmar la resolución de fs. 2498/2503 en lo sustancial, modificándose la imposición de costas las que se aplicarán por su orden en ambas instancias.

II.- Dejar sin efecto los honorarios profesionales, procediéndose a una nueva determinación conforme las pautas arancelarias.

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

**"L. H. I. C/ B. C. S. S/ REGIMEN DE VISITAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 44907/2010) – Interlocutoria: 427/15 – Fecha: 24/09/2015

DERECHO DE FAMILIA: Regimen de visitas.

MEDIDA CAUTELAR. SUSPENSION DEL REGIMEN DE VISITAS. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.

1.- Corresponde desestimar la apelación en subsidio dirigida contra la resolución que dispone a título cautelar la suspensión del régimen de visitas fijado en autos y la prohibición de acercamiento del recurrente a menos de 200 metros respecto de la demandada, su hija y el hijo de la primera. Ello es así, toda vez que el supuesto de autos reviste la suficiente gravedad, en atención a la afectación que se denuncia respecto de la integridad psicofísica de la hija de las partes, como para haber decidido la medida de protección sin el previo traslado al actor. Agrego que la medida adoptada le fue notificada al accionante el mismo día de su emisión (...), y que éste pudo cuestionarla por lo que, en definitiva, su derecho de defensa fue resguardado. Sin perjuicio de ello, debo señalar que el cuestionamiento del apelante fue meramente procesal, sin aludir a la cuestión de fondo que es la que justifica la medida y el procedimiento previo a su adopción (inaudita parte).

2.- Finalmente cabe recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 19) determina el deber del Estado de brindar protección al niño o niña contra toda forma de prejuicio o abuso, incluido el abuso sexual. Y en cumplimiento de dicha norma convencional es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido respecto de la conveniencia de separar preventivamente al niño o niña del supuesto perpetrador del abuso sexual, en fallo que cita la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente en su dictamen; criterio al que la suscripta ha adherido en autos "E.A.L. s/ Protección de Derechos" (expte. n° 51.444/2011, Sala I, P.I. 2012-II, n° 124).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 24 de Septiembre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "L. H. I. C/ B. C. S. S/ REGIMEN DE VISITAS", (Expte. N° 44907/2010), venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 4 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y

Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y, puestos los autos para resolver, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora interpone recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución de fs. 141 que dispone a título cautelar la suspensión del régimen de visitas fijado en autos y la prohibición de acercamiento del recurrente a menos de 200 metros respecto de la demandada, su hija y el hijo de la primera.

Desestimada la revocatoria, se concede el recurso de apelación (fs. 165).

a) El apelante se agravia por entender que la resolución atacada no respeta el principio de bilateralidad, y el derecho de defensa de su parte, señalando que ello la torna nula.

Dice que la decisión de la a quo es arbitraria, ya que omitió ordenar el traslado a su parte de la presentación de la demandada.

Sigue diciendo que también se encuentra vulnerada la manda del art. 51 de la Ley 2.302.

b) La demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 171/vta.

Sostiene que no puede primar una cuestión procesal por sobre el interés superior de la menor, más aún cuando, como en autos, se encuentra comprometida la integridad física y psicológica de la niña, y está en etapa de investigación penal los hechos denunciados. Agrega que se trata de una medida precautoria, conforme lo establece el a5rt. 30 de la Ley 2.302.

Alude a la situación de vulnerabilidad en la que está la niña.

Dice que los agravios no constituyen una crítica suficiente a la decisión de la jueza de primera instancia, y que se pretende la nulidad por la nulidad misma.

c) A fs. 185/186 vta. obra dictamen de la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente.

II.- Si bien los agravios mínimamente reúnen los recaudos del art. 265 del CPCyC, ya que se critica concretamente el trámite previo al dictado de la resolución cautelar, señalándose porque éste violaría el derecho de defensa, por lo que corresponde analizar el recurso planteado, la improcedencia de la crítica es evidente.

La contundencia del informe del Equipo de Atención al Maltrato y Abuso Sexual Infantil de fs. 137/139, al que me remito a fin de no reproducir hechos y dichos que afectan gravemente la intimidad de las partes y, fundamentalmente, de los niños involucrados, justifica plenamente la medida adoptada.

El art. 30 de la Ley 2.302 habilita la adopción de medidas de protección en caso de amenaza o violación a los derechos de niños, niñas y adolescentes, las que serán "limitadas en el tiempo y durarán mientas persistan las causas que le dieron origen".

En la medida de lo posible, tal lo prevé el art. 51 de la Ley 2.302 invocado por la recurrente, debe recabarse la opinión de las partes con carácter previo a la adopción de medidas como la de autos. Sin embargo, la misma norma legal permite, "cuando existieren urgencias o circunstancias graves", que las medidas de protección sean dictadas provisionalmente, otorgando un plazo de cinco días posteriores a su efectivización para cumplir con los traslados pertinentes.

El supuesto de autos reviste la suficiente gravedad, en atención a la afectación que se denuncia respecto de la integridad psicofísica de la hija de las partes, como para haber decidido la medida de protección sin el previo traslado al actor. Agrego que la medida adoptada le fue notificada al accionante el mismo día de su emisión (fs. 141), y que éste pudo cuestionarla por lo que, en definitiva, su derecho de defensa fue resguardado. Sin perjuicio de ello, debo señalar que el cuestionamiento del apelante fue meramente procesal, sin aludir a la cuestión de fondo que es la que justifica la medida y el procedimiento previo a su adopción (inaudita parte).

Finalmente cabe recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 19) determina el deber del Estado de brindar protección al niño o niña contra toda forma de prejuicio o abuso, incluido el abuso sexual. Y en cumplimiento de dicha norma convencional es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido respecto de la conveniencia de separar preventivamente al niño o niña del supuesto perpetrador del abuso sexual, en fallo que cita la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente en su dictamen; criterio al que la suscripta ha adherido en autos "E.A.L. s/ Protección de Derechos" (expte. n° 51.444/2011, Sala I, P.I. 2012-II, n° 124).

III.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte actora y confirmar el resolutorio apelado, con costas al recurrente vencido (art. 69, CPCyC).

Regulo los honorarios de los profesionales actuantes en la suma de $ 2.155,00 para la letrada patrocinante de la parte demandada Dra. ..., y $ 1.540,00 para la letrada patrocinante de la parte actora Dra. ..., de conformidad con lo dispuesto en los arts. 7 y 35 de la Ley 1.594.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar el resolutorio apelado, con costas al recurrente vencido (art. 69, CPCyC).

II.- Regular los honorarios de los profesionales actuantes en la suma de $ 2.155,00 para la letrada patrocinante de la parte demandada Dra. ..., y $ 1.540,00 para la letrada patrocinante de la parte actora Dra. ..., de conformidad con lo dispuesto en los arts. 7 y 35 de la 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

**"BUSTAMANTE ABRISTELIA Y OTRO C/ ALTAMIRANO ZAMBRANO ALBERTO S/ D.Y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESION)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 455156/2011) – Sentencia: 118/15 – Fecha: 03/09/2015

DERECHO CIVIL: Accidente tránsito.

DAÑOS Y PERJUICIOS. RESPONSABILIDAD CONCURRENTE. SUJETO EMBISTENTE. ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD. PRIORIDAD DE PASO. SEÑALES DE TRANSITO. SEMAFORO AMARILLO INTERMITENTE.

1.- Corresponde revocar el fallo apelado y hacer lugar a la demanda atribuyendo el porcentaje de responsabilidad en forma concurrente, importando en relación al demandado el 50% en función del modo en que contribuyó con la cosa riesgosa que tenían a su cargo dirigir, al acaecimiento del suceso.

2.- De una lectura integral de la norma aplicable (LN 24449) se colige que si bien la prioridad de paso en los cruces es siempre al que circula por la derecha (art. 41), ante la presencia de luz amarilla intermitente dice la norma que el conductor debe " … efectuar el mismo con precaución;" (art. 44 inc. a.4). Razón por la que todo conductor que accede a una encrucijada de una vía semaforizada con señal lumínica en color amarillo intermitente debe hacerlo con precaución, con indiferencia desde la vía que lo haga.

3.- [ … ] la circunstancia que el choque aconteciera cuando el rodado que avanzaba desde la izquierda había traspuesto con su frente el eje de la línea media perpendicular a su dirección de marcha, no autoriza a concluir que el otro que se presentaba desde la derecha había perdido el derecho de preferente paso que gozaba, ello así porque la situación debe apreciarse no en el instante de la colisión, sino en el momento previo en el que los móviles asomaron en la bocacalle, debido a que es ahí cuando, en función de la prioridad correspondiente, uno de ellos debía ceder el paso al otro. (del voto del Dr. Ghisini, disidencia).

4.- La presunción de responsabilidad del conductor del vehículo embistente no tiene carácter absoluto, ni implica en todos los supuestos que quien embiste a otro tenga sin más que responder por las consecuencias dañosas que se originan en un accidente de tránsito. Esta debe analizarse sobre la base de todos los elementos fácticos y jurídicos obrantes en la causa (prioridad de paso, velocidad de los vehículos, etc.), con el fin de poder apreciar en su conjunto si ha mediado responsabilidad o no del sujeto embistente. El concepto de embestido mecánico no siempre coincide con el de embestidor jurídico. La razón es simple: el primero refiere a una calidad puramente física; el segundo una jurídica. En otros términos, aquel apunta a la sola materialidad, mientras que éste hace a la responsabilidad. En el caso no juega la presunción de sujeto embistente como pretende el apelante, a los fines de consagrar una solución distinta que la establecida en la sentencia de origen, por lo que debe rechazarse el agravio y se confirmar la responsabilidad tal como fuera establecida en la instancia de grado. (del voto del Dr. Ghisini).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 3 de Septiembre del año 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "BUSTAMANTE ABRISTELIA Y OTRO C/ ALTAMIRANO ZAMBRANO ALBERTO S/ D. Y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESION)" (Expte. N° 455156/2011) venidos en apelación del Juzgado Civil N° 4 a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

I.- La sentencia de primera instancia (fs. 202/206 vta.) desestimó la demanda de indemnización de los daños producidos a consecuencia de un accidente tránsito habido entre dos automóviles en movimiento, en un cruce de calles con semáforo intermitente, donde se tuvo en cuenta la prioridad de paso de quién transita por la derecha. Así, al considerar que el hecho del conductor del Fiat Duna, al violar la prioridad de paso que correspondía a la Multicarga Fiat de la parte demandada que se presentó en la encrucijada por la derecha del anterior, quebró el nexo causal entre los perjuicios y el riesgo generado por el desplazamiento del último de los automotores indicados. En consecuencia le impone las costas del juicio a los actores vencidos.

El decisorio resulta apelado por la parte actora a fs. 209, cuya expresión de agravios luce a fs. 215/221, la cual es replicada por el demandado y la citada en garantía a fs. 223/226 vta.

II.- La parte recurrente cuestiona la sentencia de grado al referir que se tuvo por acreditado el hecho, atribuyendo importancia fundamental a la circunstancia que el semáforo existente en la intersección de calles San Martín y Combate de San Lorenzo de la ciudad de Neuquén, se encontraba intermitente, y por ello deduce que renace la prioridad de paso de quien transita por la derecha.

Sin embargo, considera que la a quo omite analizar las demás circunstancias que rodearon al accidente, que fueron oportunamente invocadas y probadas por su parte.

Expresa que, el automotor del accionado circulaba a velocidad excesiva y eso surge de la violencia del impacto que hizo que el Fiat Duna que circulaba de oeste a este por calle San Martín, al ser colisionado, diera un giro quedando en dirección inversa a la que traía.

Afirma que, debió merituarse la circunstancia que el vehículo del demandado fue el embistente, lo cual surge del lugar donde se encuentran las daños en el Duna, es decir en el costado trasero derecho.

Agrega que ha quedado comprobado que el señor Benavidez circulaba por calle San Martín en una fila de vehículos, en la misma dirección y a velocidad reducida.

Menciona que, no se puede omitir que el actor arribó ostensiblemente más adelantado a la encrucijada, lo cual adquiere relevancia en conjunción con las consideraciones precedentemente expuestas. Todo lo cual respalda con extractos de la prueba producida y jurisprudencia que considera en apoyo de su postura.

En segundo lugar, se agravia en cuanto se imponen la totalidad de las costas a los actores, como por la cuantía de las mismas, por lo que solicita que las primeras sean impuestas en el orden causado, por haber operado un cambio jurisprudencial con posterioridad a la fecha del accidente (Marcilla, Marcelo Oscar c/ Ávila Manuel G. y Otro s/ Daños y Perjuicios).

III.- Liminarmente cabe tener en cuenta que ha quedado firme en la causa que, el demandado ha sido agente activo del choque y que en los momentos previos al impacto circulaba por la mano derecha, es decir, por calle Combate de San Lorenzo, en sentido norte, mientras el actor lo hacía por calle San Martín hacia el este, de esta ciudad capital. Además que al producirse el accidente los semáforos ubicados en dicha intersección se encontraban intermitentes.

Hecha la aclaración anterior, para abordar los agravios expuestos, parto de la base que no se han cuestionado las consideraciones que sobre la prioridad de paso se expresaron en la sentencia de primera instancia, sino que la crítica se concentra en que no se ha atribuido responsabilidad al accionado en función de la velocidad de circulación que le imprimía a su rodado y a su calidad de embistente.

Consecuentemente, la norma que regula esta situación, es el Art. 41 de la ley 24.449 –a cual la Provincia se encuentra adherida- que reza: "Prioridades. Todo conductor debe ceder siempre el paso en las encrucijadas al que cruza desde su derecha. Esta prioridad del que viene por la derecha es absoluta, y sólo se pierde ante: a) La señalización específica en contrario; b) Los vehículos ferroviarios; c) Los vehículos del servicio público de urgencia, en cumplimiento de su misión; d) Los vehículos que circulan por una semiautopista.

Antes de ingresar o cruzarla se debe siempre detener la marcha; e) Los peatones que cruzan lícitamente la calzada por la senda peatonal o en zona peligrosa señalizada como tal, debiendo el conductor detener el vehículo si pone en peligro al peatón; f) Las reglas especiales para rotondas; g) Cualquier circunstancia cuando: 1. Se desemboque desde una vía de tierra a una pavimentada; 2. Se circule al costado de vías férreas, respecto del que sale del paso a nivel; 3. Se haya detenido la marcha o se vaya a girar para ingresar a otra vía; 4. Se conduzcan animales o vehículos de tracción a sangre. Si se dan juntas varias excepciones, la prioridad es según el orden de este artículo.

Para cualquier otra maniobra, goza de prioridad quien conserva su derecha. En las cuestas estrechas debe retroceder el que desciende, salvo que éste lleve acoplado y el que asciende no".

El principio de prioridad de paso y la grave presunción iuris tantum de responsabilidad que lleva anexa su violación para quien lo incumple, constituyen medios sumamente útiles, que favorecen la seguridad en el tránsito y brindan pautas claras para resolver las cuestiones derivadas de los accidentes de tránsito. La asignación de prioridades de paso persigue un objetivo fundamental: que los sujetos del tránsito no disputen el espacio en que circulan, efectuando un manejo agresivo, para ganar terreno al conductor que circula en las cercanías, quien podría ser visto como un

oponente o adversario si no fuera por las prioridades de paso establecidas legalmente que ordenan el tráfico. Si bien tal principio no es absoluto, como lo indican las excepciones previstas en la misma norma y el sentido común, torna insustancial el anticipo artificial a otros conductores acelerando la marcha de modo peligroso para ganarles de mano en llegar antes que ellos al punto de confluencia. El conductor que tiene que ceder el paso, sólo debe pasar por el cruce cuando esté seguro de no constituir obstrucción o peligro para el conductor titular del derecho de paso, cualquiera sea la velocidad o proximidad. El conductor que tiene la preferencia de paso puede confiar en el respeto de la norma positiva y continuar su marcha, viéndose sorprendido por la trasgresión, lo cual le impide contar con el tiempo de reacción necesario para evitar el choque. Establecido en juicio quien debía respetar la prioridad de paso, él carga con la presunción de responsabilidad por los daños derivados de no cumplirla. (Marcelo López Mesa, Responsabilidad civil por accidentes de automotores, p. 191 a 194)(el remarcado me pertenece).

Habiendo quedado firme y consentido que la demandada tenía prioridad de paso, de conformidad con el art. 41 de la Ley Nacional de Tránsito, el demandante tiene la carga de la prueba de los hechos que invoca con motivo de la responsabilidad que le pretende atribuir, a quien momentos antes del accidente, circulaba por su derecha.

Así pues, comparto los fundamentos expuestos en la sentencia de grado, en lo que respecta a las consideraciones que efectúa sobre la prioridad de paso del demandado, como así respecto de la conducta desplegada por las partes, a los fines de atribuir la total responsabilidad del accidente al actor.

En efecto: el accionante no ha logrado probar el "exceso de velocidad" con que la Multicarga Fiat se desplazaba, para atribuirle algún grado de responsabilidad. No existen elementos de prueba que permitan afirmar que el Sr. Alberto Altamirano Zambrano, conductor de la misma, momentos antes del accidente circulara a una velocidad que excedía la legalmente permitida.

La pericia accidentológica de fs. 124/126, en cuanto a la velocidad de circulación de los automotores antes de producirse el impacto, expreso: "...No se han proporcionado rastros de frenada que permitan su cálculo. Solo cabe una estimación. Atribuyo una velocidad aproximada a los 40 kilómetros por hora para el actor, y poco menos para la demandada...".

Ante el pedido de explicaciones de la parte actora sobre la velocidad de circulación, a fs. 155, expuso: "Que el cálculo de la velocidad de los vehículos requiere de datos que no han sido proporcionados. Es por ello, y a modo de una simple aproximación a los hechos, he estimado una velocidad que permitirían, de alguna manera, interpretar las causas de las deformaciones en el lateral derecho del vehículo Duna y su posterior "trompo" –el resaltado me pertenece-.

Teniendo en cuenta las consideraciones volcadas en el dictamen pericial, el hecho de que el automotor del actor, producto de la colisión, haya efectuado un "trompo", no implica en el caso, que el demandado haya circulado a excesiva velocidad. Es más, según la prueba pericial mencionada, quien circulaba a mayor velocidad era precisamente el accionante.

De allí que, aún cuando los testigos Moraga y Rojas hayan manifestado en su declaración, que el Fiat Duna efectuó un trompo producto de la colisión, ello a mi entender, no resulta suficiente para tener por probada la excesiva velocidad de circulación del demandado.

Por lo tanto, si no hay evidencias suficientes para calcular la velocidad de circulación de los móviles involucrados, no hay prueba que la Multicarga haya infringido la velocidad máxima permitida, y por tanto, cobra protagonismo jurídico la presunción de prioridad de paso del art. 41 de la Ley de Tránsito.

En definitiva, no es posible establecer cuál era ese ritmo de marcha del utilitario, con lo que estamos huérfanos de un dato objetivo que permita realizar un cálculo así fuere aproximado, pues sólo tenemos una estimación del perito sin mayores fundamentos, que reitero, no beneficia al accionante.

Sostiene el demandante que su adversario había perdido tal prioridad en razón de haber ingresado al cruce con anterioridad, al punto de haber atravesado más de la mitad de la calle Combate de San Lorenzo.

La jurisprudencia de esta Sala se ha ido inclinando de alguna manera en sostener que, más allá que el Duna de la parte actora penetrado en la encrucijada con alguna ventaja temporal sobre el Utilitario Fiat del demandado, éste último no había por ello perdido su derecho de paso preferente.

Ello es así, en virtud del art. 41 de la Ley 24.449, aplicable en el ejido de la ciudad de Neuquén, pues la prioridad de paso del rodado que en el cruce se presenta por la derecha de otro habría igualmente de ser respetada por el conductor de éste cuando ambos vehículos aparecen más o menos simultáneamente en el cruce, más allá de algún ligero adelantamiento del último.

Interpreto entonces que, la citada regla de preferencia de paso no dejó de ser aplicable aquí, no obstante haya el actor iniciado el cruce un instante antes que el demandado, ya que en todo caso esa ventaja habría sido mínima y no justificaba separarse del mandato legal. Concluir en lo contrario importaría una derogación indirecta del precepto que obliga a reducir la velocidad en las esquinas (art. 51 inc. "e", apartado 1 de la Ley 24.449), pues llevaría a los conductores a elevar el ritmo de marcha para lograr algún adelantamiento, lo cual resultaría intolerable para el logro de la seguridad en el tránsito.

Por lo tanto, la circunstancia que el choque aconteciera cuando el rodado que avanzaba desde la izquierda había traspuesto con su frente el eje de la línea media perpendicular a su dirección de marcha, no autoriza a concluir que el otro que se presentaba desde la derecha había perdido el derecho de preferente paso que gozaba, ello así porque la situación debe apreciarse no en el instante de la colisión, sino en el momento previo en el que los móviles asomaron en la bocacalle, debido a que es ahí cuando, en función de la prioridad correspondiente, uno de ellos debía ceder el paso al otro.

Con respecto a la presunción de responsabilidad del conductor del vehículo embistente, ella no tiene carácter absoluto, ni implica en todos los supuestos que quien embiste a otro tenga sin más que responder por las consecuencias dañosas que se originan en un accidente de tránsito.

Cabe precisar que la presunción de la responsabilidad de quién embiste a otro debe analizarse sobre la base de todos los elementos fácticos y jurídicos obrantes en la causa (prioridad de paso, velocidad de los vehículos, etc.), con el fin de poder apreciar en su conjunto si ha mediado responsabilidad o no del sujeto embistente.

En efecto, no siempre coincide el concepto de embestidor mecánico con el de embestidor jurídico. La razón es simple: el primero refiere a una calidad puramente física; el segundo una jurídica. En otros términos, aquel apunta a la sola materialidad, mientras que éste hace a la responsabilidad. Decidir si coinciden o no, es materia científica de valoración judicial. Aferrarse ciegamente al mundo físico para decidirse siempre por la responsabilidad del embestidor (no obstante la innegable presunción que pesa sobre él), lleva a desnaturalizar la ciencia jurídica y a sacar conclusiones que, en supuestos como el de autos, va en contra de lo que indica la lógica y el curso normal de las cosas. Frecuentemente sucede que el embestidor resulta, en buena medida, un agente pasivo; es el objeto impactado el que se coloca sorpresivamente e indebidamente en su camino; por lo tanto, las consecuencias comúnmente adversas al embestidor "mecánico" no juegan. (Marcelo López Mesa, Responsabilidad civil por accidentes de automotores, p. 791/792)(el subrayado me pertenece).

En cuanto a la calidad de embestidor, la jurisprudencia a dicho "...basta con señalar que la culpabilidad del embestidor no configura un axioma indestructible, sino únicamente da lugar en ocasiones a una presunción "iuris tantum", que queda desvirtuada cuando se acredita que el embestido, mediante maniobra antirreglamentaria -como aquí lo fue la violación de la prioridad de paso-, interfirió indebidamente la línea de avance del otro conductor y provocó con ello el acometimiento (confr.: C.N. Civ., Sala "M", J.A. 1994-II-389; C.N.. Esp. Civ. y Com., Sala V, L.L. 1988-D-519, sum. 37.997-S; esta alzada, c. 17.780 S.D.C. 21/02, c. 20.577 S.D.C. 34/07, entre otras).

Por ello, considero que en el caso no juega la presunción de sujeto embistente como pretende el apelante, a los fines de consagrar una solución distinta que la establecida en la sentencia de origen, por lo que propondré al acuerdo que se rechace este agravio y se confirme la responsabilidad tal como fuera establecida en la instancia de grado.

En otro orden, no puede cuestionarse la condición de vencida que reviste el accionante sobre todo cuando se rechazó totalmente la demanda interpuesta, correspondiendo, en consecuencia, la imposición íntegra de las costas a la perdidosa, más aún cuando el fundamento del hecho objetivo de la derrota no sufre desmedro en los presentes.

IV.- Por las razones expresadas entiendo que la sentencia apelada merece ser confirmada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a la parte actora vencida en ella (art. 68 C.P.C.C.) y regulando los honorarios de los Dres. VER, por sus tareas de alzada y vista la extensión, calidad y resultado de ellas, en el 30% de lo regulado en la anterior instancia (art. 15 de la Ley 1.594).

Tal mi voto.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

I.- Que habré de disentir con el voto del colega preopinante que confirma el rechazo de la demanda, propiciando al Acuerdo que esta última sea acogida parcialmente en orden a la responsabilidad concurrente de las partes en el acaecimiento del accidente, y que considero equiparables (50%), con imposición en costas en ambas instancias en la misma proporción (art. 68 y 71 del CPCyC).

II.- Que la decisión en crisis rechaza la demanda por daños y perjuicios, con imposición de costas a los vencidos, bajo el fundamento que era el demandado el que detentaba la prioridad de paso sentada en el art. 41 de la Ley de Tránsito, regla que había renacido porque los semáforos funcionaban en color amarillo intermitente para ambos, no constituyendo excepción a aquella el adelantamiento en la encrucijada de los actores, ni la calidad de embistente y mayor velocidad que llevaba el rodado de la contraparte.

Que los reclamantes objetan la atribución de la responsabilidad señalando que no obstante la prioridad de paso que beneficiaba al demandado, en la sentencia se omitió analizar las circunstancias en que se produjo el accidente, invocadas y probadas, por las que el último circulaba sin respetar los límites de velocidad en una intersección ni observó los deberes de cuidado y prevención que se le imponían, así como haber guiado el vehículo embistente.

A.- Acerca de lo que es materia de controversia, esto es la responsabilidad en el accidente que cada conductor le endilga al otro, resulta de los escritos introductorios la coincidencia en relación al acontecimiento del evento dañoso y sus principales características (lugar y fecha): el día 28 de septiembre de 2009, aproximadamente a las 23 horas, en la intersección de las calles San Martín y Combate de San Lorenzo de esta ciudad, en la que los semáforos señalizaban el color amarillo intermitente para los actores, que circulaban en el Fiat Duna por la primera de las arterias en sentido Oeste-Este, tanto como para la contraparte que lo hacía por la otra vía desde el Sur al Norte en el Fiat 125, es decir accedía desde la derecha en relación a aquellos; por último, la calidad de embistente del demandado.

La prueba ha permitido poner en evidencia que el vehículo de los actores había pasado la mitad de la calle que transponía (testigos Moraga, Rojas, Corvalan), y que la marcha era lenta en la calle San Martín por el tránsito de varios autos en su mismo sentido (Rojas, Corvalan).

También se informa que el actor circulaba a una velocidad reducida (Rojas, Corvalan).

Lo anterior lo confirma la posición 9 y 10 fijada por el demandado y la respuesta afirmativa de los actores respecto a que "ambos rodados circulaban a velocidad reducida" (fs. 88/90).

Otro dato resulta de la afirmación dada por el demandado en su posición 9 por la que "el automóvil FIAT DUNA ingresó adelantado al cruce y ya había transpuesto la mitad de la calle Combate de San Lorenzo cuando fue colisionado" (fs. 92/93).

A su vez el actor al deponer admite que "consideró que tenía la prioridad de paso" y que convencido de su preferencia no detuvo su marcha (posición 8 y 9 obrante a fs. 90/91).

B.- Abordando la cuestión traída a entendimiento y en orden a los agravios que introducen los demandados, considero que en la causa bajo estudio cobra liminar relevancia el principio y presunciones sobre la atribución de responsabilidad establecidos por el art. 1.113 del Código Civil –norma vigente al momento del accidente- y por recaer en los protagonistas del suceso los deberes de cuidado y prudencia que pesan sobre todo dueño o guardián de una cosa riesgosa, desde que el daño ocasionado por el riesgo de la cosa regularmente lleva en su trasfondo la negligencia en su utilización o custodia.

Senado lo anterior, la Ley de Tránsito, en el inc. b) de su art. 39 impone a los conductores en la vía pública "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".

Regula en su art. 41 la prioridad de paso en los cruces, estableciendo que "Todo conductor debe ceder siempre el paso en las encrucijadas al que cruza desde su derecha", agregado que se pierde en primer lugar, y entre otras, ante "La señalización específica en contrario".

Luego, en lo que resulta de interés para los presentes, el art. 44 describe que en "las vías reguladas por semáforos":

a) Los vehículos deben:

1. Con luz verde a su frente, avanzar;

2. Con luz roja, detenerse antes de la línea marcada a tal efecto o de la senda peatonal, evitando luego cualquier movimiento;

3. Con luz amarilla, detenerse si se estima que no se alcanzará a transponer la encrucijada antes de la roja;

4. Con luz intermitente amarilla, que advierte la presencia de cruce riesgoso, efectuar el mismo con precaución;

C.- Por lo expuesto, conforme al plexo jurídico expuestos y analizando las pruebas en base a las pautas del art. 386 del Código del rito, en primer lugar habré de señalar que coincido parcialmente con el desarrollo y argumentación que se realiza en la sentencia de grado cuando rechaza por improbada la atribución de responsabilidad pretendida en base a la mayor velocidad del vehículo del demandado, tanto como la que pueda derivarse de su carácter de embistente, esto último conforme la experiencia que indica que un oportuno y a veces instintivo volantazo, elusivo de una colisión inminente y frecuente, convierte al "embestidor" en un "embestido", desplazando tal situación como indicio.

Sin embargo, respetando aquella evaluación, como la que también concreta el colega preopinante -coincidentes con decisiones judiciales en el mismo sentido- cuando tienen por acreditada la eximente del demandado por haber incurrido las víctimas en culpa por incumplir con la regla de prioridad de paso, entiendo que la correcta interpretación de la ley es que el primer mandato para todo conductor que accede a una encrucijada de una vía semaforizada con señal lumínica en color amarillo intermitente, es la de hacerlo con precaución, e indiferente a ello desde qué vía lo haga.

Así interpreto, y como aplicable a la cuestión que nos ocupa, que la calificación de "cruce riesgoso" determinado a partir de una "señalización" por semáforos, como regla especial, no puede equipararse en sus efectos a la común, en particular cuando los criterios sentados por la jurisprudencia mayoritaria han despojado a esta última de su carácter absoluto, y en este sentido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia en la causa "Marcilla Marcelo Oscar c/ Avila Manuel Gerardo y otro s/ Daños y Perjuicios " (Acuerdo del 13.05.2013), tal como lo receptara el art. 1071 del C.Civil y el nuevo arts. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Concretamente, el semáforo con luz amarilla intermitente es una manera de funcionamiento prevista por la ley que advierte la presencia de cruces riesgosos e impone la asunción de una conducta prefijada, cual es, la de efectuarlo con precaución.

Siguiendo el análisis expuesto, los actores debieron adoptar las precauciones frente a un particular cruce, sin que se haya acreditado reducción de velocidad para observar que no se presentaban otros rodados; más, dejaron sin justificar bajo qué regulación pudieron entender –como afirma uno de ellos- que su derecho era prioritario, como tampoco que evaluaran la prioridad de paso que goza el vehículo que accede desde la derecha; así, quedó demostrado que tal obrar constituyó el aporte causal con el daño que en definitiva habilita reducir el que pueda atribuirse al riesgo generado por el otro rodado.

Luego, tratándose de una intersección en que la señal lumínica se hallaba en color amarillo intermitente, aún con paso prioritario al demandado se le imponía la obligación de circular con precaución, que significa en el caso, además de reducir la velocidad, anticiparse para adoptar aquellas medidas convenientes para evitar la generación de daños, tal el aporte que omitió cumplir y al que concurre con los actores.

En este sentido, admite que antes de la colisión que "el automóvil FIAT DUNA ingresó adelantado al cruce y ya había transpuesto la mitad de la calle Combate de San Lorenzo cuando fue colisionado", reconocimiento que debe ser valorado con lo informado por los testigos respecto a que los actores circulaban a una velocidad reducida por la vía en que también lo hacían otros autos.

Tal percepción de las circunstancias de cómo se desarrollaban los acontecimientos le permitían al demandado tomar recaudos para evitar la colisión, y la entidad y lugar del impacto -en el lateral y parte trasera derecha- sumado al giro que sufrió el rodado embestido indican que otras opciones estuvieron a su alcance.

Y es que "No cabe evaluar la regla de prioridad de paso en forma autónoma o desconectada de las circunstancias del caso ya que debe analizarse su vigencia en consonancia con la simultánea existencia de otras infracciones y en correlación, también, con los preceptos específicos que disciplinan la responsabilidad por daños (SCBA, Ac 80308 S 21-11-2001, "Quiroga, José y otra c/ Chiarenza, Enzo Alejandro y otros s/ Daños y perjuicios").

"Aceptar por principio el criterio que emerge de la regla de prioridad de paso para quien avanza por la derecha, no releva la necesidad de verificar en cada caso las circunstancias integrales, en particular la incidencia de otras reglas del tránsito y de los principios generales de la responsabilidad" (SCBA, Ac 64363 S 10-11-1998, "Romero, Félix y otra c/ López, Jorge Antonio y otros s/ Daños y perjuicios", DJBA 156, 19; AyS 1998 V, 695; SCBA, Ac 66208 S 2-3-1999, "Pérez Rojas, Roberto c/ Yoldi, Víctor Alberto y otro s/ Daños y perjuicios", AyS 1999 I, 373; SCBA, Ac 72652 S 30-8-2000, "Aguirre, Gustavo Alberto c/ Solari, Fidel y otro s/ Daños y perjuicios", SCBA, AC 78531 S 28-9-2001, "Echegaray, Fabián N. c/González, Ricardo A. y otro s/Daños y perjuicios", SCBA, AC 79892 S 19-2-2002, "García, Eduardo c/Marcolongo, Leonardo y/o cualquier otro responsable s/Daños y perjuicios").

"Si bien es cierto que las reglas de la prioridad de paso fijan rígidos criterios hermenéuticos, tales pautas deben conjugarse con todas las pruebas del juicio (arts. 384, 456 y 474 del Código Procesal Civil) (61)" (SCBA, Ac 70193 S 3-5-2000, "Nuñez, Jorge Daniel c/Empresa de Transportes Martín Güemes y otro s/Daños y perjuicios", DJBA 158, 217 – LLBA 2000, 1197; SCBA, Ac 92763 S 14-6-2006, "Medina, Gustavo Clementino c/Brugueras, Javier Marcelo y otro s/Daños y perjuicios". JUBA Civil y comercial B25352).

En consecuencia, aún cuando hallo razón a la crítica de los actores en relación a la responsabilidad que corresponde atribuir en el acontecimiento dañoso al comprobarse que el demandado actuó en forma imprudente, el reconocimiento será parcial por considerar que ambos contribuyeron en la misma proporción.

Que por las razones fácticas y jurídicas vertidas, considero ajustado a las circunstancias particulares del caso y las omisiones a los deberes de prudencia y precaución consumadas por ambos protagonistas de la colisión, revocar el fallo apelado y hacer lugar a la demanda atribuyendo el porcentaje de responsabilidad en forma concurrente, importando en relación al demandado el 50% en función del modo en que contribuyó con la cosa riesgosa que tenían a su cargo dirigir, al acaecimiento del suceso.

III.- Establecida la atribución de la responsabilidad en la proporción por la que debe responder el demandado, corresponde analizar la cuantía de la reparación.

Que los actores reclaman un total de $8.120,49, discriminando el daño emergente (A), como el costo de la reparación del vehículo y la provisión de repuestos, por $6.620,49 y por privación de uso por 10 días (B), por $1.500,00.

A.- En relación a lo requerido por el primero de los rubros, se seguirá el dictamen pericial de fs. 123/126, el que a fin cumplir con la estimación atiene lo que evidencian las fotografías de fs. 184/186, procedimiento que al igual que sus conclusiones señaladas en los puntos 1, 2, 3 y 4 llegan firmes por haber sido impugnados.

Luego, coincidiendo los testigos Moraga, Rojas y Corvalan en la ubicación de los daños en la puerta y guardabarro traseros del lateral derecho, que se corresponde con la mecánica del accidente, para establecer el monto indemnizatorio se seguirán los valores consignados en los presupuestos por repuestos y reparación de chapa y pintura agregados a fs. 10 y 12, por $556,49 y $4.500,00 respectivamente, que fueron informados por los sujetos que los emitieron, y que el experto considera justificados en el punto 2 de su informe.

En segundo lugar, y siguiendo el dictamen que informa la imposibilidad de poder constatar efectivamente los daños que afectaron la rueda trasera y el sistema de rodamiento, habré de concluir en que el reclamo por este rubro no prosperará por falta de prueba.

Conforme lo expuesto, el monto por el presente rubro asciende a $5.056,49.

B.- Abordando el reclamo por la privación de uso del rodado, el perito informa que la reparación que consideró justificada demandará 8 días.

Que el rubro analizado constituye una consecuencia mediata, a partir de la perturbación que genera en las víctimas la indisponibilidad del bien y la erogación que les demandará obtener la movilidad que aquel satisfacía, procediendo que sea resarcido conforme los arts. 1.067 y 1.068 del C.Civil, ley vigente al momento del accidente.

Conforme a lo expuesto, en ejercicio de las atribuciones contempladas en el art. 165 del CPCyC y atendiendo a la estimación de $150 diarios cumplida al demandar por los actores (fs. 18vta.), el rubro se valora en la suma de $1.200.

C.- Así, en la proporción fijada en el capítulo II-C) por la que debe responder la parte demandada, el monto de condena asciende a la suma de $3.128,24 (50% de $6.256,49).

D.- A la condena se le habrá de adicionar el pago de los accesorios por intereses los que se habrán de computar a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén entre la fecha del accidente, el 28.09.2009 y hasta el 31 de julio de 2015 (Conf._"ALOCILLA LUISA DEL CARMEN Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" T.S.J. Neuquén Acuerdo 1590, Expte. nº 1701/06 –28/04/2009), y a partir del 01 de agosto de 2015 hasta su efectivo pago, a la tasa activa que fija el Banco Central de la República Argentina (Conf. Art. 768 del C.C.yC.N.).

IV.- En los términos del contrato de seguro exteriorizado con la póliza Nro. 4966046 aportada por Liderar Compañía General de Seguros S.A. a fs. 41/52 y el art. 116 de la Ley de Seguros, la condena al pago de las sumas establecidas en el capítulo anterior se extenderá a la aseguradora citada.

V.- Atento la forma como se decide, se habrá de dejar sin efecto la imposición en costas fijada en la sentencia que se revoca, las que se cargarán en ambas instancias a la parte actora y al demandado y su aseguradora en la misma proporción de la condena (50%) (art. 68 y 71 del CPCyC).

VI.- De igual forma, quedan sin efecto los honorarios antes regulados, los que deberán ser fijados considerando el monto de condena con más los intereses que resulten de la planilla a practicarse en la instancia de grado (conf. art. 20 de la Ley 1594 reformado por la Ley 2933), y en la siguiente proporción:

Para los letrados de la parte actora: 18% para los Dres. ..., ... y ... en forma conjunta en su calidad de patrocinantes y 7,20% para el primero que actuó en el doble carácter; para los letrados intervinientes por el demandado y aseguradora: el 16% para los Dres. ... y ... en forma conjunta y 6,40% para el Dr. ..., en su calidad de apoderado, conforme Arts. 6, 7, 10, 11, 20, 39 s.s. y c.c. de la Ley Arancelaria, y de corresponder, los mínimos previstos en el art. 9 de la citada ley según misma actividad profesional, estipulando los de Alzada en el 30% de los anteriores.

VII.- Conforme las consideraciones expuestas, propiciaré al acuerdo que, acogiendo parcialmente el recurso de apelación de los actores, se revoque la sentencia de grado, condenando al demandado y aseguradora citada a abonar a aquellos la suma de $3.128,245 con más los intereses estipulados en el capítulo III-D, dejando sin efecto la imposición en costas y regulación de honorarios, rubros que se ajustarán a lo determinado en los capítulos V y VI.

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con el Dr. Jorge PASCUARELLI, quien manifiesta:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto del Dr. Medori, adhiero al mismo.

Por todo ello, la SALA III POR MAYORIA,

RESUELVE:

1.- Revocar parcialmente la sentencia dictada a fs. 202/206 vta., condenando al demandado Señor Alberto Altamirano Zambrano y a la aseguradora citada Liderar Compañía General de Seguros S.A., a abonar a los actores la suma de PESOS TRES MIL CIENTO VEINTIOCHO CON VEINTICUATRO CENTAVOS ($3.128,24), con más los intereses estipulados en el capítulo III-D del presente pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de ambas instancias la parte actora y al demandado y su aseguradora en la misma proporción de la condena (50%) (art. 68 y 71 del CPCyC).

3.- Dejar sin efecto los honorarios regulados, los que los que deberán ser fijados considerando el monto de condena con más los intereses que resulten de la planilla a practicarse en la instancia de grado (conf. art. 20 de la Ley 1594 reformado por la Ley 2933), y en la siguiente proporción: Para los letrados de la parte actora: 18% para los Dres. ..., ... y ... en forma conjunta en su calidad de patrocinantes y 7,20% para el primero que actuó en el doble carácter; para los letrados intervinientes por el demandado y aseguradora: el 16% para los Dres. ... y ... en forma conjunta y 6,40% para el Dr. ..., en su calidad de apoderado, conforme Arts. 6, 7, 10, 11, 20, 39 s.s. y c.c. de la Ley Arancelaria, y de corresponder, los mínimos previstos en el art. 9 de la citada ley.

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 vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr. Jorge Pascuarelli

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"MIRANDA HECTOR RENE C/ RINZAFRI ITALO VICTORIO Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 468488/2012) – Sentencia: 120/15 – Fecha: 08/09/2015

DERECHO CIVIL: Accidente de tránsito.

DAÑOS Y PERJUICIOS. INDEMNIZACION POR ACCIDENTE DE TRANSITO. GASTOS MEDICOS. PRIVACION DE USO DEL AUTOMOTOR.

1.- Los gastos de curación de las afecciones padecidas en el evento dañoso deben ser reconocidos, sin perjuicio de la falta de comprobantes, siempre que se justifique su necesidad. En el caso concreto, sólo se informa que la víctima tuvo tratamiento ambulatorio sin conocerse específicamente la duración del mismo, siendo atendido en el hospital público. […) debe admitirse tal rubro teniendo en cuenta que los servicios públicos de nuestro país no proveen todas las prestaciones en forma gratuita, justificado como se encuentra por la pericia médica, fijándolo en $1.000, en el marco del art. 165 del CPCC.

2.- […] "Para determinar el período de privación de uso del vehículo dañado, no corresponde computar sólo el tiempo de las reparaciones, sino también el prudente e inherente a la elección del taller, disponibilidad de los turnos de éste, factores climáticos que dilatan los trabajos de pintura, y demás circunstancias que puedan surgir y que resultan de conocimiento general y notorio". (CNCiv, sala K, 11.8.97, sum. 40, t. 1, ídem).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 8 de septiembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MIRANDA HECTOR RENE C/ RINZAFRI ITALO VICTORIO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (Expte. Nº 468488/2012), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 4 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori dijo:

I.- Que la parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva del 13 de abril del 2015 (fs. 301/309), expresando agravios a fs. 324/332.

Argumenta que la juez de grado incurre en arbitrariedad al fijar en forma reducida la indemnización por daño físico, apartándose de la pericia médica en el porcentaje de incapacidad y aplicando la fórmula Vuotto. De igual manera, se agravia por el daño moral y la privación de uso. Se queja de la denegatoria del tratamiento psicológico recomendado por el facultativo y los gastos asistenciales presumibles.

Reserva el caso federal y solicita se eleve el monto de condena con costas.

Corrido el pertinente traslado la parte demandada contesta a fs. 350/354.

Manifiesta que no se ha reclamado por la dolencia del hombro ni la aplicación de la fórmula Mendez, como tampoco se ha comprobado el salario percibido, no habiéndose agregado el beneficio de litigar sin gastos que denuncia y siendo incongruente el informe psicológico producido.

Reserva el caso federal y solicita se rechace la apelación con costas.

Que la parte demandada interpone recurso de apelación, presentando expresión de agravios a fs. 333/343.

Arguye que el accionante incurrió en exceso de velocidad como lo demuestra el carácter de embistente y la falta de control, no encontrándose habilitado para la conducción vehicular ni probado el daño material o moral.

Apela la imposición de costas, reserva el caso federal y solicita se revoque el fallo recurrido, rechazando la demanda, en subsidio se decrete responsabilidad concurrente con reducción del monto de condena.

Corrido el correspondiente traslado la parte actora contesta a fs. 345/349.

Afirma preliminarmente que no se cumplen los requisitos formales del art. 265 del CPCC y que en su caso el perito ha determinado que la causa del siniestro fue el cruce del accionado sin contar con la prioridad de paso, no habiéndose acreditado la falta de habilitación. Se encuentra reconocido el choque frontal, de lo cual deviene el daño material. Se opone a la distribución de costas ante la ausencia de responsabilidad concurrente.

Solicita se rechace la apelación con costas.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis hace lugar a la demanda de daños y perjuicios en concepto de daño material y moral, descartando los gastos asistenciales, en virtud de la responsabilidad exclusiva del perseguido que perdiera la prioridad de paso conforme art. 41 inc. g 3 de la ley 24.449, dejando constancia de la falta de prueba de la velocidad del demandante y que no se alega la falta de licencia para conducir. Costas a las demandadas vencidas.

1. Agravios de la parte demandada. A) Responsabilidad. La magistrada declara la responsabilidad exclusiva del demandado, en razón de que pierde la prioridad de paso de quien viene por la derecha al acceder a otra vía, tal lo puntualiza el art. 41 inc. G, apar. 3 de la Ley de Transito, que transcribe, no habiéndose acreditado el denunciado exceso de velocidad ni alegado la falta de permiso. El recurrente aduce que ninguno tenia prioridad e insiste en la velocidad que se presume ante la falta de control del vehículo y el carácter de embistente, y la falta de carnet habilitante.

Llama la atención la postura asumida por el apelante, emana claro de la redacción del articulado y de la propia lógica que si se pierde la prioridad de paso es en favor de la otra parte, en el caso quien viene por la vía principal a la que se intenta ingresar, es decir, el actor. El exceso de velocidad debe ser comprobado fehacientemente para dar por tierra con el derecho de paso mencionado, lo que admite el quejoso no ha sucedido en los presentes, procurando su

presunción. Como también reconoce que omitió denunciar oportuna y expresamente la supuesta falta de licencia de conducir. Basta, ello, para confirmar el decisorio en los términos del art. 265 del CPCC.

Más sumo, que el perito accidentológico expone con claridad la dinámica del accidente, puntualizando que el recurrente es quien intenta ingresar a la vía mencionada, doblando a la izquierda e interponiéndose en el camino de la motocicleta (ver fotografía fs. 152 vta., explicación fs. 153 y croquis fs. 155). Asimismo, consta en el mismo informe que no se ha podido confirmar velocidades ni habilitaciones (fs. 152 vta. y 176 vta.).

"El conductor del rodado, que no contaba con el derecho preferencial de paso, no adoptó los recaudos necesarios al iniciar el cruce en el sentido de verificar si la vía se encontraba expedita."(CNCiv, sala H, 17.12.99, Agulleiro Moreira c. Viel Temperley s. daños, sum. 54, p. 116, t. 1, Derecho de daños en accidentes de tránsito, Hernan Daray). "El art. 64 de la ley 24.449 de tránsito presume responsable del accidente a aquel que carecía de prioridad de paso o cometió una infracción relacionada con la causa del mismo."(CNCiv, sala I, 2.12.99, Carrio c. Zerillo s. daños, sum. 67, ídem).

B) Reparación de la motocicleta. Se reconoce el rubro en razón de la admisión por parte de la accionada de que los daños estaban en el frente de la misma según lo expresado por el perito y el presupuesto. Se opone ante la falta de prueba concreta, ya que el perito no examinó los rodados, denuncia que se está presumiendo el daño.

El presupuesto de gastos de repuestos y mano de obra se encuentra debidamente reconocido por el taller emisor y es cotejado por el perito designado frente a la mecánica del evento dañoso (fs. 1, 87/88 y 153 vta.), de manera que es suficiente a los efectos de la comprobación de los perjuicios ocasionados.

"Si bien es cierto que la actora desistió de la prueba pericial mecánica, no lo es menos que acreditada la relación de causalidad de los daños al rodado, el presupuesto debidamente reconocido, constituye prueba fehaciente del monto del daño causado, cuando no existe ninguna probanza arrimada por la demandada que lo desvirtúe o neutralice, ya que es a cargo de ésta que cuestiona la procedencia o magnitud de las erogaciones que se reclaman, demostrar que las mismas no guardan relación con la realidad o que los deterioros se deben a otra causa, o no se originaron en el evento."(CNCiv, sala K, 14.10.99, Mas c. Iommi s. daños, sum. 64, p. 379, t.1, ídem).

C) Daño moral. Fija $10.000, en virtud de haber resultado lesionado físicamente en el accidente de tránsito según pericia médica. La queja se basa en la falta de prueba psicológica.

Ha quedado firme que el demandante ha sufrido una incapacidad física como consecuencia del siniestro, y la pericia psicológica da cuenta de serias aflicciones psíquicas, apareciendo en consecuencia insustancial e incongruente el agravio vertido, de conformidad a la manda del art. 265 del CPCC.

D) Costas. Establecida la responsabilidad exclusiva del demandado, por aplicación del art. 68 del CPCC, deberá cargar con los gastos judiciales generados, más allá de la diferencia entre lo reclamado y obtenido, a los fines de no producir desmedro en la indemnización reparatoria integral.

"En los juicios donde se debate la responsabilidad civil proveniente de un hecho ilícito y se concluye en la culpabilidad exclusiva del emplazado, se entiende que éste debe cargar con la integridad de las costas, aunque los daños no hayan prosperado con la entidad pretendida en la demanda o incluso de haya desestimado algún capítulo resarcitorio. Se considera que los gastos causídicos forman parte de la indemnización y como su regulación está dada por la cuantía de la condena, no deben ser distribuidos con la víctima, quien debe recibir sin menguas la reparación del daño inferido." (CNCiv, sala A, 21.10.97, Horgues Debat c. Altamirano s. daños, sum. 2, p. 361, t. 2, ídem).

2. Agravios de la parte actora. A) Incapacidad sobreviniente. La juzgadora acoge el 3% por la dolencia en la rodilla izquierda, desestimando el dictamen sobre el hombro por falta de reclamo expreso en la demanda y sobre el aspecto psicológico por ausencia de eficacia probatoria de la pericia. Aplica la fórmula Vuotto y el SMVM, a los fines de cuantificar el resarcimiento. El apelante se agravia por el apartamiento de las pericias judiciales, requiriendo la fórmula Mendez y el salario de $5000 según BLSG.

Ciertamente, el escrito de demanda no individualiza la lesión en el hombro izquierdo (fs. 6 vta.), tampoco lo hace particularmente en el alegato (fs. 297 vta.), sobre la que dictamina el perito médico sin demasiadas explicaciones (fs. 173 y 226), no existiendo evidencias de ella en la atención inmediata al accidente (fs. 99 y 101), si bien días después

alega trauma en ese miembro, no se efectúa atención o tratamiento alguno en ese año (fs. 103 y ss.), y el estudio complementario establece patología degenerativa (fs. 295).

Con ello, se arriba a la misma conclusión que la sentenciante, la pretensión no fue lo suficientemente clara, según art. 330 inc. 3 del CPCC, lo que pone en indefensión a la contraria, más allá de la falta de justificación de la relación causal a tenor de los antecedentes médicos detallados.

En relación a la fórmula utilizada como base para el cálculo numérico, es la misma que solicitó el demandante (fs. 7) y ninguna prueba se ha referido al salario del damnificado (fs. 285 y ss.), no habiéndose agregado el expte. n° 468.489/12, caratulado "Miranda Hector Rene s. Beneficio de litigar sin gastos" (fs. 16), que tardíamente refiere.

"El órgano jurisdiccional debe limitar su pronunciamiento tan sólo a lo que ha sido pedido por las partes, a las que les incumbe fijar el alcance y contenido de la tutela jurídica; incurre en incongruencia el juez que al fallar se aparta de las cuestiones incluidas en la pretensión del actor, en la reconvención o en las oposiciones a ambas". (CApCivComMorón, sala 2, 8.5.90, ED 139-278).

B) Daño moral. Fija $10.000, en virtud de haber resultado lesionado físicamente en el accidente de tránsito según pericia médica. La queja está dirigida a la falta de consideración de la pericia psicológica, más sólo realiza consideraciones generales, omitiendo atacar puntualmente el argumento por el cual la decidora descalifica la prueba aludida, incumpliendo con lo consignado en el art. 265 del CPCC.

C) Tratamiento psicológico. La juez deja de lado la pericia psicológica por no encontrarse sustentada en las demás constancias de la causa y aparecer irrazonable frente al hecho ventilado, particularmente, refiere que se habla de una persona muy joven, impactada fuertemente en su psiquis por el accidente de tránsito, cuando las lesiones físicas resultaron leves en un hombre de 50 años y consta un dictamen psicológico bien diferente. El recurrente acusa de injustificado tal apartamiento por un simple error, abstrayéndose de los verdaderos fundamentos vertidos en la sentencia (art. 265 del CPCC).

El perito interviniente dice que el actor sufre estrés postraumático con un 10% de incapacidad y que necesita 80 sesiones de terapia, afirmando que se trata de una persona muy joven, que sufre un ataque a su integridad con muy pocos recursos en que apoyarse, no informando sobre la personalidad previa, establece depresión (fs. 244 y ss.). El anterior informe psicológico refería a problemas de personalidad, sin consecuencias psíquicas devenidas del accidente, específicamente descartaba el sindorme postraumático (fs. 125 y ss.).

Queda claro que no se trata de un simple error de tipeo, se argumenta respecto la carencia de recursos personales por la juventud, sin encontrarse la relación del hallazgo con el incidente ocurrido y con la persona madura del actor, ya que no se explicitan explicaciones en tal sentido y se contradice con el curso normal de las cosas.

"En líneas generales y con natural aplicación al proceso de daños, puede afirmarse que el valor probatorio de un peritaje se mide por su apoyo gnoseológico y científico, es decir, por la seriedad, prolijidad y exhaustividad del camino seguido por el experto para arribar a sus conclusiones. Ello implica, esencialmente, la mediación de explicaciones razonables sobre las afirmaciones finales. Dado que entonces el juez es un sujeto cognoscente de segundo grado (conoce a través del perito y con el auxilio técnico que éste le brinda), la estimación de la fuerza de convicción del peritaje se subordina, en esencia, a un análisis crítico de las razones y fundamentos que han conducido al experto a la formulación de sus juicios".(p. 145, t.3, Resarcimiento de daños, el proceso de daños, Zavala de Gonzalez).

D) Gastos asistenciales. Son denegados en virtud de la falta de prueba de erogaciones concretas, dado que la atención médica ocurrió dentro del sistema de salud pública. Se asevera que deben presumirse atento las lesiones sufridas.

De las constancias de autos, surge que se reclaman $5.000, en tal concepto (fs. 9); el perito afirma que se efectuaron tratamientos medicamentosos y kinésicos (fs. 172 vta., P.3), y que lo pedido resulta verosímil, remitiéndose en su caso a un perito contador (P. 10 y 17).

Los gastos de curación de las afecciones padecidas en el evento dañoso deben ser reconocidos, sin perjuicio de la falta de comprobantes, siempre que se justifique su necesidad. En el caso concreto, sólo se informa que la víctima tuvo tratamiento ambulatorio sin conocerse específicamente la duración del mismo, siendo atendido en el hospital público.

Considero que debe admitirse tal rubro teniendo en cuenta que los servicios públicos de nuestro país no proveen todas las prestaciones en forma gratuita, justificado como se encuentra por la pericia médica, fijándolo en $1.000, en el marco del art. 165 del CPCC.

"La circunstancia de que la víctima hubiese sido atendida en nosocomios públicos, no implica necesariamente que no haya debido incurrir en gastos médicos y farmacéuticos, pues como es sabido, la prestación médica en dichos institutos no es totalmente gratuita, aunque la falta de comprobantes que acrediten erogaciones incidirá en definitiva en el importe a fijar por este concepto".(CNCiv, sala E, 31.7.97, Correa c. Efea s. daños, su. 29, p. 110, t.2, ídem).

E) Privación de uso. Se condena al pago de $300, por tres días de reparación de la motocicleta, según lo estimado por el perito. Se considera insuficiente ante las demoras por obtención de repuestos y faltantes de productos importados.

El facultativo no aportó información precisa respecto las demoras por tal motivo, informando que se trata de una motocicleta importada (fs. 153 y 154).

Conforme estas constancias, entiendo que debe incrementarse tal ítem, ya que es normal que se adicionen más días por la obtención del turno y de los materiales necesarios, en consecuencia, propongo el monto total de $1.000.

"Para determinar el período de privación de uso del vehículo dañado, no corresponde computar sólo el tiempo de las reparaciones, sino también el prudente e inherente a la elección del taller, disponibilidad de los turnos de éste, factores climáticos que dilatan los trabajos de pintura, y demás circunstancias que puedan surgir y que resultan de conocimiento general y notorio". (CNCiv, sala K, 11.8.97, sum. 40, t. 1, ídem).

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se plantearon los recursos, propicio el rechazo de la mayor parte de las apelaciones, modificando el fallo recurrido en lo que hace al acogimiento del gasto asistencial y el incremento del valor por privación de uso, según lo expresado supra, elevando el monto de condena, en consecuencia a $22.540, con costas en la alzada por su orden de conformidad a lo previsto en el art. 71 del CPCC, a cuyo efecto deberán regularse oportunamente los honorarios profesionales con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

Tal mi voto.

El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia dictada a fs. 301/309 vta., elevando el monto de condena a la suma de PESOS VEINTIDOS MIL QUINIENTOS CUARENTA ($22.540), de conformidad lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 71 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez – SECRETARIA

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

**"OVIEDO JESÚS MARCELO C/ BARRIGA JUAN PABLO Y OTROS S/ D. Y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESIÓN)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 432725/2010) – Sentencia: 124/15 – Fecha: 08/09/2015

DAÑOS Y PERJUICIOS: Accidente tránsito.

PRIORIDAD DE PASO. CRUCE DE CALLES. GIRO EN CALLE CON DOBLE SENTIDO DE CIRCULACION. PERDIDA DE LA PRIORIDAD DE PASO.

El conductor de la Pick Up demandado no es responsable por los daños y perjuicios derivados de la colisión que protagonizó con otro vehículo mientras se desplazaba por una arteria con doble sentido de circulación. Ello así, pues, [...] independientemente que un vehículo tenga prioridad de paso con respecto a otro por circular por la derecha –en el sub lite la parte actora- la misma se pierde si el automotor que circula por la derecha tiene que efectuar una maniobra de giro a fin ingresar a la calle de doble sentido de circulación por la que venía circulando el otro automóvil involucrado en el accidente. [...] Ello significa que, el conductor que está a punto de emprender el cruce de una artería de doble circulación o incorporarse a ella, independientemente de que hayan vehículos que circulen a su izquierda, debe detener su marcha y cerciorarse de que puede incorporarse a la misma sin constituir un obstáculo para los demás automóviles que se encuentren transitando en cualquier sentido por dicha arteria.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 8 de septiembre de 2015.-

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "OVIEDO JESÚS MARCELO CONTRA BARRIGA JUAN PABLO Y OTROS S/ D. Y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESIÓN)" (Expte. N° 432.725/2010) venidos en apelación del JUZGADO CIVIL N° 2 a esta Sala III integrada por el Dr. Marcelo Juan MEDORI y el Dr. Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina TORREZ y de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia de primera instancia dictada a fs. 720/729, hace lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios producidos como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el día 9 de enero de 2010 entre el vehículo del actor, un Peugeot 504 y una camioneta Toyota Pick Up Hilux, sobre las calles Labrin Purciano y Fray Luis Beltrán de la ciudad de Neuquén; y, en consecuencia, condena a Dante Luis Quintana, Juan Pablo Barriga y Mercantil Andina Cia. de Seguros S.A., al pago de la suma de $20.142,50, con más sus intereses y costas.

Para así hacerlo, tuvo en cuenta que el demandante tenía prioridad de paso al haber ya realizado la maniobra de giro –previa desaceleración-, produciéndose el impacto cuando ya había alcanzado la circulación por la calle Fray Luis Beltrán, mientras que el demandado Quintana que circulaba por la misma Fray L. Beltrán, siguió su marcha sin haberse demostrado que frenara, ya que solo realizó una maniobra de esquive hacia su izquierda invadiendo el carril de circulación de aquel.-

II.- El decisorio de grado resulta apelado por la aseguradora Mercantil Andina S.A. a fs. 734, por el demandado Juan Pablo Barriga a fs. 735, por el accionado Dante Luis Quintana a fs. 736, y por la parte actora a fs. 738.

II.- a) Agravios de Mercantil Andina S.A. (fs. 745/749)

Manifiesta que, la a quo ha efectuado una errónea interpretación de la prioridad de paso regulada por la Ley N° 24.449, de la causalidad adecuada y de las cargas probatorias que se desprenden de la responsabilidad objetiva por riesgo consagrada por la norma aplicable (ex art. 1113 del Código Civil).-

Sostiene que, teniendo en cuenta la posición en la cual se encontraba el vehículo del actor, conforme croquis realizado por el perito accidentológico, que circulaba por calle Labrin -no había ingresado completamente a la arteria (calle Luis Beltrán), sino por el contrario, todavía se estaba realizando la maniobra de giro cuando impacta con la camioneta del demandado.

Dice que, ello constituye una grave violación del deber de prudencia por parte del conductor del rodado menor que dobla a la izquierda para ingresar a otra vía, sin verificar que ésta última estuviera expedita y así no convertirse en un obstáculo respecto de quién transitaba por la calle a la que estaba incorporándose.

Critica las apreciaciones que la jueza formula en relación a la maniobra de esquive que tuvo que realizar el rodado mayor, argumentando que la reacción del conductor de la camioneta de tratar de esquivar un obstáculo -sea que lo haga por su derecha o por su izquierda- no implica violación de normativa de tránsito alguna.

Cuestiona las consideraciones expuestas por el perito mecánico respecto a que, cuando el Peugeot ingresa sin detenerse (lo que evidencia según el apelante su imprudencia), la pick up se convierte en responsable, porque cuando lo choca ya estaba colocado sobre el carril.

Aduce que, lo expuesto anteriormente demuestra que el rodado menor ha violado la prioridad de paso (art. 41, inc. g, ap. 3 de la Ley 24.449), al girar a su izquierda para ingresar a otra vía.

Indica que, la conclusión a la que arriba la sentenciante se apoya sobre un postulado erróneo y falso, cual es que el actor estaba ya circulando sobre su carril y la camioneta invade el mismo embistiéndolo al transitar en contramano.

Afirma que, el demandado tenía prioridad de paso, ya que el rodado menor la perdió al girar, y además agrega que el actor ninguna prueba aportó respecto del cumplimiento de la normativa de tránsito o la existencia de alguna eximente que la sentenciante sí le exige al demandado.

Concluye en que, el Sr. Oviedo no tenía prioridad de paso porque dobló hacia la izquierda y jamás terminó de incorporarse al carril de calle Fray Luis Beltrán, como el mismo perito reflejó en su croquis.

Sostiene que, el Sr. Quintana circulaba correctamente y se vio en la necesidad de hacer una maniobra hacia su izquierda ante la aparición sorpresiva del Peugeot que viola claramente su prioridad de paso.

A fs. 757/763 la parte actora contesta los agravios de la citada en garantía, solicitando el rechazo de los mismos con costas.

b) Agravios del actor (fs. 752/753 vta.)

Se agravia en relación a la imposición de costas que le fueran impuestas en relación a la intervención que tuvo el Comercio Compañía de Seguros a Prima Fija S.A.

Considera que, se le han cargado las costas sin que se haya analizado ninguno de los argumentos que su parte formuló en su oportunidad, por considerar directamente "abstracta" la cuestión de la citación en garantía al no prosperar la reconvención de Juan Pablo Barriga.

Menciona que, el hecho de que la reconvención haya o no prosperado, resulta totalmente independiente de si la citación fue hecha o no con derecho, y si la defensa de inexistencia de seguro que esgrimió El Comercio, debía progresar o no. Por lo que considera ilógico y atentatorio contra su derecho de defensa en juicio que se le impongan las costas por dicha citación, sin determinar si tenía o no derecho a efectuar la misma.

A fs. 764/767 la aseguradora Royal & Sun Alliance Seg. SA, contesta el traslado de los agravios del accionante.

III.- Ingresando al estudio de la cuestión planteada, por una cuestión de buen orden metodológico, corresponde analizar, en primer lugar, el recurso deducido por los demandados, vinculado a la atribución de responsabilidad.

En tal sentido, debemos estudiar cuál de los protagonistas del siniestro tenía prioridad de paso, para determinar a partir de allí, si quién no la tenía ha logrado acreditar la existencia de alguna conducta (exceso de velocidad, etc.), que más allá de la preferencia de su infractor, tuviera trascendencia para atribuirle total o parcialmente responsabilidad a él.

Es sabido, que si bien la violación de la prioridad de paso importa una grave presunción de culpa en contra de quién no la ha respetado, ésta presunción es relativa.

Al respecto, calificada doctrina, ha dicho que: "La presunción de culpa del conductor que no respetare la preferencia de paso del vehículo que viene por su derecha no tiene carácter absoluto, pues no es posible consagrar la impunidad

de quien no acata otras reglas, tal como disminuir la velocidad en las esquinas y conservar en todo momento el dominio completo de la máquina. Por ello, para determinar la responsabilidad definitiva del accidente, no sólo debe tenerse en cuenta la prioridad de paso, sino, además, la posición de ambos vehículos, velocidad y desplazamiento; puesto que la prioridad no juega cuando la aparición no es simultánea." (Marcelo López Mesa- Responsabilidad Civil por Accidente de Automotores- Ed. Rubinzal Culzoni- pág. 473).

El principio de prioridad de paso y la grave presunción iuris tantum de responsabilidad que lleva anexa su violación para quien lo incumple, constituyen medios sumamente útiles, que favorecen la seguridad del tránsito y brindan pautas claras para resolver las cuestiones derivadas de los accidentes de tránsito. La asignación de prioridades de paso persigue un objetivo fundamental: que los sujetos del tránsito no disputen el espacio en que circulan, efectuando un manejo agresivo, para ganar terreno al conductor que circula en las cercanías, quien podría ser visto como un oponente o adversario si no fuera por las prioridades de paso establecidas legalmente que ordenan el tráfico. Si bien tal principio no es absoluto, como lo indican las excepciones previstas en la misma norma y el sentido común, torna insustancial el anticipo artificial a otros conductores acelerando la marcha de modo peligroso para ganarles de mano en llegar antes que ellos al punto de confluencia. El conductor que tiene que ceder el paso, sólo debe pasar por el cruce cuando esté seguro de no constituir obstrucción o peligro para el conductor titular del derecho de paso, cualquiera sea la velocidad o proximidad. El conductor que tiene la preferencia de paso puede confiar en el respeto de la norma positiva y continuar su marcha, viéndose sorprendido por la trasgresión, lo cual le impide contar con el tiempo de reacción necesario para evitar el choque. Establecido en juicio quien debía respetar la prioridad de paso, él carga con la presunción de responsabilidad por los daños derivados de no cumplirla (Marcelo López Mesa, Responsabilidad Civil por Accidentes de Automotores, pág. 191/194) (el remarcado me pertenece).

En ese orden, el art. 41 de la Ley N° 24.449, luego de sentar el principio general: "Todo conductor debe ceder siempre el paso en las encrucijadas al que cruza desde su derecha...", que no es de carácter absoluto, pues el propio legislador se encarga de señalar particulares situaciones en que dicha prioridad se pierde, tal el caso cuando: "... se vaya a girar para ingresar a otra vía..." (inc. g, apartado 3, art. 41 Ley N° 24.449).

Vale decir entonces que, independientemente que un vehículo tenga prioridad de paso con respecto a otro por circular por la derecha, la misma se pierde si el automotor que circula por la derecha tiene que efectuar una maniobra de giro a fin ingresar a la calle de doble sentido de circulación por la que venía circulando el otro automóvil involucrado en el accidente.

En tal sentido la jurisprudencia se ha venido diciendo desde antaño que: "Es que la trascendencia de la regla de prioridad de paso que estatuye el art. 57, inc. 2 de la Ley 11.430 no puede biseccionarse o fraccionarse en su aplicación y actuación para el conductor de un rodado que circulando por una calle de una sola mano, ingresa a una avenida de doble mano en la que los vehículos que corren sobre la primera mano a surcar se presentan a su izquierda. En nuestro parecer no es razonable la pervivencia del principio general que llevaría a sostener, por ende, que aquél goza de la prelación al surcar la primera mano de la bocacalle. Pues bajo el hilo conductor de tal razonar, pierde esa preferencia al llegar al centro de la calzada y encontrarse con otra mano de la Avenida que le presenta, ahora, los vehículos por su derecha, obligándolo a detenerse en la mitad de la encrucijada, obstruir la circulación y erigirse en fuente segura de daños y accidentes..." (Cám 1°, Sala III, causa: 216.132, Reg. Sentencia 272/1993- citado por Jorge Mosset Iturraspe y otro en "Accidente de Tránsito- ed. Rubinzal Culzoni- pág. 258/259).

Y que: "Lo mismo acontecería si él se presenta a la avenida sobre la mano que no le concedía tal prioridad. Pues, en tal caso, suponiendo que el paso le quede despejado en esa mano, no sería sensato ni razonable que emprendiera el cruce si avanzaban vehículos por la siguiente mano de la Avenida so pretexto de que ellos circulaban por su izquierda..." (obra y Pág. citada).

Ello significa que, el conductor que está a punto de emprender el cruce de una artería de doble circulación o incorporarse a ella, independientemente de que hayan vehículos que circulen a su izquierda, debe detener su marcha y cerciorarse de que puede incorporarse a la misma sin constituir un obstáculo para los demás automóviles que se encuentren transitando en cualquier sentido por dicha arteria.

Por lo tanto, siendo un supuesto de "giro para ingresar a otra arteria" es de aplicación lo establecido en el artículo 41 de la Ley Nacional de Tránsito, que indica: "Todo conductor debe ceder siempre el paso en las encrucijadas al que cruza desde su derecha. Esta prioridad del que viene por la derecha es absoluta, y sólo se pierde ante: ...g) Cualquier circunstancia cuando: ...3. Se haya detenido la marcha o se vaya a girar para ingresar a otra vía...".

Esta disposición se complementa con el artículo 43, que con relación a los giros y rotondas dispone: "...Para realizar un giro debe respetarse la señalización, y observar las siguientes reglas: a) Advertir la maniobra con suficiente antelación, mediante la señal luminosa correspondiente, que se mantendrá hasta la salida de la encrucijada; b) Circular desde treinta metros antes por el costado más próximo al giro a efectuar; c) Reducir la velocidad paulatinamente, girando a una marcha moderada..."

A la luz de todas estas consideraciones y, más allá que se haya establecido que el vehículo que circulaba por la derecha era el del actor, al ingresar éste a una calle de doble circulación, como es la calle Fray Luis Beltrán, debió detener su marcha y cerciorarse de que tenía expedita la vía para incorporarse a la misma, para no constituirse en un obstáculo para los vehículo que circularan en uno u otro sentido por dicha arteria.

Conforme lo expuesto, interpreto que quién tenía la prioridad de paso era el rodado conducido por el Sr. Dante Quintana, quien circulaba por una calle de doble circulación, como lo es Fray Luis Beltrán.

Ahora bien, al quedar establecido que la prioridad de paso la detentaba el accionado, corresponde analizar si el actor ha logrado demostrar –en función de la presunción iure tantum- que deriva de la violación a la prioridad de paso, alguna causa (excesiva velocidad, circulación en contramano, etc.) que haga responsable al conductor del rodado mayor por el accidente de tránsito objeto de autos.

Así, en relación con la valoración de la prueba pericial, esta Cámara de Apelaciones ha sostenido: "[…] que, si bien hemos dicho que en principio debe estarse a lo que resulta de la pericia, ello es así, siempre y cuando se den los presupuestos del artículo 476 del Código de rito. Por otro lado, las conclusiones a que se arriban en dicha prueba no obligan, necesariamente, al magistrado, quien puede y debe apartarse de las conclusiones que allí se expresan cuando las mismas carecen de fundamento como ocurre en el caso" (Sala II, in re "BLANCO JORGE RAUL Y OTRO CONTRA FERROSUR ROCA S.A. Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS" Expte. Nº 339356/6).

En el mismo sentido se tiene dicho que: "La prueba de peritos es un juicio de valor sobre cuestiones respecto de las cuales se requieren conocimientos especiales (art. 457, Código procesal), opinión técnica que el juez no se encuentra obligado a seguir inexorablemente (cfr. Sala III, "Guzmán", fallo del 22.11.1983), pero tampoco puede ignorarlo arbitrariamente (ED., 89-495). En principio, la labor judicial indica que debe ceñirse a la apreciación pericial, pero valorar su contenido de acuerdo a la competencia del emisor; los principios científicos en que se funda el informe; la aplicación de las reglas de la sana crítica a sus conclusiones y fundamentos; las observaciones o impugnaciones que se hagan al dictamen; y el contenido de los demás elementos de convicción que se desprendan de la causa que corroboren o controviertan aquél (cfr. argumento del art. 477 del mismo cuerpo legal)" (CNac. de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala 1, 1992/99, "Morel Daiana Ayelen c/ Hospital de Pediatria S.A.M.I.C. Prof. Dr. Juan Garrahan s/ daños y perjuicios", 8/05/03).

En autos, el perito llega a ciertas conclusiones de manera apresurada y sin analizar la totalidad del contexto que rodeaba al siniestro (circunstancias de persona, tiempo y lugar). Así, valiéndose solo del informe policial, afirma que el vehículo Peugeot 405, tendría prioridad de paso y que la pick up sería el rodado embistente; lo cual revela que el dictamen pericial se muestra huérfano de elementales soportes objetivos que avalen sus conclusiones.

Advierto entonces que, el informe no es completo, pues al responder a la pregunta N° 9, el perito no ha concluido con su respuesta. Por otra parte, al ampliar su pericia, a fs. 520, punto 3.g, menciona que por falta de elementos objetivos no es posible determinar una posible velocidad del vehículo Pick Up Toyota; mientras que al responder la impugnación (ver escrito de fs. 524, punto c), expuso que los daños en el frente del Peugeot 405 y la orientación final del mismo, muestran a las claras que el vehículo Toyota venía circulando a excesiva velocidad para una encrucijada...Dicha contradicción invalida el dictamen, por lo menos en relación a este punto, como tal.

De la prueba colectada en la causa, independientemente de no compartir las apreciaciones efectuadas en la prueba pericial mecánica, observo que la presunción de responsabilidad que recae en quién acciona, no ha sido desvirtuada por él, pues entiendo que no ha logrado demostrar que el demandado haya contribuido -en alguna medida- con su accionar a ocasionar el accidente.

El actor al describir los hechos en su demanda, expuso que: "Al llegar a la intersección con la calle Fray Luis Beltrán, que es de doble mano a esa altura, previo comprobar que tuviera libre paso, giré por la mencionada arteria hacia la izquierda...Fue así que habiéndome incorporado y enderezado casi totalmente en el carril correspondiente a mi mano de circulación (carril derecho) fui violentamente embestido por el automotor Toyota...que incomprensible y súbitamente había abandonado el carril de su mano...invadiendo el carril contrario..." De ello se colige con facilidad que el actor momentos antes del accidente no venía circulando por la calle Fray Luis Beltrán, en sentido contrario al de la camioneta, sino que se encontraba terminando de realizar la maniobra de giro desde la calle Labrín hacia Fray Luís Beltrán, en dirección oeste y no este como erróneamente afirma en su demanda.

Tal circunstancia se encuentra sustentada en el croquis de la exposición policial obrante a fs. 668, el cual nos aproxima aunque de manera general y no muy detallada, a la posición de impacto y ubicación de los vehículos en oportunidad de ocurrido el siniestro, lo que coincide en parte con lo dicho por el demandante, conforme se resaltara precedentemente.

Asimismo, a fs. 113/115 obra copia de la denuncia y croquis efectuado por el accionante a la Aseguradora Mercantil Andina, instrumentos que fueron reconocidos expresamente por él, conforme se desprende del escrito obrante a fs. 124.

De los mismos se desprende que el accidente se produce en oportunidad en que el Sr. Oviedo estaba prácticamente terminando de girar su vehículo para retomar por Fray Luis Beltrán en dirección oeste. Si bien el actor dice en su declaración de fs. 114 que: "circulaba por Labrín, pero en la esquina cuando estoy con la trompa del auto metida en mi carril de Beltrán yendo hacia el Jumbo, me embiste de repente a alta velocidad una Toyota...y me deja mirando en sentido del centro producto del impacto..."; en su demanda reconoció que la maniobra de giro no había culminado pues en tal oportunidad dijo que había "enderezado casi totalmente..." lo que implica que la maniobra de giro al momento del impacto no había finalizado, pues sino no hubiera estado, valga la reiteración: "enderezado casi totalmente...".

A tenor del pliego de absolución de posiciones de a fs. 229, el Sr. Oviedo, conforme se desprende del acta de fs. 230, reconoció (posición sexta) que él tenía la obligación de aminorar la marcha; y que a raíz del choque se afectó el guardabarros delantero derecho de la pick up (posición décimo segunda), agregando que: "...Si es cierto, fue el punto de impacto...". De ello se extrae como conclusión que el conductor del rodado mayor no circulaba por la calle Fray Luis Beltrán a contramano, como afirma el accionante en su demanda, pues en tal caso difícilmente el punto de impacto hubiera sido la zona del guardabarros delantero derecho de la camioneta, sino su parte frontal.

Situación ésta que torna verosímil la maniobra de esquive a la que hace referencia el demandado, en oportunidad de relatar los hechos en su contestación de demanda (fs. 65 y vta).

Por su parte, el Sr. Emir Alexis Alí, en su carácter de testigo, a fs. 312/322, expresó: "...Cuando llego estaba la Toyota mirando hacia el centro, sobre el medio de la calle. El Peugeot, 405 estaba también mirando hacia el centro pero más cruzado. Porque le pegó de costado a la camioneta. El impacto lo tenía la camioneta desde la rueda delantera hacia atrás, sobre el costado derecho...La camioneta de oeste a este. Y el auto venía por Labrin de sur a norte. Esto lo sé por la posición en que quedaron los vehículos y además porque el conductor del auto dijo: "venía doblando no lo ví"...al describir los daños del automóvil, expuso: "El Peugeot 405 tenía las ópticas rotas, la parrilla. Los daños fueron en el frente del auto.

El testimonio trascripto guarda similitud con parte de la versión de los hechos que relata el actor, en cuanto manifiesta que el impacto se produce cuando su vehículo estaba enderezado casi totalmente. Ello como lógica consecuencia, implica que el vehículo del actor no estaba enderezado totalmente sobre la calle de doble circulación, por lo que sin

mucho esfuerzo se desprende, vale insistir con esto, que al momento del impacto el reclamante no había culminado su maniobra de giro.

A su turno, el Sr. Alfredo Ceferino Barriga, quien en oportunidad del choque, era acompañante del actor, dijo: "Nosotros veníamos por una calle que no me acuerdo el nombre, íbamos a doblar por Luis Beltrán y llegando a la esquina mi amigo suelta el acelerador, va frenando y cuando doblamos por Luis Beltrán vi que venía la camioneta. Yo no tenía cinturón, cuando doblamos vi la camioneta de frente, venía acelerando...".

De lo expuesto por el testigo se desprende que el actor al llegar a la intersección de las calles Labrin y Fray Luis Beltrán, no detuvo su marcha, como hubiera correspondido, sino que sólo la aminoró -"desaceleró" y "va frenando", expuso el testigo-, por lo que de sus dichos no puede desprenderse que haya frenado, pues una cosa es "ir frenando" y otra distinta es "frenar".

A los fines de emprender de manera segura el giro por la arteria de doble circulación, el accionante debió "frenar" totalmente su vehículo para cerciorarse de que con su maniobra de giro no se iba a entrometer en la marcha de ningún vehículo que circulara por la arteria principal, por lo que su desaprensión a las normas de tránsito demuestra un comportamiento imprudente.

Al preguntársele al testigo mencionado (pregunta 17), puntualmente si la camioneta Toyota en algún momento invadió el carril de circulación del Peugeot, respondió: "Yo cuando la vi venía más o menos por el medio. Cuando la vi de cerca me cubrí, pero seguro que invadió nuestro carril...".

Conforme surge del testimonio brindado, aun cuando momentos antes del accidente la camioneta haya efectuado una maniobra de giro hacia la izquierda invadiendo, en parte el carril de circulación, tal circunstancia, conforme ocurrieron los hechos, de manera alguna amerita consagrar la responsabilidad del conductor de la pick up, pues en función del análisis efectuado anteriormente, era el actor el que debió cerciorarse, antes de emprender la maniobra de giro, que por ninguno de los dos carriles circulara en tal oportunidad algún vehículo.

Según se desprende del croquis policial obrante a fs. 337 y vta., fue el accionante el que invadió el sentido de circulación de la camioneta guiada por el demandado en momentos en que éste se encontraba a punto de trasponer las arterias mencionadas (Labrin – Beltrán), por lo que sin perjuicio de que en el croquis se haya marcado como punto presunto de impacto el carril de circulación contrario al de la pick up, ello no descarta que la responsabilidad ha sido de quién invadió la trayectoria de circulación del vehículo con prioridad de paso.

En tal sentido, ésta Sala (PS-2008-T°II-F°393/398) ha expresado que: "Si la demandada interfirió la trayectoria del automotor que tenía expedido 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".

"El legislador, luego de resaltar el carácter absoluto de la prioridad de paso "derecha primero que izquierda" (inc. 2do., art. 57 de la ley 11430), se encarga de señalar particulares situaciones en que la misma se pierde, y entre las cuales se encuentran: "cuando circulen vehículos por una vía de mayor jerarquía: autopistas, semiautopistas, rutas y carreteras, antes de ingresar o cruzarlas debe siembre detener la marcha" (en el particular caso, la encrucijada se formaba entre una calle de un solo sentido de circulación y una arteria de doble mano). Y esto con el objeto de que dichos

conductores, obrando con la cautela y prudencia que aconsejan las circunstancias y la densidad del tránsito en las vías de mayor jerarquía, decidan su ingreso o intenten el cruce sin entorpecer la circulación de los vehículos en aquellas arterias y sin poner en riesgo la vida y los bienes suyos y de sus semejantes". (CC0100 SN 8116 RSD-114-7 S - Fecha: 29/05/2007 Juez: RIVERO DE KNEZOVICH (SD) Caratula: BERNARDI MARIA DEL CARMEN Y OTRO c/ CUEVAS DE GALAZ CARLOS ENRIQUE Y/O QUIEN RESULTE PROPIETARIO s/ Daños y perjuicios Mag. Votantes: Rivero de Knezovich-Telechea-Porthé- LDT.).

Y que: "Las avenidas de doble mano constituyen vías de mayor jerarquía y se encuentran incluidas en la excepción a la prioridad concedida al vehículo que circula desde su derecha hacia su izquierda, por una vía pública transversal (art. 77, inc. 2, ley 11.430); de tal modo, quienes pretendan ingresar o cruzarlas deben siempre detener la marcha. Se ha privilegiado con ello el valor seguridad, para que frente a las vías de mayor jerarquía todo el que intente ingresar a ellas o cruzarlas detenga siempre su marcha. Y esto con el objeto de que dichos conductores, obrando con la cautela y prudencia que aconsejan las circunstancias y la densidad del tránsito en las vías de mayor importancia, decidan su ingreso o intenten el cruce sin entorpecer la circulación de vehículos en aquellas arterias y sin poner en riesgo la vida y los bienes suyos y de sus semejantes". (CC0100 SN 7676 RSD-50-6 S Fecha: 18/04/2006 Carátula: Ferreira Paola Andrea c/ Rossignol Juan Carlos y otros s/ Daños y perjuicios Mag. Votantes: Rivero de Knezovich-Porthé-Telechea).-

También que: "El cruce de un rodado en una avenida de doble vía circulatoria, con pretensiones de ingresar en una calle lateral situada sobre el carril de tránsito contrario al que se viene circulando, de por sí importa una maniobra peligrosa o riesgosa con relación a los vehículos que puedan venir transitando por el mismo, quienes por ello tienen la prioridad de paso para arribar a una intersección (no sólo por venir por la derecha), y con el condigno derecho a presuponer que quienes aparezcan en la misma desde el carril contrario, al advertir su presencia, observarán cuidado y se detendrán, cediéndoles el paso sin interrupción de circulación. 2- Habiéndose establecido que quien conducía un micro giró hacia la izquierda en una avenida de doble mano de circulación con intenciones de ingresar a una calle lateral, sin reparar en que en sentido contrario transitaba una motocicleta a la que debía cederle el paso, lógico es concluir que dicha conducta antireglamentaria operó como causa inmediata y eficiente de la producción de la colisión. Por ello, si bien es cierto que la velocidad desarrollada por el conductor del rodado menor concurrió a la agravación de las consecuencias del accidente, la pretensión relativa a que el grado de culpabilidad asignado al mismo sea incrementado, no deviene procedente" (Id. del fallo: 98163229 - Fecha: 18/06/2003 - Tribunal: CAMARA DE APEL.CIVIL Y COMERCIAL-RIO IV - Fuero: CIVIL Y COMERCIAL - Tipo de proceso: Sentencia - Carátula: IRUSTA NORMA ESTELA, JACINTO ALFREDO DOMINGUEZ, ALFREDO DANIEL DOMINGUEZ, NORMA LAURA DOMINGUEZ, VILMA ROSANA DOMINGUEZ, HÉCTOR FABIÁN DOMINGUEZ, MARISA GABRIELA DOMINGUEZ Y MIRIAM RAQUEL DOMINGUEZ C/MARCELO CLAUDIO BLENDA Y S.A. TRANSPORTE CIUDAD DE RÍO CUARTO S/DAÑOS Y PERJUICIOS - Firmantes: TADDEI - MOLA - AVALOS ).

Por último que: "Conforme la hermenéutica de la ley de tránsito y las excepciones al principio general -prioridad del vehículo que aparece por la derecha- la pretensión del apelante encuentran un doble valladar: por un lado la prioridad del vehículo que va por la derecha se pierde a favor de quien circule por una vía de mayor jerarquía, cuando ésta cruce la intersección o bocacalle, mas no cuando el carril de mayor jerarquía concluye o culmina en otra arteria; por el otro, ese principio se corrobora aún más cuando en el artículo 7° se consigna que esa prioridad referenciada también se pierde cuando: apartado b-" se haya detenido la marcha o se vaya a girar". Y siendo que el conductor de la motocicleta y demandante en autos, realizó la maniobra de giro, se desvirtúa plenamente la prioridad que invoca, como sustento de su queja". (Autos: Pérez Cruz R P/ Su Hijo Menor Ceferino Daniel González C/ C/cortez, Guillermo E Y Ots S/P/d. Y P. - - Fallo N°: 06190096 - Ubicación: S111-304 - - Expediente N°: 29732 - - Tipo de fallo: Sentencia - Mag.: STAIB-GARRIGOS-VARELA DE ROURA - - Tercera Cámara Civil - - Circ.: 1 - - Fecha: 22/08/2006).

Conforme todo lo expuesto, propondré al Acuerdo que se haga lugar al recurso de apelación de fs. 734 (agravios fs. 745/749), y en consecuencia se revoque el fallo apelado, rechazándose la demanda en todos sus términos, con costas a cargo del accionante atento a su calidad de vencido.

En cuanto a la apelación sobre la imposición de costas a la actora por el rechazo de la citación de EL COMERCIO COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., diré que efectivamente la jueza no se pronunció sobre la cuestión relativa a la existencia o inexistencia de cobertura de la compañía nombrada en relación al actor reconvenido, sino que la reconvención se rechazó por motivos ajenos al invocado por la Aseguradora en oportunidad de efectuar su descargo, por lo que no corresponde que por tal motivo las costas por su intervención sean impuestas al Sr. Oviedo, como se expresa en la sentencia.

Ello en función de que el pronunciamiento sobre la vigencia o no vigencia del seguro del actor devino abstracto al ser rechazada la reconvención interpuesta por el Sr. JUAN PABLO BARRIGA, por haber prosperado la demanda del primero, entiendo que la cuestión se ha tornado abstracta, por lo que en este punto al no haber vencedor ni vencido, las costas impuestas en dicha incidencia entre asegurado y aseguradora, serán distribuidas por su orden.

IV.- Por todo lo hasta aquí expuesto es que propondré al Acuerdo, que se haga lugar al recurso articulado a fs. 734, y en consecuencia, ser rechace la demanda interpuesta por el Sr. Oviedo en todas sus partes, con costas a su cargo. Manteniendo el diferimiento de honorarios hasta que se cuente con pautas para ello. Declarar abstracto el pronunciamiento de la intervención de la aseguradora del actor, imponiendo las costas de esta última incidencia por su orden.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Revocar la sentencia dictada a fs.720/729, y en consecuencia rechazar en todos sus términos la demanda incoada por Jesús Marcelo Oviedo, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a cargo del accionante, atento su calidad de vencido (art. 68 C.P.C.C.).

3.- Mantener el diferimiento de honorarios hasta que se cuente con pautas para ello.

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.- Declarar abstracto el pronunciamiento de la intervención de la aseguradora del actor, imponiendo las costas de esta última incidencia por su orden (art. 68 2° aparatado del C.P.C.C.).

6.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"MARTINEZ ESTRADA VICTOR ROBINSON S/ INCIDENTE DE BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 491/2013) – Interlocutoria: 357/15 – Fecha: 03/09/2015

DERECHO PROCESAL: Actos procesales.

DIVISION DE BIENES. BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS. INICIO. NOTIFICACION A LA CONTRAPARTE. DOMICILIO PROCESAL. FALTA DE CONSTITUCION. CONSTITUCION AUTOMATICA EN LOS ESTRADOS

DEL JUZGADO. JUICIO PRINCIPAL. DOMICILIO PROCESAL. DOMICILIO LEGAL. DOMICILIO CONSTITUIDO. EFECTOS. VALIDEZ DE LA NOTIFICACIONES. COSTAS.

1.- [...] el beneficio de litigar sin gastos constituye una cuestión relacionada con el objeto principal del pleito en los términos del art. 175 del Código Procesal, hecho que determina el carácter incidental que antes y no ahora pretendió otorgarle el accionante a dicho trámite, con su consiguiente sometimiento al articulado consagrado en el Título IV del CPCC, aun cuando posea características propias que lo diferencian del resto de los incidentes.

2.- [...] el domicilio legal constituido en el juicio principal tiene pleno efecto –en este caso concreto- en el beneficio vinculado a éste.

3.- [...] en cuanto a la aplicación de costas le asiste razón al apelante, toda vez que se trata de una controversia suscitada con el Juzgado, en la que no ha tenido intervención la contraparte, y además por resultar una cuestión que puede dar lugar a distintas interpretaciones en derecho, por lo que las costas impuestas en la resolución [...] serán dejadas sin efecto.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 03 de septiembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "MARTINEZ ESTRADA VICTOR ROBINSON S/ INCIDENTE DE BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS" (Expte. INC N° 491/2013) venidos en apelación del JUZGADO DE FAMILIA N° 1 a esta Sala III, integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina TORREZ y

CONSIDERANDO:

I.- Mediante providencia de fs. 101 y vta. el titular del Juzgado de Familia N° 1 rechazó aplicar el apercibimiento dispuesto por el art. 41 del Código Procesal, y ordenó notificar el auto de fs. 97 y vta., que disponía la declaración de los testigos propuestos en el beneficio ante el letrado, en el domicilio procesal constituido en el expediente principal.

En ese auto de fs. 97 y vta. el magistrado manifestaba que su decisión era con el objeto de simplificar los trámites procesales y conforme a la dirección del proceso que el Código le reconoce; y le hacía saber a la parte contraria que de considerarlo necesario, podía solicitar la comparecencia de los testigos ante el tribunal para que declaren sobre lo que la demandada estimare pertinente interrogar con relación al objeto de la pretensión. Por último establecía que previo a la producción de la prueba ordenada que se notifique a la parte contraria con transcripción íntegra de la providencia y copia de la presentación de inicio.

A fs. 99 la parte actora pide que, en atención a que la contraria no constituyó domicilio en autos, a pesar de haber sido debidamente notificada del inicio del beneficio, que se haga efectivo el apercibimiento del art. 41 del CPCC, y en consecuencia se lo tenga por constituido en los estrados del juzgado; y solicita que la referida providencia de fs. 97 y vta., le sea notificada por ministerio de ley.

Frente a dicha petición, el a quo consideró (fs. 101 y vta.) que, teniendo en cuenta que el apercibimiento del art. 41 del CPCC, sólo es aplicable a partir de la fecha en que se ordena, no hizo lugar al planteo por no corresponder y ordenó notificar la providencia de fs. 97, al domicilio procesal constituido en el expediente principal.

Contra ese auto de fs. 101 y vta., la parte actora interpone recurso de apelación en subsidio a fs. 102/106 vta.; y al serle denegada la revocatoria a fs. 107, amplía fundamentos a fs. 113/115 vta.

Asimismo, viene la causa para el tratamiento del recurso interpuesto subsidiariamente a fs. 124/127, contra el auto del 16 de octubre de 2014, que pretende subsanar la errónea certificación actuarial y la nota de elevación oportunamente confeccionadas.

II.- a) En el memorial de fs. 102/106 vta., manifiesta que según surge de las presentes actuaciones, el 1 de abril de 2014 se diligenció cédula de notificación (fs. 83 y vta.) en el domicilio real de la Sra. Inés O. Aguilar Méndez, anoticiándola del inicio del beneficio, quedando así debidamente citada para comparecer en autos e imponiéndosele el deber de cumplir con la carga procesal de constituir domicilio.

Señala que, la contraria no se presentó en estos actuados y tampoco cumplió con la carga dispuesta por el ordenamiento procesal (art. 40 CPCyC), exteriorizando su desinterés en la causa, por lo su parte solicitó que correspondía hacer efectivo el apercibimiento del art. 41 del CPCyC, y no, como hizo el a quo, de ordenar su notificación en el domicilio procesal constituido en los autos principales.

Sostiene que, el apercibimiento dispuesto por el art. 41 del Ordenamiento Procesal, no requiere de resolución judicial que lo ordene, en tanto el propio artículo establece expresamente que frente al incumplimiento de la carga procesal de constituir domicilio, el mismo queda automáticamente constituido en los Estrados del Juzgado. Cita jurisprudencia.

A fs. 113/115 vta. amplía fundamentos al considerar que el juez de grado, al rechazar la reposición introduce aspectos que oportunamente no fueron expresados al pronunciar el auto recurrido. Cuestiona la imposición de costas a su parte, al entender que resulta improcedente en función de la falta de sustanciación de la cuestión planteada y ante la ausencia de presentación de la contraparte.

II.- b) En el memorial de fs. 124/127, señala que al haberse concedido en relación y con efecto suspensivo el recurso de apelación contra el auto que hace extensivo el domicilio constituido en el "principal" a los presentes, resulta a todas luces violatorio del orden procesal y del principio de defensa, la resolución del Tribunal que haciendo caso omiso a lo que se encuentra cuestionado, dispone la realización de una nueva nota actuarial en la que se señale nuevamente que el domicilio constituido de la contraria es el que surge de las actuaciones "principales", siendo que es precisamente ello lo que motiva la apelación concedida, ya que la demandada no compareció al proceso y por ende no constituyó domicilio, y automáticamente quedó constituido en los estrados; ello teniendo en cuenta que el beneficio de litigar sin gastos es un proceso autónomo de las actuaciones llamadas principales.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, advertimos que la parte contraria fue anoticiada (v. cédula de fs. 83 y vta.) en su domicilio real de ... de la ciudad de Neuquén, del pedido de beneficio de litigar sin gastos que diera origen a estas actuaciones, en los términos del art. 80 del Código Procesal.

Así entonces, frente al planteo ensayado por la recurrente al comienzo de su libelo recursivo, corresponde determinar si –tal como ella lo sostiene- al no haberse presentado la contraria en estas actuaciones, pese a estar debidamente notificada, y al no cumplir con la carga dispuesta por el art. 40 del Código Procesal, corresponde hacer efectivo el apercibimiento del art. 41 del CPCyC, en forma automática.

Desde esa óptica, el auto del juez de origen (5 de diciembre de 2013) a través del cual dispuso que previo a la producción de la prueba ordenada –informes de práctica a la Municipalidad, DGR, RPI; RPA y Registro de Créditos Prendarios- y de conformidad con el art. 80, que se cite a la parte contraria con transcripción íntegra de dicha providencia; cuya notificación se concretó en la persona a quién iba dirigida la cédula librada (ver fs. 83 vta.), tendiente a anoticiar a la parte demandada en los autos principales, de la promoción del incidente por su contraria.

De tal manera, ese acto jurisdiccional fue válidamente efectuado para que la parte contraria tome la debida intervención que pudiera corresponderle en el trámite de este beneficio, que fuera promovido en el marco de la causa caratulada: "Martínez Estrada, Víctor Robinson c/ Aguilar Méndez, Inés O. s/ División de Bienes" (Expte. N° 59748/2013).

Sin embargo, al considerar la parte actora que se encontraba cumplido el previo de la providencia del 5/12/2013, pide que se provea la prueba testimonial oportunamente ofrecida y que a tal fin se fije fecha de audiencia.

Bajo este contexto el juez a quo dicta la providencia del 21 de julio de 2014 (fs. 97 y vta.), en donde manifiesta que con el objeto de simplificar los trámites procesales y conforme la dirección del proceso que el Código le reconoce, le hace saber a la parte que los testigos ofrecidos deberán prestar declaración testimonial ante el letrado, estableciendo la

forma y modo en que se realizará dicho acto. A su vez, le hace saber a la parte contraria que de considerarlo necesario, podría solicitar la comparecencia de los testigos ante el tribunal para que declaren sobre lo que la demandada estimare pertinente interrogar con relación al objeto de la pretensión. Por último, establece que previo a la producción de la prueba ordenada –testimonial- y de conformidad con el art. 80, que se notifique a la parte contraria con transcripción íntegra de la providencia y copia de la presentación de inicio.

Aquí es donde el demandante (fs. 99) pide que en atención a que la contraria no constituyó domicilio en autos, pese a haber sido debidamente notificada del inicio de los presentes, que se haga efectivo el apercibimiento dispuesto por el art. 41 del CPCC, y en consecuencia se lo tenga por constituido en los estrados del juzgado. Frente a lo cual el tribunal ordenó notificar el auto de fs. 97 y vta., que disponía la declaración de los testigos propuestos ante su letrado, en el domicilio procesal constituido en el expediente principal.

En este marco, es evidente que, ante la incomparecencia de la emplazada en los términos de los arts. 40 y 41 del ritual, pese a estar debidamente notificada, el domicilio legal de la señora Aguilar Méndez debía haber quedado automáticamente constituido en los estrados del juzgado interviniente, adonde se le debieran practicar las notificaciones de los actos procesales correspondientes, de conformidad con el art. 133 del Cód. Proc.

Debido a que, el incumplimiento de la carga procesal prevista en el art. 40 del ritual trae como consecuencia que, sin previa intimación, se tenga automáticamente constituido en los estrados del juzgado.

Sin embargo, surge de las constancias de la causa, que el a quo modifica el trámite previsto en nuestro Código Procesal para el beneficio de litigar sin gastos, al posibilitar que la declaración de los testigos propuestos por el accionante se produzca en el estudio jurídico de sus letradas, y es por tal motivo, que hace uso de la facultad que le confiere el art. 135 del Cód. Proc. que establece: "Sólo serán notificadas personalmente o por cédula las siguientes resoluciones:...14° Las demás resoluciones de que se haga mención expresa en la Ley o que disponga el juez en forma expresa en atención a la circunstancia del caso".

De manera que la notificación ordenada al domicilio constituido por la contraria en el expediente principal, en este caso en particular, no resulta desacertada, ya que el beneficio fue iniciado en un escrito conjunto con la demanda de división de bienes integrantes de la sociedad conyugal (cfr. fs. 68/73 vta.) e incluso se denuncia allí el domicilio real y constituido de la accionada.

Desde tal observación, cabe recordar, que el beneficio de litigar sin gastos constituye una cuestión relacionada con el objeto principal del pleito en los términos del art. 175 del Código Procesal, hecho que determina el carácter incidental que antes y no ahora pretendió otorgarle el accionante a dicho trámite, con su consiguiente sometimiento al articulado consagrado en el Título IV del CPCC, aun cuando posea características propias que lo diferencian del resto de los incidentes.

Según surge, reiteramos, del escrito de inicio de estas actuaciones en donde conjuntamente con la demanda principal de división de bienes plantea el beneficio de litigar sin gastos para esas actuaciones, y tal como lo afirmara en el escrito de fs. 74, su pedido tiene por objeto "la formación de incidente de beneficio de litigar sin gastos".

En virtud de lo expuesto, es que el domicilio legal constituido en el juicio principal tiene pleno efecto –en este caso concreto- en el beneficio vinculado a éste.

En lo que respecta a la ampliación de fundamentos de fs. 113/115 vta., diremos que en cuanto a la aplicación de costas le asiste razón al apelante, toda vez que se trata de una controversia suscitada con el Juzgado, en la que no ha tenido intervención la contraparte, y además por resultar una cuestión que puede dar lugar a distintas interpretaciones en derecho, por lo que las costas impuestas en la resolución de fs. 109/111 serán dejadas sin efecto.

Por todo lo expuesto, corresponde confirmar las providencias recurridas de fs. 101 y vta y 123 y vta., sin costas de Alzada por los mismos fundamentos expuestos precedentemente al tratar las impuestas en la instancia anterior.

IV.- Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar las providencias de fs. 101 y vta. y de fs. 123 y vta., en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios.

2.- Dejar sin efecto la imposición de costas impuestas en la instancia de grado.

3.- Sin costas de Alzada.

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez – SECRETARIA

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

**"QUIJADA MARIA MARTA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 506190/2015) – Interlocutoria: 374/15 – Fecha: 29/09/2015

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

EMPLEO PÚBLICO. MOBBING. DAÑO A LA SALUD MORAL O FISICA. REUBICACION. INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS. ACCION DE AMPARO. REQUISITOS DE LA ACCIÓN. INADMISIBILIDAD DE LA ACCION. DISIDENCIA.

1.- Corresponde confirmar la resolución que decreta la inadmisibilidad de la acción de amparo interpuesta con el objeto de hacer cesar de manera inmediata "el maltrato psicológico laboral (mobbing)", que dice estar sufriendo la actora por parte de su empleador y que el mismo se abstenga de continuar realizando conductas que tengan como objetivo directo menoscabar la salud psico-física de la misma. Ello así, pues, más allá de la razón o sinrazón de lo aquí planteado, el amparo no es la vía idónea para canalizar el reclamo pretendido, por existir otras vías legales para la tutela del derecho que se dice afectado –conforme lo reconoce la recurrente-, y que excluyen este remedio de carácter excepcional. Por otra parte, si se admitiera la posibilidad de que por medio de esta acción se pudieran introducir cuestiones de índole laboral, como la presente, sin acudir a las vías idóneas y pertinentes creadas a tal fin, se desnaturalizaría la finalidad del amparo como medida excepcional, permitiendo que cualquier particular afectado, acuda directamente a este medio con el fin de efectuar cualquier reclamo. (Del voto del Dr. GHISINI, en mayoría).

2.- [...] la acción de amparo no está concebida para procurar, de alguna forma, la pronta resolución de los perjuicios que se dice padecer como consecuencia de las decisiones que adopte la Provincia como empleadora en el marco de una relación laboral, cuando el mismo ha sido consecuencia del uso de sus facultades, salteando sin más los procedimientos y preceptos legales que resultan ser aplicables al caso concreto, pues de otra manera éste remedio, en vez de ser excepcional, se constituiría

en una regla a la que acudiría cualquier particular afectado ante el pronunciamiento de una decisión que le fuera desfavorable.. (Del voto del Dr. GHISINI, en mayoría).

3.- Corresponde declarar la admisibilidad de la presente acción conforme el art. 11° de la Ley de Amparo N° 1981. La actora denuncia, por acción y omisión, la arbitraria e ilegal restricción o limitación de su derecho al trabajo, con génesis en la condición de salud, que además, tendrían vinculación precisamente con el trato que recibe en el ámbito laboral, al que le sigue el descuento de haberes, formulando entre otros reclamos, el cese de tales conductas de la empleadora y la reubicación en otra área sugerido por los especialistas. Tal configuración fáctica verifica en el caso que la actora titulariza derechos ciertos y líquidos, cuyo ejercicio se ve comprometido por el proceder de la demandada respecto a las condiciones de trabajo, salarial y salud, y que poseen eminente y amplia protección constitucional y convencional, y por ello susceptible de ser canalizado por la vía excepcional del amparo. (Del voto del Dr. MEDORI, en minoría).

4.- Ello coherente con una visión amplia de la realidad y en procura de garantizar en forma efectiva los atributos consagrados en normas jurídicas de máxima jerarquía, concretando la misión esencial del poder judicial, de tal forma de hacerlas operativas, en particular cuando se trata del acceso al trabajo, conforme la incuestionable proyección con la que impacta en el desarrollo integral de la persona. (Del voto del Dr. MEDORI, en minoría).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 29 de septiembre de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "QUIJADA MARIA MARTA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN DE AMPARO" (Expte. N° 506190/2015) venidos en apelación del Juzgado Laboral 4, a esta CAMARA APELACIONES CIVIL – NEUQUEN, 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 sorteo efectuado, en primer lugar:

El Dr. Ghisini dijo:

I.- Vienen estos autos a estudio del cuerpo como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 157/160 vta., contra la resolución de fs. 154/155, que rechaza in límine la acción de amparo interpuesta.

Argumenta que, el juez en su resolución sólo se detiene a analizar cuestiones de índole formal/procesal sin considerar en ningún momento de la misma, la entidad de los derechos constitucionales que, en la actualidad, se continúan violando.

Expresa que, con el proceder ilegal y arbitrario de la Provincia de Neuquén, la Sra. Quijada ve lesionado su derecho al trabajo, a la propiedad y a la salud, garantizados por la Constitución Nacional, Provincial y numerosos tratados internacionales.

Aduce que, a diferencia de lo que sostiene el juzgador, el caso no requiere un extenso debate o prueba, resultando palmario, prima facie, con el sólo análisis de los documentos adjuntados por su parte en calidad de prueba documental.

Dice que, a ello se le suma que, la propia Provincia de Neuquén, no da respuesta alguna a los pedidos efectuados por la actora, absteniéndose de proceder al cambio de sector de la misma, no admite las licencias médicas presentadas por ella (con argumento en los dictámenes de altas médicas otorgadas por las juntas que carecen de fundamentación, tal como lo exigen las normas que regulan su funcionamiento) y continúan descontándole del sueldo los días de ausencia (que se encuentran justificados a través de los certificados médicos extendidos por su médico tratante); como corolario, el día 14/8/2015 se le informó de manera telefónica que debería concurrir al departamento de recursos humanos para notificarse de un sumario que se le acaba de iniciar con la sola finalidad de provocar su desvinculación.

Entiende que, no hay dudas que la acción de amparo es la vía idónea para dar respuesta inmediata y eficaz a la situación fáctica planteada y para la salvaguarda de los derechos constitucionales aludidos que, en la actualidad, se están afectando y desconociendo.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis decreta la inadmisibilidad de la acción por no darse los presupuestos legales previstos en los arts. 3.1 y 3.2 de la Ley 1981 y del art. 43 de la Constitución Nacional, con fundamento en que la vía escogida excede el acotado marco cognoscitivo del amparo, siendo necesario un mayor debate y prueba de las cuestiones a resolver y la restringida posibilidad de hacerlo en el marco de los plazos reducidos en esta acción.

Ahora bien, el objeto de la acción judicial entablada es para que cese de manera inmediata "el maltrato psicológico laboral (mobbing)", que está sufriendo la actora por parte de su empleador y que el mismo se abstenga de continuar realizando conductas que tengan como objetivo directo menoscabar la salud psico-física de la misma. A tal fin, es que solicita se reubique a la Sra. Quijada en un puesto laboral dentro del departamento de salud pero fuera del hospital Castro Rendón, ámbito en donde fue su vez, se solicita que se fije una indemnización por los daños y perjuicios reclamados.

A su vez, solicita que se fije una indemnización por daños y perjuicios.

Antes de abocarme al análisis del planteo formulado por la recurrente, creo necesario recordar que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquéllos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (conf. art. 386, Código Procesal).

Por otro lado, debo también destacar que el art. 265 del Código Procesal exige que la expresión de agravios contenga la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas. Y en este sentido, el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que le incumbe de motivar y fundar su queja, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se hubiere incurrido en el pronunciamiento, o las causas por las cuales se lo considera contrario a derecho (conf. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial, Anotado, Comentado y Concordado", tº I, pág. 835/7).-

En este orden de ideas, sin embargo, bien vale destacar que la mera disconformidad con la interpretación judicial sin fundamentar la oposición, ni concretar en forma detallada los errores u omisiones del pronunciamiento apelado no constituye la crítica para la que prescribe la norma (conf. esta Sala,ICC 224/12; EXPTE 398129/9 , entre otros).

Desde esta perspectiva, considero que los pasajes del escrito a través del cual la amparista pretende fundar su recurso logran cumplir mínimamente los requisitos referidos. En base a lo expuesto, y a fin de preservar el derecho de defensa en juicio, de indudable raigambre constitucional, no habré de propiciar su deserción y trataré los agravios vertidos.

Advierto que el amparo no obstante la reforma constitucional del año 1.994, sigue siendo un proceso excepcional contra un acto donde la arbitrariedad o la ilegalidad se perfilen notoria, inequívoca, incontestable, cierta, ostensible, palmaria, todo lo cual no se presenta en el caso bajo estudio.

En ese orden, ha expresado esta Sala (PS.2008-Tº I-Fº24/26): "El amparo únicamente procede para la tutela inmediata de un derecho constitucional violado en forma manifiesta; es inadmisible, en cambio, cuando el vicio que compromete garantías constitucionales no resulta con evidencia y la dilucidación del conflicto exige una mayor amplitud de debate y prueba. Este criterio no ha variado con la sanción del nuevo art. 43 de la Constitución

Nacional pues, en lo que aquí importa, el nuevo texto reproduce el art. 1° de la ley 16.986, imponiendo idénticos requisitos para su procedencia formal".

Por lo tanto, en lo que respecta a la admisibilidad de la vía elegida por la amparista, debo decir que la "acción de amparo" no puede suplantar los procedimientos establecidos por el legislador con el pretexto de tutelar derechos de raigambre constitucional que se dicen vulnerados.

En efecto: más allá de la razón o sinrazón de lo aquí planteado, el amparo no es la vía idónea para canalizar el reclamo pretendido, por existir otras vías legales para la tutela del derecho que se dice afectado –conforme lo reconoce la recurrente-, y que excluyen este remedio de carácter excepcional.

Por otra parte, si se admitiera la posibilidad de que por medio de esta acción se pudieran introducir cuestiones de índole laboral, como la presente, sin acudir a las vías idóneas y pertinentes creadas a tal fin, se desnaturalizaría la finalidad del amparo como medida excepcional, permitiendo que cualquier particular afectado, acuda directamente a este medio con el fin de efectuar cualquier reclamo.

La existencia de procedimientos para la efectiva tutela del derecho que se dice vulnerado, es motivo suficiente para el rechazo de la presente acción, y no basta, a mi entender, alegar como fundamento de la vía elegida, el perjuicio que irrogaría o que podría ocasionar la dilación de las vías corrientes, máxime cuando el amparo, reitero, es un remedio excepcional para el tratamiento de las delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras medios legales, se encuentra en peligro la salvaguarda de derechos fundamentales.

En ese orden, en un caso similar, sostuve: "La viabilidad del amparo requiere no sólo la invocación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerarquía constitucional, sino también que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías. Si bien el derecho al cobro de los salarios reviste un carácter eminentemente alimentario, ese rasgo no le otorga la particularidad de aparecer como un derecho absoluto, pues sabido es que el ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución consagra se encuentra sometido a las leyes que los reglamentan, dependiendo su razonabilidad de que se adecuen al fin perseguido por la reglamentación, que no ha de adolecer de una iniquidad manifiesta. No es el sumarísimo procedimiento del amparo el marco adecuado para dilucidar si la demandada ha emitido un acto válido o no, o si ha excedido el límite de sus facultades administrativas al disponer la retención de los haberes reclamados fundada en las faltas que a su entender resultan injustificadas. La pretensión esgrimida en autos es propia de una sentencia de condena, que necesariamente debe encarrilarse por la vía de reclamo administrativo. La molestia que puede eventualmente ocasionar la dilación de los procedimientos ordinarios, no importa otra cosa que la situación común de toda persona que peticiona, mediante ellos, el reconocimiento de sus derechos.

Obsta a la procedencia del amparo la utilización en forma paralela de la vía judicial, ya que aquel no puede ser empleado como accesorio de una demanda iniciada o que corresponda iniciar, además de la grave consecuencia de sustraer la cuestión de la jurisdicción que por ley tienen conferida alterando el normal juego de las instituciones vigentes (PS.2007-T°I-F°42/46).

En tal sentido, la acción de amparo no está concebida para procurar, de alguna forma, la pronta resolución de los perjuicios que se dice padecer como consecuencia de las decisiones que adopte la Provincia como empleadora en el marco de una relación laboral, cuando el mismo ha sido consecuencia del uso de sus facultades, salteando sin más los procedimientos y preceptos legales que resultan ser aplicables al caso concreto, pues de otra manera éste remedio, en vez de ser excepcional, se constituiría en una regla a la que acudiría cualquier particular afectado ante el pronunciamiento de una decisión que le fuera desfavorable.

En ese orden, he dicho: "El progreso de la acción de amparo, substancialmente excepcional, está reservado a aquellos supuestos en los que medien circunstancias muy particulares, caracterizadas por la existencia de arbitrariedad e ilegalidad manifiestas, y en las que se demuestre, además, que el daño concreto y grave que se invoca sólo puede eventualmente ser reparado mediante la acción urgente y expeditiva del amparo".

En función de todo lo expuesto y sin que ello implique un pronunciamiento en sentido positivo o negativo respecto de la cuestión de fondo articulada, estimo que la vía elegida no es la adecuada para el tratamiento del reclamo efectuado

por cuanto el mismo requiere de una mayor amplitud de debate y prueba, propios del procedimiento ordinario, siendo ahí donde se debe garantizar la efectiva tutela del derecho que se dice vulnerado, motivo por el que a mi entender ello resulta suficiente a los fines de propiciar su rechazo.

III.- Por las razones expuestas propondré a este Acuerdo la confirmación de la resolución apelada en todas sus partes, rechazando el recurso interpuesto, sin costas de Alzada, por tratarse de una cuestión suscitada con el juzgado y no mediar intervención de la contraria.

Así voto.

El Dr. MEDORI, dijo:

I.- Que habré de disentir con el voto que antecede, propiciando que se haga lugar al recurso interpuesto, declarándose la admisibilidad de la presente acción conforme el art. 11° de la Ley de Amparo N° 1981.

Que el art. 43 de la Constitución Nacional -conforme la reforma del año 1994- introdujo una modificación trascendente en lo que hace a la acción de amparo, destinada a darle un dinamismo propio al despojarla de aristas formales que fueran obstáculo al acceso inmediato a la jurisdicción cuando están en tela de juicio garantías constitucionales (cfr. Palacio, "La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994", L.L. del 07.09.95),coincidente con el art. 59 de la Carta Magna Provincial, que agrega la garantía a la tutela judicial efectiva y la posibilidad de introducir el proceso mientras subsistan los requisitos exigidos en la norma.

Que los genéricos presupuestos que deben estar reunidos de manera constante para la admisibilidad del amparo son cuatro: 1) certidumbre del derecho invocado y que se busca proteger; 2) actualidad de la conducta lesiva; 3) carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad y 4) origen constitucional de los derechos afectados (Rivas, "El Amparo", página 49).

Que del contenido de la pretensión y documental se comprueba desplegada con claridad la manifiesta e inminente la amenaza que representa para la actora la exigencia y modalidad en que la empleadora dirige la relación laboral que la involucra y las consecuencias que impactan en su haber, evidenciando el posible agravio a garantías constitucionales que son tuteladas en el art. 14 bis de la Carta magna nacional, arts. 37 y 38 de la Provincial, así como a las normas que con jerarquía superior a las leyes, fueron incorporadas por la primera a través del art. 75 inc. 22.

Así las previsiones de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su art. 26, recepta el compromiso de los estados de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de normas sociales, contenidas en la Carta de la OEA, y la Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer (antes norma positiva conforme Ley 23.179- B.O. 27.05.85), por la que, conforme su art. 11, se asume respetar el derecho al trabajo como inalienable de todo ser humano (inc. a); a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio (inc. c); a gozar de igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo (inc. d); a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción (inc. f).

Con la misma exigencia de efectividad, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –que ya había sido receptado por Ley 23313 -B.O. 13.05.86- donde se reconoce el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho (art. 6), y a gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial remuneración mínima, condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias, la seguridad y la higiene en el trabajo (art. 7).

Constituyen antecedentes relevantes la investigación administrativa realizada por la Dirección General de Sumarios Administrativos (Expediente 4420-135077/13 fs. 97/99) que exterioriza la relación que mantiene la actora con otros dependientes de su sector y sus superiores -aún cuando haya sido sobreseía conforme Disposición N° 1668/14 (fs. 95)-, el posterior apercibimiento por Disposición 269/14 del 9.12.14 (fs. 118); los sucesivos descuentos de días (recibos de fs. 20, 25, 26, 28, 33, 35, 38, 39, 40), así como la voluminosa presentación de certificados médicos para justificar ausencias (fs. 41/94); y, no menos, el abordaje realizado por la Junta Médica designada por la empleadora desde el 12.08.2014 hasta

el dictamen del 10.7.15 (fs. 120/127) donde recomienda a RRHH del hospital "REUBICAR A LA TRABAJADORA EN UN SECTOR APROPIADO PARA EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTO INTERPERSONALES – EL CASO SE TRATA DE UNA MEDICALIZACION DE CONFLICTO DEL AREA DE RRHH".

La actora denuncia, por acción y omisión, la arbitraria e ilegal restricción o limitación de su derecho al trabajo, con génesis en la condición de salud, que además, tendrían vinculación precisamente con el trato que recibe en el ámbito laboral, al que le sigue el descuento de haberes, formulando entre otros reclamos, el cese de tales conductas de la empleadora y la reubicación en otra área sugerido por los especialistas.

Tal configuración fáctica verifica en el caso que la actora titulariza derechos ciertos y líquidos, cuyo ejercicio se ve comprometido por el proceder de la demandada respecto a las condiciones de trabajo, salarial y salud, y que poseen eminente y amplia protección constitucional y convencional, y por ello susceptible de ser canalizado por la vía excepcional del amparo.

Ello coherente con una visión amplia de la realidad y en procura de garantizar en forma efectiva los atributos consagrados en normas jurídicas de máxima jerarquía, concretando la misión esencial del poder judicial, de tal forma de hacerlas operativas, en particular cuando se trata del acceso al trabajo, conforme la incuestionable proyección con la que impacta en el desarrollo integral de la persona.

Que "La viabilidad de todo amparo requiere no sólo la invocación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerarquía constitucional, sino también que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima, como así también la demostración de que el daño concreto y grave sólo pueda eventualmente ser reparado acudiendo a esa vía urgente y expeditiva. Es deber de los jueces extremar la ponderación y la prudencia a fin de no decidir, por el sumarísimo trámite del amparo, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios. Si el acto u omisión atacados se sustentan en una norma general, no pueden exhibir, como regla, arbitrariedad o ilegalidad notoria. .... El amparo no tiene la finalidad de obviar o urgir el trámite de los procedimientos administrativos o judiciales establecidos legal o reglamentariamente para el logro del resultado que se procura, ni es apto para irrumpir en asuntos ajenos, alterando el normal juego de las instituciones vigentes." (Trib. Dres.: Posadas, Puig, Silisque, Vicente, Garros Martínez. - Doctrina: Dra. Di Paolo. - Causa: CATALAN, HECTOR DANIEL RICARDO Y OROZCO, OSVALDO MANUEL VS. PODER EJECUTIVO PROVINCIA DE SALTA - AMPARO (Expte. Nº CJS 24.753/03) FECHA: 25/11/03. Tomo 88: 935/946 CORTE DE JUSTICIA DE SALTA - LDT).

II.- Que en consecuencia, con la provisoriedad del análisis que autoriza la norma tutelar respecto del conflicto generado por la conducta administrativa, concluiré en que se hallan debidamente cumplimentados los requisitos formales del artículo 7 de la Ley Nº 1981 que exteriorizan la supuesta vulneración de principios superiores del ordenamiento jurídico, permitiendo sortear la limitación contenida en el art. 3º de la citada norma, y justifican el curso de la presente acción.

ASÍ 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 del Dr. Ghisini, adhiero al mismo.

Por todo ello, esta SALA III POR MAYORIA,

RESUELVE:

1.- Confirmar el decisorio de fs. 154/155, en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios.

2.- Sin costas de Alzada.

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr.Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr. Jorge Pascuarelli

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"INDELICATO MIRTA BEATRIZ C/ JAUREGUIBERRY ADOLFO ERNESTO S/ DIVISION DE CONDOMINIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 459290/2011) – Interlocutoria: 376/15 – Fecha: 29/09/2015

DERECHO PROCESAL: Honorarios.

HONORARIOS DEL ABOGADO. DIVISION DE CONDOMINIO. CONVENIO. MONTO DEL CONVENIO.

> [...] en los juicios de división de condominio los trabajos realizados por los letrados hasta la sentencia, deben considerárselos efectuados en interés particular de sus mandantes o patrocinados, en consecuencia, la base está dada por la proporción que corresponda a cada condómino en el valor total del bien objeto del litigio –en el caso el monto del convenio-.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 29 de Septiembre del año 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "INDELICATO MIRTA BEATRIZ C/ JAUREGUIBERRY ADOLFO ERNESTO S/ DIVISION DE CONDOMINIO" (Expte. Nº 459290/2011) venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 3 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

Vienen las presentes actuaciones a esta Sala para el tratamiento del recurso interpuesto a fs. 1147/1150 y vta., por la demandada, contra los honorarios regulados en fecha 21 de abril de 2015 (fs. 1140 y vta.).

Se agravia el recurrente, inferimos que por estimar elevados los emolumentos fijados ya que es el condenado en costas -conforme lo acordado-, cuestionando la base regulatoria.

Manifiesta que debía utilizarse los valores que arrojó la tasación y no el monto del convenio para determinar la base. Agrega que se consideró el 100% de esta cuando correspondía el 50%.

El tercer agravio referido a la inexistencia de la división de condominio del terreno adquirido por partes iguales, es una cuestión que no fue planteada al juez de grado y que no puede ser considerada, puesto que en virtud de los límites de la jurisdicción abierta por el recurso -art. 277 del Cód. Proc.-, quedan marginados de la función revisora de la Alzada aquellos temas no propuestos en su oportunidad y, por lo tanto, ajenos a los que fueron objeto de debate en la instancia originaria (Morello-C P C y C-TºIII, pág. 400/401) (PI TºII Fº269/270 2009 SALA III).

Corrido traslado, es contestado a fs. 1152/1153.

Analizada la cuestión debe señalarse que corresponde tener en consideración a los fines de determinar los emolumentos, el monto del acuerdo extrajudicial obrante a fs. 1138/1139, conforme lo ha sostenido esta Cámara en sus tres Salas.

Hemos dicho, (EXP Nº 472006/2012) Sala I; Expte. Nº 136383/93 Sala II; Expte. Nº 477156/2013 Sala III; PI T IV Fº744/745 AÑO 2011 SALA III entre otros) que:

"Cuando las partes arribaron a una transacción ..concluído el proceso, no queda otra alternativa posible: la regulación de los honorarios de los profesionales debe efectuarse sobre el monto total de la transacción arribada".

Y que:

"La transacción a la cual arriban las partes en un proceso produce efectos también respecto de los profesionales que asistieron a uno de los litigantes y no intervinieron en aquélla. Por ser ello así, concluido el proceso la regulación de honorarios debe efectuarse sobre el monto total del acuerdo homologado".

También debemos decir que en los juicios de división de condominio los trabajos realizados por los letrados hasta la sentencia, deben considerárselos efectuados en interés particular de sus mandantes o patrocinados, en consecuencia, la base está dada por la proporción que corresponda a cada condómino en el valor total del bien objeto del litigio –en el caso el monto del convenio.

Ya nos hemos pronunciado diciendo que:

"En los juicios de división de condominio, la litis se origina en la necesidad de partir el bien y de disponer de la proporción que le corresponde a cada condómino. El objeto del juicio es para cada uno, la parte que le corresponde en el inmueble y los honorarios de los profesionales han de regularse sobre el valor de la parte de cada mandante o patrocinado, aun cuando las costas hayan sido impuestas en su totalidad a la demandada" (PI T I F°33/34 AÑO 2007 SALA III).

Sentado lo cual pasaremos a revisar los emolumentos determinados por el juez de grado.

Por el principal:

Así, efectuados los cálculos pertinentes de acuerdo a las prescripciones de los arts. 6, 7, 11, 33 y 37 de la ley arancelaria vigente y a las pautas que habitualmente utiliza esta Cámara, se observa que los honorarios regulados a los letrados deben ser reducidos.

Honorarios del perito M...:

Cabe mencionar en primer lugar que la jurisprudencia reiteradamente tiene dicho que: "El estipendio de los peritos debe guardar relación con los honorarios de los letrados intervinientes, debiendo adecuarse la regulación de los peritos, además del mérito, importancia y naturaleza de la labor cumplida, al monto del juicio y a los emolumentos de los profesionales que han intervenido en la causa" (Manuales de Jurisprudencia La Ley – Honorarios – Pág. 432 p. 178).

Analizada la suma regulada en función de las pautas generalmente utilizadas y teniendo en cuenta el trabajo efectivamente realizado (pericia de Fs. 686/700), su extensión y calidad, entendemos que la misma resulta ajustada a derecho.Honorarios de la tasadora ...:

Teniendo en cuenta lo señalado precedentemente para los peritos y, fundamentalmente el tope máximo previsto por el art. 14 de la ley 2538 concluimos que la remuneración cuestionada resulta elevada.

Honorarios por el trámite de ejecución:

Analizada la cuestión se observa que no ha existido un proceso de ejecución propiamente dicho.

En efecto: se tiene por iniciada la ejecución el 5 de diciembre de 2014 (fs. 1129) fijándose una audiencia para el día 12 de febrero de 2015, el 8 de abril de 2015 se presenta el acuerdo extrajudicial.

Consecuentemente, realizados los cálculos bajo la luz del art. 6 de la LA y de conformidad con lo dispuesto por el los arts. 7, 10, 11 y 40 de la LA, se observa que los emolumentos son elevados imponiéndose su modificación.

Lo actuado en esta instancia no generará costas, atendiendo a la materia que nos ocupa.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Modificar los honorarios regulados a fs. 1140 y vta., quedando fijados en las siguientes sumas: -por la causa principal- para la Dra. ..., patrocinante de la actora, de $111.550 y para los Dres. ... y ..., patrocinantes de la demandada, de $78.100, en conjunto (arts. 6, 7, 11, 33 y 37 LA). Por la etapa de ejecución: para la Dra. ..., patrocinante de la actora, de $33.550 y para los Dres. ... y ..., letrados apoderados de la demandada, de $32.880, en conjunto (arts. 6, 7, 10, 11 y 40 LA). Confirmar los emolumentos del perito arquitecto, ... y reducir los honorarios de la tasadora, ..., a la suma de $17.400.

2.- Sin imposición de costas en la Alzada.

3.- Regístrese, notifíquese y vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez – SECRETARIA

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

**"LEMA DORIS ELIZABETH C/ PAREDES OSCAR ANIBAL S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 501421/2014) – Interlocutoria: 397/15 – Fecha: 29/09/2015

DERECHO PROCESAL: Actos procesales.

SUSPENSION DEL PROCESO. RECHAZO.

Corresponde confirmar la providencia que deniega la suspensión del proceso, pues, se evidencia negligente el proceder del citado –en garantía-, debiendo asumir las consecuencias negativas de su conducta, primero se presenta en un juzgado equivocado y luego deja transcurrir el plazo de traslado, sin verificar si se había proveído su petición de suspensión o en su caso pedir las copias necesarias para contestar.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 29 de Septiembre del año 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "LEMA DORIS ELIZABETH C/ PAREDES OSCAR ANIBAL S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)" (Expte. N° 501421/2014) venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 6 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

I.- Que el citado interpone recurso de apelación subsidiario contra la providencia simple del 20 de abril del 2015 (fs. 321), presentando memorial a fs. 325/362.

Argumenta que el juez de grado incurre en arbitrariedad al denegar la suspensión del proceso cuando se ha presentado en juicio a los efectos de agilizar el trámite de notificación y hacerse de las copias pertinentes, estando a despacho el expediente y afectándose el derecho de defensa.

Subsidiariamente, contesta demanda y ofrece prueba.

Solicita se revoque el fallo recurrido, posibilitando estar a derecho a su parte.

Corrido el pertinente traslado el citante contesta a fs. 331/333.

Manifiesta que el recurrente se ha presentado erróneamente por ante otro juzgado, remitiéndose las actuaciones ya vencido el término legal, siendo responsabilidad del mismo las consecuencia gravosas de su desprolijo proceder.

Reserva el caso federal y solicita se rechace la apelación con costas.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis rechaza la suspensión peticionada en consideración a la fecha del primer cargo de la presentación formulada. Ampliándose al resolver la revocatoria, que el expediente ha estado a disposición por mesa de entradas, máxime que se presenta con el mismo letrado que la actora, quien tenia libre acceso.

De las constancias de autos surge que se dispone la citación del apelante en calidad de tercero para que se presente en el plazo de diez días, ordenándose cédula de notificación con adjunción de copias (fs. 253); la cédula de notificación es devuelta sin diligenciar (fs. 309/310 y 315/317); presentándose el mismo el 4 de marzo del 2015 por ante otra secretaría, notificándose de la citación efectuada por el demandado y pidiendo se suspenda el plazo para contestar el traslado, hasta que pueda contar con las copias devueltas por el oficial notificador o en su caso se preste el expediente, ese escrito ingresa al juzgado correspondiente recién el 13 de abril(fs. 320); produciéndose la resolución impugnada. Consta en el sistema dextra que las actuaciones estuvieron a letra en mesa de entradas desde el 20 de febrero al 13 de abril.

Ciertamente, se ha comprobado que no es cierto el único argumento de los agravios, cual es que el expediente no estuvo a disposición, tal lo asegurara la magistrada de origen surge del sistema informático que el mismo fue registrado a letra desde antes de su presentación y hasta después de producido el vencimiento del plazo para contestar. En consecuencia, el quejoso pudo hacerse de las copias mencionadas, no habiendo por otro lado acreditado su presentación por ante la mesa de entradas (cfme. art. 133 segundo párrafo del CPCC).

Con lo cual se evidencia negligente el proceder del citado, debiendo asumir las consecuencias negativas de su conducta, primero se presenta en un juzgado equivocado y luego deja transcurrir el plazo de traslado, sin verificar si se había proveído su petición de suspensión o en su caso pedir las copias necesarias para contestar, basta ello, para desestimar los agravios vertidos.

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se plantea el recurso, deberá rechazarse la apelación, confirmando el auto recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar el auto dictado a fs. 321, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"BIANQUI EVANGELINA SUSANA C/ ARAUCO SACIF Y OTRO S/ INC. EJECUCIÓN DE ASTREINTES E/A: 431444/2010"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 23240/2015) – Interlocutoria: 402/158 – Fecha: 01/10/2015

DERECHO PROCESAL: Organización de la justicia.

SANCIONES CONMINATORIAS. ASTREINTES. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA. ENTREGA DE AUTOMOTOR. CARACTERISTICAS TECNICAS.

Corresponde rechazar el recurso articulado por la demandada en donde pretende que se deje sin efecto la imposición de astreintes en función de que su parte al poner a disposición la camioneta Marca Ford. 2.2 XL Safety doble cabina (...), cumple con la prestación a la que estaba obligada. Así, observamos que si bien la accionada pone énfasis en el equipamiento de la camioneta que pretende entregar (mayor

capacidad de carga, ABS y EBD, control de estabilidad, de tracción, de balanceo, asistente de luces de frenada, etc), no se focaliza los puntos técnicos y centrales tendientes a acreditar que una versión de mucho menor cilindrada (2.2) remplazó actualmente a la (3.00) que oportunamente adquirió la actora. [...] En efecto cabe mencionar que la motorización en la industria automotriz no es un tema menor, pues una cosa es el confort y detalles técnicos y de seguridad que posea el vehículo y otra, es la motorización y en función de ello la potencia que presente el mismo (generalmente traducidos en caballos de fuerza HP). Sobre esto último, nada a dicho la demandada, lo que hubiera sido de suma trascendencia a los fines de poder verificar las prestaciones que brindan los distintos motores, en el caso el 3.00 y el 2.2. y así evaluar –a través de un parámetro objetivo- si, con independencia de su cilindrada, las motorizaciones son potencialmente equivalentes.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 01 de octubre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "BIANQUI EVANGELINA SUSANA C/ ARAUCO SACIF Y OTRO S/ INC. EJECUCIÓN DE ASTREINTES E/A: 431444/2010" (INC Nº 23240/2015) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA CIVIL N° 2, a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina TORREZ y

CONSIDERANDO:

I.- Vienen estos autos a estudio del Cuerpo en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 106/107 vta. por la demandada, contra la resolución de fs. 93/95.

En su memorial, sostiene que, la resolución recurrida resulta contradictoria, ya que por un lado afirma que la cilindrada del motor no es el único elemento a tener en cuenta, mientras que por el otro, toma como único fundamento dicha cilindrada a fin de justificar que el automotor que reemplaza al adquirido por la actora (versión 3.0) es el modelo Pick Up Ranger doble cabina en su versión Diesel Puma TDC1 L5 3.2L. e TGV.

Refiere que, atento a la inexistencia en plaza de una camioneta idéntica a la adquirida por Evangelina Bianqui, el vehículo que se pretende entregar en cumplimiento de la sentencia (XL SAFETY DOBLE CABINA 2.2 DISEL), es el que reemplaza al contratado oportunamente por la reclamante.

Resalta las ventajas comparativas del vehículo ofrecido por su parte, en cumplimiento de la sentencia y aduce que la finalidad para la cual la actora compro dicho vehículo –viajar en la cordillera y en caminos sinuosos- se encuentran plenamente satisfechas mediante el modelo ofrecido por su parte.

Aduce que, su mandante nunca actuó de mala fe, realizando todos los trámites necesarios para poder facturar el vehículo a nombre de la accionante y que el mismo sea entregado por el concesionario.

Por todo ello, solicita se deje sin efecto las astreintes impuestas.

A fs. 111/112 vta., la demandante contesta el memorial, solicitando su rechazo con costas.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, diremos que las astreintes, además de retribuir al damnificado por tener que soportar el incumplimiento de su deudor, están destinadas a compeler al condenado a acatar lo dispuesto en la sentencia.

De allí que, las astreintes no sólo tienen una función punitiva sino también compulsiva tendiente a vencer la resistencia del obligado por una prestación, destinada a obtener el cumplimiento de la condena que le fue impuesta.

En el caso de autos, la demandada pretende que se deje sin efecto la imposición de astreintes en función de que su parte al poner a disposición la camioneta Marca Ford. 2.2 XL Safety doble cabina (ver fs. 47), cumple con la prestación a la que estaba obligada.

Así, observamos que si bien la accionada pone énfasis en el equipamiento de la camioneta que pretende entregar (mayor capacidad de carga, ABS y EBD, control de estabilidad, de tracción, de balanceo, asistente de luces de frenada, etc), no se focaliza los puntos técnicos y centrales tendientes a acreditar que una versión de mucho menor cilindrada (2.2) remplazó actualmente a la (3.00) que oportunamente adquirió la actora. En tal sentido, hubiera bastado que a pesar de las diferentes cilindradas, se hubiera mantenido estándares de potencias similares entre las dos versiones, cosa que no fue ni siquiera alegada, explicada, o probada por la recurrente.

Consecuentemente, resulta difícil, ante falta de prueba concreta al respecto, afirmar, con independencia de las demás prestaciones que enumera el apelante, que una motorización de (3.0 litros) haya sido remplazada por un motor (2.2) y no por uno 3.2, como manifiesta la reclamante.

En efecto cabe mencionar que la motorización en la industria automotriz no es un tema menor, pues una cosa es el confort y detalles técnicos y de seguridad que posea el vehículo y otra, es la motorización y en función de ello la potencia que presente el mismo (generalmente traducidos en caballos de fuerza HP). Sobre esto último, nada a dicho la demandada, lo que hubiera sido de suma trascendencia a los fines de poder verificar las prestaciones que brindan los distintos motores, en el caso el 3.00 y el 2.2. y así evaluar –a través de un parámetro objetivo- si, con independencia de su cilindrada, las motorizaciones son potencialmente equivalentes.

Por lo expuesto, en el caso de autos, corresponde confirmar la resolución de fs. 93/95 en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios, con costas a cargo de la demandada atento a su carácter de vencida.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución de fs. 93/95, en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al demandado perdidoso (art. 69 C.P.C.C.).

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"JULIANES ESTANISLAO C/ FERNANDEZ RAUL OSCAR S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 30000/2011) – Acuerdo: 06/15 – Fecha: 18/03/2015

DERECHO CIVIL: Obligaciones.

OBLIGACIONES SIMPLEMENTE MANCOMUNADAS. OBLIGACIONES SOLIDARIAS. CONTRATO DE MANDATO.

1.- Resulta insustanciado e inmotivado el reclamo efectuado por el actor por cuanto surge del análisis de las constancias de autos que el instrumento cuestionado de fecha

13 de mayo del 2010, encuadra dentro de las obligaciones con sujeto plural, y una única prestación. En éstas, la regla es la simple mancomunación (arts. 690 y 691 del Código Civil), siendo la excepción, la solidaridad que debe surgir expresamente de la voluntad de las partes o de la ley, debiendo admitirse e interpretarse en forma restrictiva. No siendo necesario utilizar términos sacramentales y siendo suficiente que resulte muy claramente la voluntad de obligarse solidariamente.

2.- El documento privado en cuestión, guarda mayor analogía con el contrato de mandato (art. 1869 y ss del CC) teniéndose en cuenta que efectúa un encargo de la realización de ciertos actos jurídicos por cuenta del mandante, referidos a gestiones y trámites necesarios ante la Dirección provincial de parques, que completa y amplía el de fecha 08 de marzo de 2010, individualizando tareas y tasando el trabajo y llamando a los autorizados, actor y demandado, en forma indistinta como corredores.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los dieciocho (18) días del mes de marzo del año 2015, se reúne en Acuerdo la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con las señoras Vocales, doctoras Gabriela B. Calaccio y Alejandra Barroso, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Mariel Lázaro, para dictar sentencia en estos autos caratulados: "JULIANES ESTANISLAO C/ FERNANDEZ RAUL OSCAR S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS", (Expte. Nro.: 30000, Año: 2011), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. Gabriela B. Calaccio, dijo:

I.- Que vienen estos autos en apelación en orden al recurso deducido por la demandada contra la sentencia dictada en fecha 11 de agosto del 2014, obrante a fs. 565/575, que admite la demanda entablada sobre la base de considerar que el crédito reclamado reconoce su origen en la convención celebrada entre "Horkla" y las partes, denominados "los corredores", quienes se comprometieron a realizar las tareas señaladas en la documental de fs. 6 y 507, y la empresa a abonar los honorarios pactados.

Considera probados tanto la realización del trabajo como el pago del precio, otorgando validez probatoria al mail de fs. 10/11, cuya recepción reconoce la empresa indicada; y a los testimonios ofrecidos por la actora.

Sostiene el sentenciante que el actor, con la prueba producida ha probado que los contratantes han entendido obligarse solidariamente, tratándose de un caso de solidaridad activa conforme los arts. 708/717 y 689 del Código Civil, concluyendo que el demandado deberá entregar al actor la parte que le corresponde y entiende, conforme lo manda el art. 689, inc. 3 del C.C, que deberá prosperar por la suma de U$S 20.000.

Impone costas a la demandada en su carácter de vencida y difiere la regulación de honorarios.

II.- Contra tal decisión se alza la demandada, expresando sus agravios a fs. 584/590, que sintéticamente los engloba en cinco cuestionamientos, y sostiene la cuestión federal.

En el primer agravio cuestiona la validez que el "aquo" otorga al instrumento privado agregado a fs. 479/484 reconocido por la empresa "Horkla", a quien considera que no es un tercero ajeno al conflicto y por ello las aclaraciones que realiza al responder el informe de fs. 479/484 y 507/516 no se sitúan de manera equidistante a las partes involucradas, por la responsabilidad que podría caberles si efectuaron un pago indebido, controvirtiendo seguidamente, la validez del contenido y las firmas allí insertas, pues considera que al tratarse de certificaciones de meras copias exhibidas, no dan fe de su contenido material, que fuera reiteradamente negada por su parte y no

producida por la actora la prueba pericial correspondiente. Considera que éste debe ser desestimado y revocarse la sentencia en este aspecto.

En el segundo agravio cuestiona la validez probatoria que otorga al mail obrante a fs. 10/11, reconocida sólo su recepción por la empresa "Horkla", cuando fuera desconocido por su parte, y no pudo determinarse, por "Cotesma", la autenticidad, ni su emisión por parte de la demandada, a quien no pertenece tampoco la línea telefónica de la cual éste salió.

En relación al tercer agravio, critica la valoración de la prueba testimonial, reiterando que los testimonios ofrecidos por la actora provienen de apoderados de la empresa "Horkla" que se refirieron a hechos que no le constan, sin haber desvirtuado o desestimado los de la demandada.

Esta valoración de la prueba, a su entender, coloca a su parte en desventaja, impidiendo el pleno ejercicio del derecho de defensa por no poder controvertir la posición asumida por "Horkla", por cuanto si pagó mal, debió probarlo en actuaciones autónomas y eventualmente requerir su repetición.

Critica la postura del juez, en cuanto a la afirmación que el crédito se originó en una convención entre "Horkla" y las partes, ya que éstas no suscribieron el contrato a que hace referencia, que fuera desconocido por su parte y suscripto sólo por el Sr. Leonhardt, no existiendo obligación de parte de los "corredores" en cumplir con la manda dispuesta.

Si Julianes no suscribió el contrato, nunca se presentó en Parques Nacionales a gestionar a favor de la empresa "Horkla" y tuvo que acceder a los archivos de ésta para obtener una copia certificada de la documentación, concluye en que el contrato le era totalmente ajeno.

En relación al cuarto agravio, efectúa una valoración del derecho aplicable, considerando que ha incurrido en un error de derecho al subsumir la situación en las normas que indica. Entiende que no se trata de obligaciones solidarias, ya que éstas deben ser expresas, no pueden presumirse, y ante la duda hay que estar por la negativa, cita el art. 701 del Código Civil.

Entiende que la conjunción "y" que para el juez es indicativo de solidaridad, es sólo sinónimo de pluralidad conjunta, que no conduce a considerar que la obligación sea solidaria, agregando que en obligaciones de sujeto plural la regla es la simple mancomunación, conforme art. 691 del C.C..

Considera que del juego armónico de los arts. 674 y 691 se establece la divisibilidad de la deuda en caso de pluralidad de sujetos, cuando no se ha establecido expresamente la divisibilidad, no entendiendo porqué el sentenciante adopta un camino distinto para la interpretación de normas no específicas al caso y llega a una conclusión forzada e injusta, apartándose de lo dispuesto por el art. 163 inc. 6 del CPCyC..

Entiende que Julianes, de considerar que tenía un crédito por U$S 20.000 debió reclamarlo de "Horkla" y ésta a su vez, si consideró que efectuó un pago incorrecto, repetir el mismo en otra instancia, habiendo el juez erróneamente simplificado las cuestiones, sin explicar las razones por las cuales se dejaba de lado las normas relativas a la divisibilidad, para aplicar las prescripciones de la indivisibilidad a una obligación claramente divisible, creando por vía de la sentencia una solidaridad y afectando el derecho de defensa en juicio.

En relación al quinto agravio, ataca la imposición de costas.

III.- Bilateralizado el recurso, el mismo es respondido a fs. 592/596 y vta., en los términos que surgen de tal pieza procesal.

IV.- Liminarmente habrá de evaluarse si el memorial del quejoso cumple con los requisitos previstos en el art. 265 del CPCyC. En tal sentido, y luego de una medulosa lectura de los mismos, he de concluir que superan el test de admisibilidad, agregando que los jueces no estamos obligados a seguir puntillosamente todas las alegaciones de las partes, sino aquellas que guardan relación con la cuestión discutida. "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).

Que ingresando en el tratamiento del primer agravio, relacionado con el cuestionamiento del documento que obra a fs. 6, reconocido a fs. 484 y 517 y su validez probatoria, entiendo que previo a cualquier valoración corresponde historiar sobre el objeto de este proceso. Adviértase que en el presente caso, la cuestión debatida se centra en el reclamo

formulado por el actor al demandado, invocando para ello la autorización emitida por la empresa "Horkla" a nombre ambos, para la realización de gestiones ante la administración de Parques Nacionales, y, el pago de un precio por ello. Precisamente, el cobro de ese "precio" por parte de Fernández, genera el reclamo de Julianes.

De la documentación acompañada, surge que en fecha 8 de marzo del 2010 (fs. 2, / 508) el presidente de "Horkla" informa a la administración de Parques Nacionales que autorizó al actor-demandado y a una tercera persona, en forma indistinta, para que realicen las gestiones que fueran necesarias ante ese organismo, y que con fecha 13 de mayo del 2010, documento obrante a fs. 6 y reconocido por el suscriptor a fs. 484 y 517, dirige a aquellos la autorización en cuestión, sobre la cual se volverá más abajo.

Precisamente, el documento de fecha 13 de mayo del 2010 es cuestionado en este agravio por el quejoso. Sin embargo, tal crítica no puede ser admitida. En efecto, considero que con el reconocimiento efectuado a fs. 484 y 517 por el Dr. Leonhardt (suscriptor del de fs. 6), tanto del de fecha 8 de marzo del 2010, como este último, restan valor probatorio al mentado desconocimiento. A esta circunstancia se aduna el hecho que aun desconociendo la materialidad del instrumento en cuestión, el apelante realizó las tareas contenidas en el mismo y recibió la contraprestación de U$S 40.000 establecidos como pago de honorarios contra "… recepción de toda documentación que acredite…….". Este hecho incontrastable, surge con evidencia de la misma documentación acompañada por la demandada al contestar demanda y el reconocimiento de la percepción del dinero indicado, con lo cual éste no puede tener favorable acogida.

Ahora bien, antes de ingresar en el análisis del segundo agravio, y, conforme quedó dicho más arriba sobre el valor del documento cuestionado, corresponde expedirse sobre el marco normativo de éste, pues considero que el quid de la cuestión que genera en el actor la promoción del reclamo, tiene que ver con el carácter de la autorización emitida por el Dr. Leonhardt, no compartiendo con el sentenciante el análisis jurídico que efectúa en distintos pasajes de la sentencia cuestionada.

En efecto advierto, luego de una medulosa lectura del documento privado en cuestión, que el mismo guarda mayor analogía con el contrato de mandato (art. 1869 y s.s. del Código Civil) teniéndose en cuenta el encargo de la realización de ciertos actos jurídicos por cuenta del mandante, referidos a las gestiones y trámites necesarios ante la Dirección Provincial de Parques, que a mi criterio complementa y amplía el de fecha de 8 de marzo del 2010, individualizando las tareas y tasando el trabajo y llamando a los autorizados, actor y demandado, en forma indistinta como corredores.

Tal instrumento contiene, conforme se dijo, una manda o encargo de la realización de ciertas tareas y el reconocimiento de un precio por aquéllas.

En este sentido, para el sentenciante, esas tareas se engloban dentro de las obligaciones solidarias, partiendo para ello de analizar el instrumento en cuestión, las testimoniales producidas por el actor y la existencia de la conjunción "y". Criterio que considero equivocado, dando razones para ello.

En primer lugar, la obligación contenida en el documento de fecha 13 de mayo del 2010, encuadra dentro de las obligaciones con sujeto plural, y una única prestación. En éstas, la regla es la simple mancomunación (arts. 690 y 691 del Código Civil), siendo la excepción, la solidaridad que debe surgir expresamente de la voluntad de las partes o de la ley, debiendo admitirse e interpretarse en forma restrictiva.

En relación a esta cuestión, el art. 701 del Código Civil, establece que la solidaridad debe ser expresa. No siendo necesario utilizar términos sacramentales, siendo suficiente que resulte muy claramente la voluntad de obligarse solidariamente. Sin embargo, al no presumirse la solidaridad, quien la alega, debe probarla, considerando la suscripta que tal carga no ha sido cumplida en el proceso. Sobre este tópico se volverá más abajo.

En segundo lugar, el art. 1898 del Código Civil establece claramente: "Cuando en el mismo instrumento se hubiesen nombrado dos o más mandatarios, entiéndase que el nombramiento fue hecho para ser aceptado por uno solo de los nombrados...", no configurándose en autos alguna de las excepciones establecidas en la misma norma...", el empleo de la conjunción "y" no es suficiente para excluir el mandato de la regla general del art. 1899 del Código Civil, según el cual cuando en un mismo instrumento se hubiesen nombrado dos o más mandatarios, entiéndase que el

nombramiento fue hecho para ser aceptado por uno solo de los nombrados" (CNac Civ. Sala D 18/6/1991 - Lexis Online 2/9254).

Y en tercer lugar, porque "…cuando un mandato ha sido dado a muchas personas conjuntamente, no hay solidaridad entre ellas, a menos de una convención en contrario" (art. 1920 del Código Civil).

En este caso, conforme la prueba producida a lo largo del proceso, fue aceptado tácitamente sólo por el demandado (art. 1875 del Código Civil), ya que cumplió con la manda encomendada, a satisfacción de la empresa autorizante, quien le abonó los honorarios, surgiendo tal situación de la documentación acompañada al contestar demanda, no desconocida por la actora y las testimoniales sobre las cuales se ingresará más abajo.

Habiendo entonces quedado claramente enmarcada la cuestión discutida e ingresada en el análisis del segundo agravio, entiendo que asiste razón al requirente cuando cuestiona la sentencia en este punto y los argumentos del "aquo" para otorgarle valor convictivo y probatorio al mail en cuestión.

En efecto, no ofrece dudas que ante el desconocimiento de la "materialidad" por la accionada al contestar la demanda, correspondía a la actora la prueba de la misma. Sin embargo, a fs. 485, "Cotesma", en respuesta al oficio Nro. 1876/12, informa en lo sustancial "…no podemos certificar que el correo electrónico que enviara adjunto es auténtico ni que sea el Sr. Raúl Fernández quien lo ha enviado, por lo tanto tampoco podemos certificar que haya sido enviado desde su computadora personal, ni contenido del mismo…". Esta respuesta se compadece con la circunstancia de que los correos electrónicos pueden ser alterados, vulnerados y modificados por terceros ajenos a los usuarios de dichas cuentas, con lo cual, en este caso, la estrictez en el análisis de la prueba se impone con mayor rigurosidad.

La actora, ante el desconocimiento de la demandada, no probó por medio alguno que el mismo hubiere sido remitido por la demandada, por ello resulta irrelevante el reconocimiento que efectúa la empresa sobre su recepción, fs. 484, punto III.

En relación al tercer agravio, esto es el análisis de las testimoniales producidas en la causa, considero endebles los argumentos esbozados por el sentenciante para motivar, en este aspecto la sentencia en crisis.

Surge de la prueba aportada en la causa, en particular los testigos ofrecidos por la demandada, que ésta cumplió en soledad la manda dispuesta en el instrumento de fecha 13 de mayo del 2010. En efecto, ello se desprende del análisis de las testimoniales obrantes a fs. 505 y vta.; 506 y vta. y 518 y vta., que refieren que "…él era quien presentaba (por Fernández) documentación en el expediente, concurría a la mesa de entradas de Parques Nacionales con mucha frecuencia a dejar documentación y hacer presentaciones en el expediente…"…. "…el trámite se efectuó por la empresa "Horkla" bajo el apoderamiento del señor Raúl Oscar Fenández…".

Sin embargo, éstas no son consideradas por el "aquo", que las desestima sin dar razón para ello, y analiza puntillosamente los rendidos por Leonhardt, de fs. 541 y vta. y Viñal de fs. 542 y vta.. Ahora bien, a criterio de la suscripta, tales testimonios poco aportan a la resolución del conflicto ya que los dichos vertidos por aquellos no encuentran fundamento en el resto de la prueba analizada, en particular no se compadecen con el contenido del instrumento de fecha 13 de mayo del 2010, cuya naturaleza jurídica fuera analizada en párrafos que anteceden "… de ahí que haya podido resolverse con razón, que cuando los términos del contrato son claros no puede admitirse la pretensión de probar por testigos que la intención era distinta" (cfr. Guillermo Borda, "Tratado de Derecho Civil", Parte General, Tomo II, pág. 133).

A mayor abundamiento, se destaca que Leonhardt utiliza la expresión "…la realizó el testigo en el entendimiento que era un pago para los dos…", esta expresión tendría eficacia jurídica si partiéramos de la premisa que estamos frente a obligaciones indivisibles o solidarias (art. 731 inc. 2 del Código Civil), situación que no acaece en este caso. Por otra parte "…es evidente que la intención justamente por ser puramente psicológica e interna, es inaccesible a los terceros y no puede ser la base de un negocio jurídico que, por ser tal, por ser fuente de derechos y obligaciones, quizá gravosas, debe tener un fundamento concreto, tangible, serio y seguro, condiciones que no podrían encontrarse en la intención" (cfr. autor y obra citada, pág. 122).

De tal manera que, con el análisis efectuado en párrafos precedentes, ha quedado claramente demostrado que en la especie se trató de una manda efectuada por la empresa "Horkla", contenida en el documento de fecha 13 de mayo del 2010, que fuera aceptado y cumplido exclusiva y excluyentemente por el demandado, quien de conformidad con aquella cobró los honorarios reconocidos, resultando insustancial e inmotivado el reclamo efectuado por el actor, debiendo, en consecuencia, revocarse totalmente la sentencia apelada.

En consecuencia, y conforme lo dicho, deviene abstracto ingresar en el desarrollo del cuarto y quinto agravios.

Costas: dado que se revoca la sentencia en crisis, corresponde, conforme lo dispuesto por el art. 279 del CPCyC, adecuar las costas de la instancia de grado, las que se imponen a la accionante perdidosa en orden al principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCyC), como así también las de esta instancia recursiva, supeditándose la regulación de honorarios hasta la instancia procesal correspondiente (art. 15 ley 1594). Así voto.

A su turno, la Dra. Alejandra Barroso, dijo:

Por compartir los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, adhiero a los mismos. Así voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto, y revocar la sentencia apelada en lo que ha sido materia de recurso y agravios para el recurrente.

II.- Adecuar las costas de la instancia de grado, las que se imponen a la actora perdidosa (arts. 279 y 68 del CPCyC).

III.- Costas de esta instancia a cargo de la accionante perdidosa (art. 68 del CPCyC).

IV.- Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan a la instancia de origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dra. Alejandra Barroso

Registro de Sentencias Definitivas N°: 06/2015

Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

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

**"YOFRE JULIO JORGE C/ DOWN TOWN PATAGONIA S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 34471/2013) – Acuerdo: 07/154 – Fecha: 18/03/2015

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO INDIRECTO. DEFICIENTE REGISTRACION. FECHA DE INGRESO. EXTENSION DE LA JORNADA. PRUEBA. VALORACION DE LA PRUEBA. SANA CRITICA. PRIMACIA DE LA REALIDAD.

1.- Cabe confirmar el decisorio que tuvo por acreditado que la relación laboral que unió a las partes en litigio se encontraba registrada en forma defectuosa. Ello es así, toda vez que considero, al igual que el Señor Juez A quo, que las expresiones vertidas por los testigos C., S., Y., C. y C. resultan convincentes para tener por acreditado que el actor prestó servicios efectivos a favor de la incoada en jornadas de más de cuatro

horas diarias y con anterioridad a la fecha alegada por ésta como de inicio del vínculo laboral (junio de 2012), es que cabe estar a los dichos del actor y, consecuentemente, tener por probado -como bien se hace en la decisión que se revisa- que el mismo ingresó a trabajar a favor de la demandada con anterioridad a la fecha de registración y que desarrollaba sus labores en jornadas completas.

2.- [...] es preciso tener presente que los libros del principal corresponde sean valorados en forma restrictiva y deben ser considerados ineficaces para desvirtuar por sí sola una prueba testimonial conteste, en atención a que los datos allí volcados por emana exclusivamente del empleador le resultan inoponibles al dependiente.

3.- En relación a la prueba pericial contable producida en la causa entiendo, a diferencia de lo sostenido por la recurrente, que en el presente caso no resulta decisiva para dilucidar la controversia bajo estudio a favor del principal toda vez que el experto basó su dictamen en los asientos obrantes en los registros laborales del empleador, los cuales –reitero- fueron confeccionados unilateralmente por aquél y sin control del empleado, circunstancia ésta que los torna inoponibles al dependiente.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los dieciocho (18) días del mes de marzo del año 2015, se reúne en Acuerdo la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctores María Julia Barrese y Pablo G. Furlotti, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Mariel Lázaro, para dictar sentencia en estos autos caratulados: "YOFRE JULIO JORGE C/ DOWN TOWN PATAGONIA S.R.L. S/ COBRO DE HABERES", (Expte. Nro.: 34471, Año: 2013), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, el Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

I.- A) La sentencia de primera instancia de fecha 25 de julio de 2014 (fs. 172/180 vta.) que hizo lugar a la demanda impetrada por el Sr. Julio Jorge Yofre contra Down Town Patagonia S.R.L., es recurrida por la parte demandada mediante apelación interpuesta y fundada a fs. 184/192, remedio procesal concedido por providencia de fs. 193.

B) 1.- Agravia a la recurrente, en primer término, que en el decisorio en crisis se tuviese por acreditado que la relación laboral que unió a las partes en litigio se encontraba registrada en forma defectuosa.

Expresa que en estos obrados se efectúo una incorrecta valoración del material probatorio toda vez que en el pronunciamiento cuestionado se asignó valor de plena prueba a los dichos de los testigos propuestos por la parte actora aún en contra de lo que se desprende del restante material convictivo –documental, declaraciones testimoniales ofrecidas por la accionada, informe de AFIP y pericial contable- producido en autos, pese a que el sentenciante sostuvo que la opinión de los deponentes no resultaba clara, contundente y unívoca.

Indica que el trabajador es quien tiene a su cargo acreditar la registración deficiente del vínculo laboral con prueba fehaciente, categórica y cabal, y que la misma debe analizarse conjuntamente con los datos que surgen de otros elementos de convicción como son, en el supuesto de autos, los libros contables, documentos emitidos por la AFIP y recibos de sueldos firmados mes a mes de plena conformidad por el dependiente.

Efectúa consideraciones fácticas y jurídicas relacionadas con la forma en la cual debió ponderarse el material probatorio colectado en autos, realizando a dicho fin un análisis del mismo.

2.- En segundo término y para el caso de que prospere el primer agravio, es decir se tenga por acreditado que el actor ingresó a trabajar el 1° de junio de 2012, requiere se readecue la liquidación practicada en la sentencia en cuestionada.

C) Corrido que fuera el pertinente traslado de ley, el actor guarda silencio.

II.- A.- Analizados los agravios sustentados por la recurrente, cabe indicar que a mi entender los mismos cumplen mínimamente con la exigencia prevista en el Art. 265 y concordantes del C.P.C y C., de aplicación supletoria en los presentes, motivo por el cual corresponde que me avoque al estudio de las quejas intentadas por el impugnante, advirtiendo que no trataré todas las argumentaciones allí vertidas sino solo aquellas susceptibles de incidir en la decisión final del pleito (Cfr. C.S, 13-11-86, in re "Altamirano Ramón c/ Comisión Nacional de Energía Atómica"; ídem, 12-2-87 in re "Soñes Raúl c/ Administración Nacional de Aduanas").

B.- 1) Ingresando al estudio de la primer disconformidad expuesta en el escrito recursivo es dable destacar, teniendo en cuenta lo que he expresado reiteradamente en precedentes de la otrora Cámara en Todos los Fueros de la ciudad de Cutral Co, que de conformidad a lo normado por el Art. 386 del Código Procesal, de aplicación supletoria en los presentes en virtud a lo prescripto por el Art. 54 de la ley 921, la prueba producida en la causa debe ser valorada a la luz de las reglas de la sana crítica, las cuales suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de aquélla y que excluyen, por ende, la discrecionalidad absoluta del juzgador. Se trata, por un lado, de los principios de la lógica, y por otro, de las "máximas de la experiencia", es decir, de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente, verificables, actuando ambos, respectivamente como fundamentos de posibilidad y realidad (cfr. Palacio-Alvarado Velloso, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", explicado, y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1992, pág. 140).

Los tribunales en reiteradas oportunidades se han expedido sobre la cuestión al expresar: "La prueba producida debe valorarse conforme a las normas de la sana critica, la cual no nace en sí misma, ni se cierra en los límites de un carácter abstracto sino que es la consecuencia de un razonamiento integrado, en el cual se conectan los hechos y los elementos probatorios aportados por las partes, para llegar al derecho aplicable" (cfr. CNCiv., Sala H, 2000-4-05, -Romano, Ezequiel A. y otros c/ Ritossa Andrea E. y otros- LL 2000-F, 271). "En el sistema de la sana crítica, el valor de la prueba lo establece el juez de conformidad con las pautas de la sana lógica. Tal valoración debe ser expresada en la sentencia, conforme lo establecido por los arts. 34 inciso 4to. y 386 del Código Procesal" (CNCiv., Sala D, 1998-10-01 – T.D. c/ M.J.- LL 1999-F.384).

2) Sentado lo anterior cabe resaltar que el testigo Pablo Hugo Cabaleiro (fs. 153 y vta.) -conocido del actor por haber sido compañeros de trabajo en el restaurante "El Quincho", empleado del comercio que distribuía frutas y verduras en el local propiedad de la accionada e integrante de una banda de música que habitualmente hacía presentaciones en el negocio de la incoada- al momento de deponer expresa "…concurría [en referencia a Down Town Matías] para entregar mercaderías o por alguna cobranza, generalmente lo hacía antes de la 14:00 hs.", refiere que en estas ocasiones ha visto al señor Yofré trabajando regularmente, porque en ocasiones inclusive le recibía la mercadería. Relata que en el año 2012 seguro que estuvo trabajando, casi con certeza lo sabe, hacía tiempo que no lo veía, refiere que debe haber sido inclusive antes de finalizar el 2011 que Yofre estaba allí, esto lo recuerda porque ya en temporada alta de 2012 se empezaron a hacer shows musicales en el local de la demandada y el dicente concurría para hacer pruebas de sonido, etc. […] Asevera el dicente ser músico, y haber ido al local como músico invitado de bandas.

Refiere que durante el verano del año 2012 –enero y febrero- habrá hecho unas 8 presentaciones, básicamente con los grupos Tom Cat Trio y Fun Blues. Aclara que "en el resto del año las presentaciones son más esporádicas y no las tiene presente" (tex.).

A fs. 156/158 luce declaración del Sr. Alex Mauricio Sepúlveda Rivera, quien conoce al actor por haber sido compañero de trabajo, de la cual se desprende que el deponente reingresó a laborar en el local comercial de la accionada el 1 de diciembre de 2012; que el Sr. Yofre ingresó a cumplir funciones en el negocio aludido dos semanas después de la fecha indicada; que el accionante se desempeñó como pastelero o pastero; que el reclamante en un principio laboró

de 9 a 17 horas y luego de 11 a 20 horas; y que el horario en el cual desarrollaban las tareas dependía de la rotación del personal y los francos.

El Sr. Guillermo Leopoldo Yonas (fojas 159), cliente del lugar e integrante de una banda de música, manifestó que el actor trabajó en el local de la accionada desde fines de 2011 y principio del 2012, circunstancia esta que el declarante conoce por haber efectuado en dicha época presentaciones musicales en el comercio y haber visto en dichas oportunidades al Sr. Yofre prestar servicios para el incoado.

En fs. 162 obra declaración de la Sra. María Soledad Carluccio, cliente del lugar, de la cual surge que la testigo tiene conocimiento que el actor trabajaba en el local comercial de la demandada por haberlo visto y que en el mes marzo de 2012, ocasión en la que concurrió a almorzar con una amiga por su cumpleaños, vio al Sr. Yofre prestando servicios en el negocio aludido.

La testigo María José Calquín (fs. 163/164), quien conoce al actor por ser vecina del barrio, señaló haber visto al demandante trabajando en Down Town en oportunidad de concurrir al comercio con amigas y compañeras de trabajo y que en el mes de enero de 2012, más precisamente cuando su hija cumplía ocho años, fue a tomar algo con familiares y le formuló al Sr. Yofre una consulta sobre la torta que tenía intenciones de consumir.

La Sra. Carolina Inés Rivero (fs. 154), empleada de la demandada, indica que el Sr. Yofre trabajaba por la mañana entrando antes que ella y salía a las 13:00 horas. Expresa que antes de julio o junio de 2012 el actor no trabajaba en Down Town, y que se desempeñó hasta diciembre de ese año. Recuerda la fecha de ingreso del actor porque coincidía con la contratación de personal de temporada.

A su turno, Oscar Rodolfo Malagrino (fs. 158), encargado del comercio desde el día 19 de diciembre de 2012, manifestó no conoce al actor; que cuando empezó a desempeñarse allí le comentaron que Yofre no se presentaba a trabajar hacía una semana aproximadamente; que el actor nunca volvió a laborar; que por comentarios del propietario del lugar tomó conocimiento que el demandante no volvería a laborar y que le iniciaría un juicio laboral. Asimismo, expresó que por dichos de un chico que trabajaba para el accionado, de nombre Rodrigo, se enteró de que el actor estaba trabajando en otro lugar (esto habría sido a finales de enero 2013).

El Sr. Daniel Enrique Carabajal, cajero de la demandada desde noviembre de 2012, manifestó que el actor se retiraba cuando él ingresaba a las 17:00 horas, y luego dejó de trabajar (fs. 160 y vta.).

Edith Del Carmen López (fs. 161), compañera de trabajo del actor, expresó que ella ingresó a laborar en marzo del año 2011; que el actor, calcula, entró en junio o julio de 2012 porque era invierno; que Yofre trabajaba desde las 08:00 a las 17:00 horas; y que tanto ella como el demandante cumplían tareas los sábados y domingos con francos los días viernes.

El tenor de la declaraciones mencionadas precedentemente permite vislumbrar que los testigos ofrecidos por la parte actora –Cabaleiro, Sepúlveda, Yonas, Carluccio y Calquín- y los propuestos por la accionada –Rivero y López- dan versiones diferentes en relación a la fecha en la que el accionante comenzó a prestar servicios para la incoada y el lapso temporal en que aquel laboró en Down Town, pero cierto es que el tipo de relación que tenían los deponentes que declararon a fs. 153 y vta., 156/159 y 162/164 con el trabajador –compañeros de trabajo, músicos que realizaban presentaciones en el local en el que laboraba Yofre, clientes del comercio y vecinos del barrio- y la asiduidad con la cual concurrían al negocio propiedad de la demandada -oportunidades en las que vieron al demandante cumplir con sus obligaciones laborales- resultan, a mi entender, elementos objetivos que autorizan a otorgarle a sus dichos mayor poder convictivo sobre las manifestaciones brindadas por las testigos cuyas declaraciones lucen a fs. 158 y 161, quienes al momento de deponer eran dependientes de la accionada y de las expresiones de una de ellas surge que "calcula" la fecha de ingreso.

Por su parte las versiones de Malagrino y Carbajal, son insuficientes para desvirtuar el valor probatorio de los dichos de los testigos que declararan a instancia de la parte actora toda vez que desconocen la fecha de ingreso del accionante.

No escapa al suscripto el criterio sostenido en oportunidad de dictar sentencia en autos "González Luccardi María Luciana c/ Salas Eduardo –Único Titular del comercio "Jean Pierre" s/ despido por otros causales" respecto a la

neutralización de los testimonios contradictorios, pero cierto es que la situación de dicho expediente resulta disímil a la que obra en autos, toda vez que en aquel no existían elementos objetivos que permitieran darle mayor credibilidad a unos testigos sobre los otros, circunstancia ésta que considero, tal cual lo he señalado en el párrafo que antecede, que sí se da en la presente causa.

En virtud a lo expuesto y toda vez que considero, al igual que el Señor Juez A quo, que las expresiones vertidas por los testigos Cabaleiro, Sepúlveda, Yonas, Carluccio y Calquín resultan convincentes para tener por acreditado que el Sr. Yofre prestó servicios efectivos a favor de la incoada en jornadas de más de cuatro horas diarias y con anterioridad a la fecha alegada por ésta como de inicio del vínculo laboral (junio de 2012), es que cabe estar a los dichos del actor y, consecuentemente, tener por probado -como bien se hace en la decisión que se revisa- que el mismo ingresó a trabajar favor de la demandada con anterioridad a la fecha de registración y que desarrollaba sus labores en jornadas completas.

Es dable resaltar que para juzgar la eficacia del testimonio deben valorarse factores subjetivos de idoneidad del declarante y objetivos del testimonio mismo, en su relación interna y externa con los hechos, por su verosimilitud, coherencia, etc., requisitos estos que considero reúnen las declaraciones de los testigos aludidos en el párrafo precedente.

3) La incoada cuestiona la decisión del Sr. Juez de la instancia anterior por considerar que la conclusión relacionada con el tiempo de duración del vínculo laboral y la extensión de la jornada desempeñada por el actor se funda exclusivamente en la prueba testimonial rendida en autos y deja de lado la información que se desprende de los recibos de haberes e informes de organismo estatales (Afip y Anses) agregados en autos, pero cierto es que los elementos probatorios aludidos dependen de la voluntad del principal y/o información brindada por aquel sin que exista control alguno por parte del trabajador, circunstancias éstas que los tornan insuficientes para enervar el valor convictivo de lo declarado por los testigos, quienes son contestes en sus dichos al afirmar que el Sr. Yofre trabajó para el accionado con anterioridad a la fecha de registración.

Así también es preciso tener presente que los libros del principal corresponde sean valorados en forma restrictiva y deben ser considerados ineficaces para desvirtuar por sí sola una prueba testimonial conteste, en atención a que los datos allí volcados por emanar exclusivamente del empleador le resultan inoponibles al dependiente.

En tal sentido, se ha expresado "En tanto esos elementos [recibos de sueldos, informes AFIP y certificado de trabajo] dependen de la sola voluntad del empleador sin que pueda existir control alguno del dependiente, no son suficientes para controvertir lo que surge de las declaraciones de testigos que coinciden en afirmar que ingresó al establecimiento gastronómico "Le Gourmet de Las Marías" con anterioridad a la fecha registrada" (CNAT, Sala VII, - "Orue, Víctor c/ Maggi, Silvia Verónica s/ despido" - 31-10-2011, La Ley Online, AR/JUR/72205/2011). "La valoración como prueba a favor de la empleadora del libro previsto en el art. 52 de la L.C.T., así como de otra documentación por ella llevada, debe ser restrictiva, correspondiendo considerarla ineficaz para desvirtuar por sí sola una prueba testimonial conteste en atención a su carácter unilateral pues el trabajador carece de control sobre la misma" (cfr. CNTrab., Sala II, 1985-12-12, - Kolankowsky, Diana M. c/ Editorial Abril, S.A.- DT 1986-B, 1650); "Los registros laborales son llevados unilateralmente por la empleadora, por lo cual no pueden ser considerados plenamente objetivos" (CNtrab., Sala VI, 2000-03-30, sum., DT 2000-B, 1821); "[…]los libros, aún llevados en legal forma, no hacen plena prueba de su contenido si existen otro elementos de juicio que los contradicen, ya que los datos allí volcados, por emanar exclusivamente del empleador, son inoponibles al dependiente" (CNTrab., Sala III, 26-8-1996, DT 1997-A, 523).

En relación a la prueba pericial contable producida en la causa entiendo, a diferencia de lo sostenido por la recurrente, que en el presente caso no resulta decisiva para dilucidar la controversia bajo estudio a favor del principal toda vez que el experto basó su dictamen en los asientos obrantes en los registros laborales del empleador, los cuales –reitero- fueron confeccionados unilateralmente por aquél y sin control del empleado, circunstancia ésta que los torna inoponibles al dependiente.

"En cuanto a la valoración que los susodichos efectúan de la prueba pericial contable, lo cierto es que los asientos en los registros laborales no pueden ser decisivos en el caso, ya que son confeccionados unilateralmente por el

empleador, sin el control del empleado (S.D. Nro. 61.101 del 08.04.92 in re: "Sánchez Pedro Jaime c/ Beltone Argentina S.C.A. y otro s/ despido"), desde tal perspectiva propicio se confirme el decisorio de grado en este aspecto" (CNAT, Sala I, -"López, Jorge F. c/ Transporte Rodkar SRL y otros"- La Ley Online AR/JUR/7029/2006).

4) Bajo la óptica señalada y teniendo en cuenta que el judicante de grado ha analizado correctamente los elementos de convicción obrantes en la causa, de conformidad con las reglas de la sana crítica, considero que las conclusiones a las que arriba en la decisión en crisis respecto a la fecha de ingreso, extensión de la jornada laboral cumplida por el accionante, existencia de una relación laboral defectuosamente registrada y motivos que dieron lugar a que el Sr. Yofre se considerara en situación de despido indirecto, son irrefutables y ajustadas a derecho, máxime si se tiene presente que en el caso resulta de aplicación la regla de primacía de la realidad.

"Esta es una regla de interpretación para el juzgador según la cual por sobre la ficción que puedan haber montado las partes se impone la realidad resultante de los hechos cumplidos durante la relación. Prima así la realidad sobre las forma, lo que en el proceso se ha de traducir en el relativo valor de la prueba documental respecto de la testimonial, y en la apreciación de los reconocimientos efectuados por vía de confesión en orden a otros elementos de prueba.- La simulación implementada por las partes y el fraude por el cual el empleador utilizando en camino desviado, pero legal, busca violar la ley laboral deben encontrar en las formas procesales y en la posibilidad de apreciación del juzgador, las vallas que eviten la frustración del principio protectorio, que afirmen la irrenunciabilidad de los derechos y en definitiva consoliden el orden público laboral" (cfr. Fernández Madrid Juan Carlos, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", 3ra Ed., pág. 323 y sus citas, Ed. La Ley, Bs. As. Junio 2007).

5) Por los argumentos brindados entiendo que corresponde rechazar la presente queja, lo que así propicio al Acuerdo.

C.- En atención a la forma en la que propongo sea resuelto el primer agravio y teniendo presente los términos de la crítica sustentada en segundo lugar por la recurrente, entiendo que su tratamiento deviene abstracto.

III.- Por los fundamentos esgrimidos precedentemente, doctrina y jurisprudencia citadas, corresponde no hacer lugar al recurso de apelación intentado por la parte demandada y, consecuentemente, confirmar en todas sus partes la decisión puesta en crisis en todo aquello que ha sido materia de agravio para la recurrente.

IV.- Estimo que la costas de Alzada deben ser impuestas a la quejosa perdidosa en su carácter de vencida (cfr. arts. 68 del C.P.C. y C. y 17 de la ley 921).

V.- En atención a lo dispuesto en el punto III del fallo cuestionado cabe diferir la regulación de honorarios de Alzada hasta tanto se fijen los estipendios profesionales en la instancia de origen.

En definitiva, de compartirse mi voto, correspondería: a) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la accionada recurrente, y consecuentemente, confirmar en todas sus partes la sentencia de primera instancia en todo aquello que ha sido materia de agravio para la quejosa; b) Imponer las costas de Alzada a la accionada recurrente en su carácter de objetivamente vencida (art. 68 C.P.C. y C. y 17 de la ley 921); y c) Diferir la regulación de honorarios de Alzada hasta el momento en que se encuentren fijados los emolumentos en la instancia de origen. Así voto.

A su turno, la Dra. María Julia Barrese, dijo:

Por compartir los fundamentos expuestos por el vocal preopinante, adhiero a los mismos. Así voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la accionada recurrente, y consecuentemente, confirmar en todas sus partes la sentencia de primera instancia en todo aquello que ha sido materia de agravio para la quejosa.

II.- Imponer las costas de Alzada a la accionada recurrente en su carácter de objetivamente vencida (art. 68 C.P.C. y C. y 17 de la ley 921).

III.- Diferir la regulación de honorarios de Alzada hasta el momento en que se encuentren fijados los emolumentos en la instancia de origen.

IV.- Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan las actuaciones a origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti
Registro de Sentencias Definitivas N°: 07/2015
Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

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

**"SIMONE LISANDRO JOSE C/ QUETRIHUE 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.: 33293/2012) – Acuerdo: 10/15 – Fecha: 18/03/2015

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

DESPIDO. INJURIA LABORAL. PRUEBA TESTIMONIAL. VALORACION DE LA PRUEBA.

1.- No resulta que el sentenciante haya efectuado un análisis erróneo ni parcializado de las pruebas, fundamentalmente de las declaraciones testimoniales rendidas en autos, ni que haya desechado dichos de los testigos con entidad suficiente como para conmover los fundamentos de su decisión. La sentencia tiene por probado que, si bien la regla o norma de la empresa para el retiro de la mercadería era pasar por la línea de cajas y pagarla, considera que esta norma tenía excepciones. La circunstancia de que estos procedimientos de excepción resultaran habituales como práctica y conocidos o consentidos por la empresa no surgen exclusivamente de la declaración de este último testigo, sino de una valoración integral de todas las declaraciones rendidas en autos, de las que resulta que existía esta práctica y, en estos términos, era conocida, y por lo tanto consentida aunque fuera tácitamente por la empresa.

2.- Tampoco existe contradicción al afirmarse en la sentencia que no se acreditó la injuria, porque es lo mismo que afirmar que los hechos acreditados no configuran injuria que implique una justa causa de despido, o en este caso, que puedan fundar la pérdida de confianza invocada. Lo concreto es que se afirma en la sentencia que no se acreditó la injuria que pueda haber llevado a la pérdida de confianza en los términos esgrimidos en la misiva de despido. Claramente se afirma que, conforme los hechos probados, la decisión del empleador fue arbitraria (fs. 174 vta.), que no pudo la demandada acreditar la injuria alegada y que el actor haya violado los deberes impuestos por los artículos 62, 63, 84 y 85 de la L.C.T. (fs. 175). En los hechos claramente no se probó lo afirmado en la misiva de despido, dado que, contrariamente a lo expresado en la CD, no se acreditó que la conducta del actor estuviese

terminantemente prohibida, sino que, por el contrario se demostró que esa conducta era una práctica habitual y consentida por el personal jerárquico de la empresa.

3.- Corresponde rechazar el recurso interpuesto y en consecuencia confirmar la sentencia en cuestión por no verificarse los agravios planteados.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los dieciocho (18) días del mes de marzo del año 2015, se reúne en Acuerdo la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señoras Vocales, doctoras Gabriela Belma Calaccio y Alejandra Barroso, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Mariel Lázaro, para dictar sentencia en estos autos caratulados: "SIMONE LISANDRO JOSE C/ QUETRIHUE S.A. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS", (Expte. Nro.: 33293, Año: 2012), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. Alejandra Barroso, dijo:

1. Llegan los autos a esta instancia por recurso de apelación y expresión de agravios interpuestos por la demandada a fs. 181/185 vta., contra la sentencia que hace lugar a la demanda interpuesta e impone costas, de fecha 4 de noviembre de 2014 (fs. 163/177).

La actora contesta el traslado conforme surge del escrito de fs. 187/189 vta..

2. En su primer agravio expresa la recurrente que el fallo resulta arbitrario y se ha fundado en un análisis erróneo y parcializado de las pruebas rendidas en autos, particularmente de las declaraciones testimoniales.

Cuestiona que el a quo haya tenido por probado que si bien era regla que para el retiro de mercaderías por los empleados debía pasarse por la línea de cajas y pagarlas, existían excepciones que eran conocidas y consentidas por la empresa.

Considera que de una adecuada valoración de las declaraciones testimoniales de Ana Villalba, Manuel Alejandro Vargas, Sergio José González y Juan Carlos Schajnovetz, surge sin lugar a dudas que la norma de la empresa es que todo producto que sale de la sucursal debe pasar por la línea de cajas y debe estar facturado y cobrado encontrándose absolutamente prohibido el retiro de mercadería por parte de los empleados sin tickearlas y abonar el precio; que esta práctica estaba prohibida y no era aceptada por la empresa y que, si se realizaba, se llevaba a cabo a espaldas de su representada.

Entiende que el sentenciante realizó una valoración parcial de la prueba rendida, desechando sin efectuar consideración alguna parte de los testimonios e incluso segmentos de una misma declaración testimonial que resultan pertinentes y conducentes.

Continúa expresando que los testigos que manifestaron que existía una suerte de "procedimiento" para retirar mercadería sin abonarla ni pasarla por la línea de cajas, anotando el producto que se retiraba en un papel, se ven debilitados si se considera que las personas señaladas como a quienes le dejaban esta anotación (Simone, Villalba y Scchajnovetz) refutaron tal afirmación en sus declaraciones, al afirmar que jamás se les hizo entrega de un papel con anotaciones de mercaderías para ser abonada al día siguiente.

Entiende que el a quo desechó sin fundamento las declaraciones del personal con mayor jerarquía dentro de la sucursal, priorizando los dichos de Soto, quien si bien estuvo presente el día en que se sucedieron los hechos que terminaron con el despido del actor, prestó servicios por un breve periodo de tiempo, tres o cuatro meses, limitándose a cubrir los francos del encargado de seguridad habitual, por lo cual no es el testimonio idóneo para fijar cuál era la política de la empresa con respecto al retiro de mercaderías.Considera que se encuentra probado, y ha sido descartado por el a quo, la participación del actor como tercero, en el despido de un compañero de trabajo, Antonio

Cosara, por la misma causa de retiro de mercadería sin fichar, de lo cual resulta que no podía desconocer cuál era la política empresaria.

En su segundo agravio plantea que la sentencia resulta contradictoria al indicar que su parte no pudo acreditar la injuria alegada y por otro lado considerar que la denuncia del contrato por el empleador no obedece a un obrar contrario a derecho de parte del actor de una magnitud tal que resulte una injuria que implique una justa causa de despido. No es claro entonces si lo que no existió fue la injuria por no acreditarse los hechos descriptos en su misiva de despido o si éstos no fueron de magnitud suficiente, fundando en esta circunstancia la falta de motivación que endilga al decisorio.

En su tercer agravio cuestiona la procedencia del incremento indemnizatorio previsto por el art. 2 de la ley 25.323, sin que se haya esgrimido argumento alguno para justificar esta condena.

Entiende que de las circunstancias particulares del caso, la discusión judicial sobre la calidad de la injuria invocada no resultaba innecesaria, siendo que los hechos invocados como causa del despido fueron debidamente acreditados.

Realiza otras consideraciones, cita jurisprudencia y doctrina que hace a su derecho y peticiona se revoque la sentencia apelada en lo que ha sido motivo de agravios, con costas.

3. La actora, en su contestación, solicita en forma preliminar se declare desierto el recurso por no cumplir los requisitos del art. 265 del C.P.C.C..

En forma subsidiaria contesta los agravios vertidos, afirmando que no ha existido una errónea valoración de la prueba por el sentenciante quien, de manera correcta ha entendido que el retiro de mercadería por parte de los empleados, si bien no era la regla, era una práctica consentida por el personal jerárquico de la empresa y habitual, citando los testimonios de Soto, Llamazares, Olivetti y Flores.

Con respecto a las contradicciones en la sentencia entiende que las mismas no existen por las consideraciones que expone a las que me remito.

En orden a la procedencia del incremento indemnizatorio considera que no corresponde su eximición teniendo en cuenta que su parte se ha visto obligada a litigar para poder percibir lo que le corresponde.

Realiza otras consideraciones, cita jurisprudencia y doctrina que hace a su derecho y solicita se confirme el decisorio en crisis, con costas.

4. En forma preliminar he de consignar que considero que la queja traída cumple con la exigencia legal del art. 265 del C.P.C.C.

En esta cuestión, y conforme ya lo he expresado en anteriores precedentes, la jurisprudencia sostiene que: "…Este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 265 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional. De allí entonces que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto. Ahora bien, no obstante tal amplitud en la apreciación de la técnica recursiva, existe un mínimo por debajo del cual las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como agravios en el sentido que exige la ley de forma, no resultando legalmente viable discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista (conf. C. N. Civ., esta Sala, Expte. N° 70.098/98 "Agrozonda S. A. c/ Jara de Perazzo, Susana Ventura y otros s/ escrituración" y Expte. N° 60.974/99 "Agrozonda S. A. c/ Santurbide S. A. y otros s/ daños y perjuicios" del 14/8/09; Idem., id., Expte. N° 43.055/99, "Vivanco, Ángela Beatriz c/ Erguy, Marisa Beatriz y otros s/ daños y perjuicios" del 21/12/09)….(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, "Scott, Sonia Lorena c/ Guerra Cruz, Angelina s/ daños y perjuicios", 27/10/2011, Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/67333/2011)."

He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica).

También puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir al apelante en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimentes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean.

5. Ingresando al análisis del recurso interpuesto, he de adelantar que el mismo no ha de merecer favorable acogida, dando mis razones.

a) Con respecto al primer agravio, de la minuciosa lectura de la sentencia, no resulta que el sentenciante haya efectuado un análisis erróneo ni parcializado de las pruebas, fundamentalmente de las declaraciones testimoniales rendidas en autos, ni que haya desechado dichos de los testigos con entidad suficiente como para conmover los fundamentos de su decisión.

La sentencia tiene por probado que, si bien la regla o norma de la empresa para el retiro de la mercadería era pasar por la línea de cajas y pagarla, considera que esta norma tenía excepciones.

En este sentido, los agravios fincan su crítica en el hecho de que la norma de la empresa era que todo producto que sale de la sucursal debe pasar por la línea de cajas y debe estar adecuadamente facturado y cobrado y que se encuentra absolutamente prohibido el retiro de mercaderías por parte de los empleados sin tickearlas y abonar su precio, lo que no ha sido desconocido en la sentencia, sino que el a quo ha tenido por probado que, más allá de esta norma de la empresa, o política de la empresa si se quiere, en los hechos se efectuaba una práctica diferente, en forma excepcional, tal como relatan los testigos, y que esa práctica era conocida por la empresa.

Tengo en cuenta la declaración testimonial de Villalba (fs. 122/123), en cuanto afirma que no había ninguna excepción a la norma de la empresa y que el día del hecho el actor no había dejado anotado los productos que llevaba (fs. 167 vta.).

Sin embargo, su testimonio se encuentra controvertido por las declaraciones de los testigos Soto (fs. 120/121), Llamazares (fs. 125/126), Racedo (fs. 129), Oliveti (fs. 143) y Flores (fs. 150/151), quienes en forma conteste y concordante dan cuenta de algunos procedimientos o prácticas para abonar la mercadería por los empleados cuando, por alguna razón, no pasaban por la línea de cajas, como por ejemplo una suerte de tarjeta con descuento o cuenta corriente o si se hacía tarde se anotaba en un papelito y se dejaba al encargado para pagar al día siguiente por caja.

Observo, también, que estos testigos han dado suficiente razón de sus dichos, narrando hechos incluso que han pasado en su presencia.

A su vez, la sentencia realiza la valoración de la declaración del testigo Soto sin dejar de considerar que el mismo trabajó por un corto periodo, pero también atendiendo al hecho de ser testigo presencial del episodio en que se fundó el despido. La circunstancia de haber trabajado sólo algunos meses, no le resta valor convictivo a su declaración, teniendo en cuenta que declara sobre el hecho puntual que ocurrió en su presencia y que fuera materia del debate central en esta litis. Para acreditar estas circunstancias de su conocimiento, el mismo resulta idóneo.

Por otro lado, puede advertirse que los testimonios de Vargas (fs. 127/128) y González (fs. 130), fueron también evaluados en forma integral por el a quo, afirmando que si bien confirman cuál era la norma para retirar mercaderías, expresan sin embargo desconocer si se ha procedido de otro modo, con lo cual no alcanzan a desvirtuar los dichos de los restantes testigos que dan cuenta de la práctica de excepción, porque manifestaron no tener conocimiento, o no recordar si antes de este hecho los empleados retiraran productos sin pasar por caja (fs. 169 vta.). La manifestación del testigo Vargas en tanto da cuenta de no haber visto que alguien retirara mercadería sin pasarla por la caja no significa que no haya ocurrido, conforme dan cuenta otros testigos, sólo puede concluirse de su declaración que el testigo no lo vio, pero no que no sucedía, digo esto teniendo en consideración los restantes testimonios.

En el mismo sentido se ha valorado la declaración de Schajnovetz (fs. 141/142), al afirmar el sentenciante que, si bien también se refiere a la norma de la empresa y que no había excepción, sin embargo luego agrega que un par de veces el actor autorizó a algún empleado a retirar mercadería que se abonaría al día siguiente.

A su vez, la circunstancia de que estos procedimientos de excepción resultaran habituales como práctica y conocidos o consentidos por la empresa no surgen exclusivamente de la declaración de este último testigo, como parece entender el recurrente, sino de una valoración integral de todas las declaraciones rendidas en autos, de las que resulta que existía esta práctica y, en estos términos, era conocida, y por lo tanto consentida aunque fuera tácitamente por la empresa.

Con respecto a que la práctica de excepción era conocida por la empresa, tengo en cuenta los dichos de los testigos en tanto afirman que la mercadería se anotaba en un papel para pagarla al día siguiente (como excepción) y que se le informaba al encargado, y que era una práctica común (fs. 125/126). En estos términos debe entenderse que la empresa tenía conocimiento de la práctica, o debía tener conocimiento, no sólo porque era común, sino también porque intervenía el personal jerarquizado de la sucursal, los encargados.

Con relación al incidente ocurrido con otro empleado que supuestamente fuera despedido por la misma causa, entiendo que su valoración resulta ajena a la litis y no dirimente, en tanto no ha sido motivo de discusión en este proceso la causa del despido de ese empleado, o si el hecho revistió las mismas aristas que el presente caso.

Por estas razones, no advierto que el juez de grado haya efectuado una valoración parcial como enarbola el apelante, ni que haya desechado parte de los testimonios sin efectuar consideración alguna, por lo que el agravio habrá de ser rechazado.

b) En orden al segundo agravio, si bien considero que muy probablemente la redacción de este párrafo puntual de la sentencia no ha sido muy feliz, sin embargo, realizando una lectura integral del decisorio, no existe la contradicción que alega el recurrente, ni advierto afectado el debido proceso y la garantía de defensa en juicio.

En primer lugar, quiero destacar que el recurrente ha podido ejercer adecuadamente su derecho de defensa.

Por otro lado, no existe contradicción al afirmarse en la sentencia que no se acreditó la injuria, porque es lo mismo que afirmar que los hechos acreditados no configuran injuria que implique una justa causa de despido, o en este caso, que puedan fundar la pérdida de confianza invocada. Lo concreto es que se afirma en la sentencia que no se acreditó la injuria que pueda haber llevado a la pérdida de confianza en los términos esgrimidos en la misiva de despido.

Claramente se afirma que, conforme los hechos probados, la decisión del empleador fue arbitraria (fs. 174 vta.), que no pudo la demandada acreditar la injuria alegada y que el actor haya violado los deberes impuestos por los artículos 62, 63, 84 y 85 de la L.C.T. (fs. 175).

Considero que, conforme resulta del decisorio en crisis, en realidad, estrictamente, no se acreditaron los hechos afirmados en la misiva de despido, dado que, contrariamente a lo expresado en la CD de fs. 18, no se acreditó que la conducta del actor estuviese terminantemente prohibida, como allí se afirma, sino que se demostró que esa conducta era una práctica habitual y consentida por el personal jerárquico de la empresa.

Es decir, se demostró e incluso fue reconocido por el actor, que ese día 18 de agosto de 2012, el actor en horario de cierre salió de la sucursal con productos de la empresa (agua y vino) que no había tickeado y abonado, y al solicitarle explicación argumentó que las pagaría al día siguiente y se demostró que esto era una práctica común entre los empleados y encargados de esa sucursal, desvirtuándose la afirmación de ser una conducta terminantemente prohibida.

En este sentido no es correcto afirmar, como lo hace el recurrente, que su parte "cumplió acabadamente con la prueba de los hechos alegados para decidir el distracto", porque el hecho de que la conducta atribuida al actor estuviera absolutamente prohibida fue desvirtuado, dado que en la práctica había excepciones. Se demostró que la conducta del actor se enmarcó en dicha práctica, de allí la afirmación del a quo cuanto tiene por "acreditado que el actor había dejado la anotación del retiro de mercadería", y en estas particulares circunstancias no resulta una conducta antijurídica, convirtiendo a la decisión rupturista en arbitraria.

Por estas razones, he de rechazar el presente agravio.

c) Finalmente, con respecto al tercer agravio de la recurrente y atento lo expresado en el párrafo anterior, la queja no puede prosperar.

Tengo en cuenta que en el presente caso el despido ha resultado arbitrario por haberse desvirtuado los hechos invocados en la misiva, por no haberse acreditado la injuria, conforme precisé precedentemente. No se trata el presente de un despido con vicio de proporción.

Es decir, no se trata en el caso de efectuar la ponderación o calificación que exige el art. 242 de la LCT, sino que la resolución favorable al actor finca en que no se ha demostrado alguna conducta contraria a las normas y prácticas de la sucursal, al menos, en esos momentos; que no se han violado los deberes impuestos por la normativa laboral, en suma, que no se pudo acreditar la injuria (conf. fs. 175).

En estos términos, las citas jurisprudenciales que realiza en su queja no resultan aplicables a las circunstancias fácticas debatidas en este proceso.

6. Por todo lo expuesto, he de proponer al Acuerdo: a) Confirmar el decisorio apelado en lo que ha sido motivo de agravios. b) Las costas corresponde imponerlas al apelante en su carácter de vencido (art. 68 del C.P.C.C.), difiriendo la regulación de honorarios de esta instancia para el momento procesal oportuno, de conformidad con lo dispuesto por el art. 51 de la Ley 921, con más IVA en caso de corresponder. Mi voto.

A su turno, la Dra. Gabriela B. Calaccio, dijo:

Por compartir los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, adhiero a los mismos. Así voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto, y confirmar el decisorio apelado en lo que ha sido motivo de agravios.

II.- Costas al apelante en su carácter de vencido (art. 68 del C.P.C.C.), difiriendo la regulación de honorarios de esta instancia para el momento procesal oportuno, de conformidad con lo dispuesto por el art. 51 de la Ley 921, con más IVA en caso de corresponder.

III.- Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan las actuaciones a origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dra. Alejandra Barroso

Registro de Sentencias Definitivas N°: 10/2015

Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

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

**"AGUAYO CECILIA TRINIDAD C/ AIELLO RAUL OSCAR Y OTRO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 4537/2013) – Acuerdo: 22/15 – Fecha: 17/04/2016

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO INDIRECTO. ESTABLECIMIENTO GASTRONOMICO. TRANSFERENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO. EFECTOS DE LA TRANSFERENCIA. TRANSFERENCIA DEL ESTABLECIMIENTO. SOLIDARIDAD LABORAL. DIFERENCIA DE HABERES. CATEGORIA DE REVISTA. FALTA DE ACREDITACION.

1.- En caso de operarse por cualquier acto, una transferencia de establecimiento o negocio, el art. 228 de la LCT establece la solidaridad entre el transmisor y el adquirente respecto de las obligaciones laborales existentes al momento de operarse la transferencia. Es decir, se transmiten todas las obligaciones existentes en el momento en que opera la transferencia del derecho de gestión del negocio o establecimiento, quedando obligado por la solidaridad el nuevo titular, cualquiera que sea el origen del título (arrendatario, usufructuario, etc).

2.- La doctrina especializada se ha ocupado del supuesto fáctico que se plantea en autos, al haber analizado la situación suscitada a propósito de los titulares que aparecen explotando secuencialmente un establecimiento sin relación de sucesión convencional entre sí. Se ha concluido que resulta un fuerte indicio en el sentido de la continuidad del establecimiento, el que, además de la identidad de ramo, la explotación continúe sin más intervalos de tiempo que los eventualmente necesarios para adecuaciones o cambios menores (cfr. Machado, José Daniel, "Solidaridad generada por la transferencia del establecimiento" en Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral, año III, Nro. 14- Junio-Julio 2002, citado en Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y Concordada, T IV Jorge Rodríguez Mancini, Director, Ed. La Ley, Buenos Aires, año 2007, pág. 133).

3.- [...] no encuentro irrazonable la conclusión del a quo acerca de la ausencia de la acreditación de la pretendida categoría de revista, ni considero acertada la argumentación expuesta por la accionante en su escrito impugnatorio en el que refiere que, al no existir constancias de que haya habido otro cocinero, dicho rol fue desempeñado por su parte. Dado que se ha comprobado con las testimoniales antes reseñadas que Aiello es cocinero, es posible inferir que, atento a su profesión, debió haber sido quien se encargaba de la cocina de su restaurante, como lo sostiene en su responde. No considero atendible la queja de la actora quien tilda como irrazonable la postura de la contraria, dado que resulta un hecho plausible, la circunstancia inherente a que sea el dueño del establecimiento gastronómico quien ocupe tal puesto, sobre todo, si se tiene en consideración la escasa dimensión del local que limita la atención del número de comensales (60 mts2.,...).

**Texto completo:**

ACUERDO: En la ciudad de San Martín de los Andes, Departamento del mismo nombre de la Provincia del Neuquén, a los diecisiete (17) días del mes de abril del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales, integrada con los señores Vocales, doctores María Julia Barrese y Pablo G. Furlotti, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Mariel Lazaro, para dictar sentencia en estos autos caratulados: "AGUAYO CECILIA TRINIDAD C/ AIELLO RAUL OSCAR Y OTRO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES" (Expte. Nro. 4537, Año: 2013), del Registro del Juzgado de

Primera Instancia en todos los fueros de Villa la Angostura, que tramitan ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de la IV Circunscripción Judicial.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. María Julia Barrese, dijo:

I.- A fs. 276/284 y vta. obra glosada la sentencia definitiva recaída en primera instancia, en virtud de la cual el juez a-quo hizo lugar parcialmente a la demanda laboral entablada por Cecilia Trinidad Aguayo contra Darío Oscar Aiello y Fernando Claudio La Palma, condenando solidariamente a los codemandados a abonar a la accionante la suma de $ 118.281,87, con más los correspondientes intereses y las costas del proceso.

II.- Contra el fallo brevemente reseñado, a fs. 290/292 alzó su queja el co demandado Fernando La Palma, con patrocinio letrado, habiendo recurrido asimismo, la accionante, con el asesoramiento técnico de su letrado patrocinante, a fs. 293/295.

Corridos los pertinentes traslados, la parte actora lo contesta a fs. 301/302 vta., en tanto que el co demandado Aiello, por intermedio de su apoderado, responde a fs. 304/305, solicitando en ambos casos, el rechazo de la apelación impetrada por la parte contraria.

III. Descripción de los agravios del co demandado La Palma:

1. A. Dice el apelante que el juez ha incurrido en un notorio error al haber condenado a su parte por las consecuencias del despido indirecto en el que se colocara la accionante, en forma solidaria con el Sr. Aiello, con quien solo mantiene una relación laboral, argumentando ser su empleador. Manifiesta que ello se encuentra probado en autos, ya que no existió continuidad ni transferencia del comercio explotado por aquel. Expresa que Aiello no pudo afrontar los gastos y costos del establecimiento luego de la crisis provocada en la localidad de Villa la Angostura, a raíz de la erupción del Volcán Puyehue.

A efectos de corroborar sus dichos, se remite a la constancia que da cuenta de una "nueva habilitación comercial" emanada de la Municipalidad de Villa la Angostura, obrante en autos a fs. 183. Afirma que dicho acto administrativo verifica la inexistencia de transferencia del establecimiento, dado que las autoridades municipales del área de Comercio han otorgado un nuevo y diferente número de habilitación comercial al restaurante en cuestión.

Luego, el recurrente sostiene que la testigo Zapata, quien depuso a fs. 236, expresó que la actora trabajó para el Sr. Aiello en la cocina de "LA ENCANTADA" y no lo hizo luego, cuando el establecimiento reabrió sus puertas, ya siendo propiedad del apelante. Se remite a los testimonios de fs. 238, 239, 247 y 248 de los que según sus dichos, se desprende que la Sra. Aguayo nunca trabajó para su parte.

Destaca el codemandado La Palma que el locador del inmueble donde funcionaba el restaurante de Aiello, -el Sr. Barbagelata-, había aceptado el mobiliario del mencionado comercio en concepto de parte de pago de los alquileres devengados y adeudados por el locatario. Dice que Barbagelata le ofreció a su parte alquilar el local con el equipamiento mencionado, debido a ser conocidos del pueblo y por saber que se dedicaba al rubro de la gastronomía, desde hacía años.

Refiere el impugnante que en virtud de lo dispuesto por el art. 229 de la LCT, la actora debió haber acompañado la constancia escrita de haber prestado conformidad y aceptación de la cesión del personal. Dice que dicho hecho no sucedió, remitiéndose a una situación de empleo anterior en la que tal extremo fue acreditado.

1. B. Luego, se agravia La Palma por la condena al pago de las multas previstas en la ley 24013 y 25323, por cuanto, según lo expresa, no se ha acreditado en autos la relación laboral entre su parte y la accionante. Alude a las pruebas que, de acuerdo a su versión, dan cuenta de que la municipalidad de Villa la Angostura dio de baja la licencia comercial de Aiello y posteriormente, el alta a su parte, quien alquiló el inmueble con el equipamiento entregado por Aiello al Sr. Barbagelata, en concepto de pago parcial de la deuda locativa que mantenía. Afirma que también, ha sido probado en autos que Aiello fue contratado por su parte como cocinero, debido a que se "fundió" (sic). Expresa que el a quo ha desconocido dichas pruebas.

Cita jurisprudencia que considera aplicable al caso.

Como corolario, realiza una serie de exclamaciones respecto a las consecuencias del fallo, que, según lo expone, traerían aparejada la imposibilidad de continuar con la explotación comercial desarrollada por quien apela.

2. Respuesta de la parte actora:

En primer término, la accionante expresa que el co demandado La Palma se ha limitado a reiterar en su expresión de agravios, los argumentos fácticos vertidos al contestar la demanda, hechos que en su opinión, no fueron probados en la etapa oportuna. Destaca que el impugnante no ha interpuesto, en la oportunidad procesal pertinente, la defensa de falta de legitimación, habiendo consentido ser sujeto pasivo de esta acción. Sostiene que la contraria tampoco ha destacado cual es el gravamen que le ocasiona la sentencia. Concluye que el agraviado no ha cumplido con los requisitos previstos en el art. 265 del C.P.C. y C., por cuanto su expresión de agravios no contiene una crítica concreta y razonada de las partes de la sentencia que considera equivocada.

Cita jurisprudencia de la antigua Cámara en todos los Fueros de la IV Circunscripción Judicial, que alude a la insuficiencia técnica de los escritos de impugnación y a las consecuencias derivadas de tal falencia.

IV. Descripción de los Agravios de la parte Actora:

1. Afirma dicha parte que al dar inicio a esta litis expuso que cumplió tareas de cocinera en el establecimiento de Aiello y que había sido alterada unilateralmente su registración como "bachera" en el año 2006.

Partiendo de dicha premisa, se agravia la accionante por cuanto considera que el a quo ha cometido un yerro al haber resuelto que dicho extremo no fue demostrado.

Sostiene que, por el contrario, ha quedado acreditado con las probanzas colectadas en autos que cumplió las labores por las que reclama la diferencia salarial generada por su incorrecta registración en la categoría. Realiza un análisis de las testimoniales que a su criterio dan cuenta de la procedencia de su reclamo, agregando que por haber sido la única trabajadora que laboraba en el sector de cocina, debió ser la encargada de las distintas especialidades gastronómicas.

Afirma la actora que el juzgador ha resuelto apartándose de manera irrazonable y en violación al principio protectorio contenido en el art. 9 de la LCT, en lo que hace a la apreciación de la prueba. Cita jurisprudencia que según lo entiende, resulta aplicable al sub examine.

2. La contestación del co demandado Aiello:

Luego de requerir a este Tribunal que declare desierto el recurso impetrado por su contendiente, el representante del Sr. Aiello, sustenta su defensa, argumentando que la actora omitió referir que la principal actividad desempeñada por su parte es la de cocinero y que después de cerrar el comercio, fue incorporado como empleado gastronómico en dicha función por el co demandado La Palma, en el mismo establecimiento.

Refiere el letrado apoderado, a otro proceso seguido entre Aguayo y Aiello, -que en este acto verifico que no fuera ofrecido como prueba en los presentes-, argumentando que de tal causa emerge que la actora conocía los problemas económicos por los que atravesaba su parte. Finalmente, realiza una serie de apreciaciones que debido a la ausencia de rigor jurídico no relataré.

V. Análisis de los agravios:

A. Introducción:

Ingresando al tratamiento de los agravios que sustentan los recursos que han interpuesto las partes, he de expresar primeramente, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272-225, etc.), en mérito a lo cual no seguiré a los recurrentes en todos y cada uno de sus fundamentos sino solo en aquellos que sean conducentes para decidir el presente litigio. En otras palabras, se considerarán los hechos jurídicamente relevantes (cfr. Aragoneses Alonso, "Proceso y Derecho Procesal", Aguilar, Madrid, 1960, Pág. 971, párrafo 1527), o singularmente trascendentes (cfr. en igual sentido, esta Sala, en autos Acuerdo Nro 15/2015, dictado en autos Sanzana Álvarez Luís Alberto C/ Tierras del Sol y otro S/ Despido directo por causales genéricas", al cual presté mi adhesión, con cita de Calamandrei, "La génesis lógica de la sentencia civil", en "Estudios sobre el proceso civil", Págs. 369 y ss.).

Dicho ello y no sólo por haberlo planteado la parte actora al contestar los agravios expuestos por su contendiente La Palma, como asimismo, el co demandado Aiello en su responde, sino en uso de la facultades conferidas a este Tribunal

como Juez del recurso, que puede ser ejercida aún de oficio, corresponde examinar si los memoriales de agravios presentados en autos reúnen los requisitos formales de habilidad exigidos por el art. 265 del Código Procesal, aplicable supletoriamente en autos (cfr. art. 534 ley 921).

En ese cometido y atendiendo a la gravedad con que el art. 266 del ordenamiento de rito sanciona las falencia del escrito recursivo, considero que habiendo expresado mínimamente sendos impugnantes, la razón de su disconformidad con la decisión adoptada, las críticas efectuadas habilitan el análisis de la materia sometida a revisión.

Ello así, en razón de que no debe desmerecerse el escrito recursivo, si llena su finalidad, aunque lo haga con estrechez o bordeando los límites técnicos tolerables (cfr. voto del Dr. Furloti en el Acuerdo Nro 15/2015, antes citado).

En ese entendimiento concluyo que los recursos en análisis deben ser examinados.

Dicho ello, por cuestiones metodológicas, he de considerar los remedios en el orden en que han sido interpuestos por las partes.

B. Análisis de los Agravios del Co Demandado De Palma: Principiaré el tratamiento del primer agravio expuesto por el co accionado La Palma señalando que en virtud de lo normado por el art. 225 de la LCT, habrá transferencia de establecimiento cuando se transmitan los elementos constitutivos del fondo de comercio (instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, clientela, derecho al local, habilitación, productos en elaboración, etc.), sin que sea necesario que comprenda la totalidad de esos elementos; basta con que el transmitente no pueda continuar con la explotación, mientras que el adquirente pueda hacerlo como lo hacía aquel o en forma semejante. Por el contrario, no se verificará cuando sólo se transmitan algunos elementos aislados que no alcanzan a constituir una unidad productiva autónoma (cfr. en este sentido, "Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y Concordada", T IV Jorge Rodríguez Mancini, Director, Ed. La Ley, Buenos Aires, año 2007, pág. 132).

En caso de operarse por cualquier acto, una transferencia de establecimiento o negocio, el art. 228 de la LCT establece la solidaridad entre el transmisor y el adquirente respecto de las obligaciones laborales existentes al momento de operarse la transferencia. Es decir, se transmiten todas las obligaciones existentes en el momento en que opera la transferencia del derecho de gestión del negocio o establecimiento, quedando obligado por la solidaridad el nuevo titular, cualquiera que sea el origen del título (arrendatario, usufructuario, etc).

Partiendo de dicha normativa que considero aplicable al caso, analizaré, el agravio del co demandado La Palma quien plantea que en autos no se ha acreditado la situación fáctica subsumida en las disposiciones legales anteriormente referidas.

No se halla en discusión que la accionante trabajaba en el local gastronómico que actualmente explota la apelante, bajo las órdenes del Sr. Darío Oscar Aiello, habiéndolo hecho anteriormente en relación de dependencia con otro empleador.

El co demandado La Palma admitió en esta litis ser el actual titular de la habilitación comercial para la explotación del establecimiento "La Luna Encantada", pero negó haber adquirido al Sr. Aiello el fondo de comercio del mismo rubro denominado "La Encantada", que funcionaba en el mismo lugar.

Ahora bien, según se desprende de las constancias obrantes en el expediente administrativo municipal incorporado en copia a estas actuaciones, el Sr. Darío Aiello titularizó la licencia comercial de la pizzería "La Encantada" desde el 8/8/2008 –fs. 174/176- habiendo presentado la solicitud de baja a partir del 7/06/2012, el día 25/06/2012, (fs. 181).

A esa época, el Sr. La Palma ya había suscripto el contrato de locación del inmueble donde funcionaba la pizzería mencionada con el Sr. Barbagelata – el 1° de mayo de 2012 según copia obrante a fs. 186. Del mencionado instrumento que plasma el convenio locativo, surge que La Palma reconoció que la heladera y el mostrador eran propiedad del locador (cláusula 8). Por el contrario, no emerge de dicha documental -que fuera presentado ante las autoridades municipales por La Palma a efectos de la tramitación de la correspondiente habilitación comercial de la pizzería "La Luna Encantada"-, que el restante equipamiento al que aluden los testigos que depusieran a fs. 248/248 vta. –María Graciela Calfuquir- 249/249 y vta. fuera objeto de la mencionada locación.

La valoración conjunta y armónica de la mencionada prueba instrumental y de los citados testimonios me conduce a concluir que fue Aiello y no Barbagelata, como ha intentado acreditar el apelante, quien trasmitió a La Palma las

demás instalaciones que integraban el mobiliario y equipamiento del establecimiento, a las que hicieron referencia los testigos mencionados.

Luego, los testimonios ponderados por el juzgador –a mi juicio correctamente- dan cuenta de la identidad de nombre e infraestructura del establecimiento, datos éstos que resultan significativos a efectos de desentrañar la existencia de la transferencia operada entre los co demandados.

En efecto, los testigos son contestes en señalar que los cambios de decoración operados en el local fueron menores –pintura y colocación de algunos cuadros nuevos-.

En este orden de ideas, debo señalar que Teresa Aurora Velásquez Zapata declaró que: "es el mismo lugar, fui a comer un par de veces con mi novio y es lo mismo. Se llama "La Encantada" actualmente, tiene el cartel afuera" (fs. 236 vta.).

El Testigo Jorge Betanzo, a su turno, fue preguntado si sabía cual es el nombre del establecimiento, a lo que contestó: "La Encantada, antes, La Encantada también". Luego, preguntado si sabía si habían habido cambios edilicios o decorativos, respondió que "El lugar es el mismo, no ha cambiado nada" (fs. 237 y vta.).

El testigo Gonzalo Gabriel Maliqueo es coincidente en cuanto a la identidad del nombre del comercio primeramente explotado por Aiello y luego por La Palma y acerca a la ausencia de cambios en el local (fs. 239 y vta.).

A la vez, el Sr. Pedro Cesar Pardo, compañero de trabajo de la accionante en el establecimiento comercial de Aiello, (fs. 238 y vta.), ha aportado un dato concreto acerca de la fecha en la que este cerró el comercio, refiriendo que fue en el mes de mayo de 2012 (fs. 238). Y justamente, dicha fecha coincide con la data de celebración del contrato de locación del inmueble suscripto entre La Palma y Barbagelata, según se expuso supra, lo que da cuenta de la explotación secuencial del mismo establecimiento.

A la par, acredita dicha continuidad, el testimonio de Ursula Cintia Cativa, quien a la fecha de haber declarado en autos, trabajaba para La Palma en "La Encantada". La deponente expresó que había comenzado tal vínculo laboral el 26 de junio de 2012, y que La Palma, había abierto "La Encantada" cuando la llamó, reiterando que fue el 26 de junio (fs. 247 y vta.).

Ratifica la época en que La Palma se hizo cargo del establecimiento comercial, lo declarado por el Sr. Seeber quien dijo que aquel tenía el restaurante desde mayo o junio aproximadamente.

Encuentro también acreditada la continuidad, con la instrumental glosada a fs. 193, de la que emerge que con fecha 13/07/2012 La Palma dijo ser el dueño del establecimiento en ocasión de labrarse el acta de inspección municipal.

Finalmente, con fecha 18/07/2012 las autoridades municipales otorgaron la nueva habilitación comercial (fs. 193).

La doctrina especializada se ha ocupado del supuesto fáctico que se plantea en autos, al haber analizado la situación suscitada a propósito de los titulares que aparecen explotando secuencialmente un establecimiento sin relación de sucesión convencional entre sí. Se ha concluido que resulta un fuerte indicio en el sentido de la continuidad del establecimiento, el que, además de la identidad de ramo, la explotación continúe sin más intervalos de tiempo que los eventualmente necesarios para adecuaciones o cambios menores (cfr. Machado, José Daniel, "Solidaridad generada por la transferencia del establecimiento" en Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral, año III, Nro. 14-Junio-Julio 2002, citado en Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y Concordada, T IV Jorge Rodríguez Mancini, Director, Ed. La Ley, Buenos Aires, año 2007, pág. 133).

Coincido con el juez que tal ha sido el supuesto que actualmente nos ocupa, toda vez que el comercio cerró sus puertas solo unas semanas cuando ya se había operado la transferencia, que sitúo en mayo de 2012, habiendo reabierto a fines de junio de 2012, bajo la titularidad de La Palma. En tanto, la parte actora intimó a su antiguo empleador a fin de que registrara correctamente su fecha de ingreso, le abonara salarios dejados de percibir, acreditara el cumplimiento del pago de aportes con destino a los organismos de seguridad social y le aclarase su situación laboral, atento a habérsele impedido su ingreso al lugar de trabajo, el día 11/06/2012, cuando la transferencia a favor del actual recurrente ya se había operado (fs. 60).

Tiene resuelto la jurisprudencia nacional, en un supuesto de similares aristas al que nos ocupa, que: "Aún cuando no existieran constancias documentales de la transferencia, tal circunstancia puede acreditarse mediante declaraciones testimoniales que confirmen la misma. Una vez evaluadas tales declaraciones en el sentido de la existencia de dicha

transferencia, resulta indiferente que las relaciones laborales se extinguiesen con anterioridad a la transmisión porque de acuerdo a la doctrina del plenario "Baglieri" "el adquirente de un establecimiento en las condiciones previstas en el art. 228, LCT, es responsable de las obligaciones del transmitente derivadas de relaciones laborales extinguidas con anterioridad a la transmisión (CNAT en pleno 8/8/97).(cfr. autos "Cardoso, Raúl vs. Alarsa S.A. y otro s. Despido" /// Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala VI; 22-jun-2006; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; RC J 2936/09).

De tal forma, toda vez que ha quedado acreditado que la actora, desde el 10/07/2005 trabajaba en relación de dependencia con Jorge Alberto Martene y luego, desde el 08/08/2008 con Darío Oscar Aiello, siempre en el mismo local, en un comercio dedicado a idéntica actividad, con el mismo equipamiento y nombre que el establecimiento que continuó explotando el co demandado La Palma, luego de operada la transferencia entre su parte y el co demandado Aiello, no me caben dudas acerca de que es correcta aplicación al caso del art. 228 de la LCT, tal como lo ha resuelto el a quo.

Me remito, a efectos de avalar mi postura, nuevamente a jurisprudencia, en este caso, del Tribunal Superior de la provincia de Córdoba, en tanto ha considerado que: "Acreditado que el establecimiento donde se desempeñaba el actor conservó el nombre de fantasía, se mantuvo en el ramo o actividad que tenía al tiempo en que su titular decidió darlo de baja en la municipalidad y en virtud del principio de primacía de la realidad, corresponde afirmar que medió transferencia en los términos de los arts. 225 y 228, LCT, y extender la condena a quién, un día después del mencionado cese, dio de alta al establecimiento y continuó con su explotación". (cfr. autos: "Peña, Norma Edith vs. Sucesores de Adrián Berardo y otro s. Demanda laboral - Recurso de casación /// Tribunal Superior de Justicia, Córdoba; 11-nov-2010; Rubinzal Online; RC J 1421/11").

Por todo lo hasta aquí expuesto, es que considero que el primer agravio en tratamiento debe ser desestimado, lo que así propongo al Acuerdo.

En cuanto al segundo agravio esgrimido por el co accionado La Palma, adelanto que igual suerte correrá, dado que en materia laboral, todos los créditos que no han sido extinguidos se pueden reclamar al adquirente del establecimiento en el cual prestó servicios el actor. Ésa es la correcta interpretación que cabe dar al art. 228 de la LCT, máxime cuando al respecto rige la regla "in dubio pro operario". Esto es, "la falta de pago de la indemnización por despido operado antes de la transferencia genera la responsabilidad solidaria del transmitente y del adquirente, toda vez que la Ley de Contrato de Trabajo no se limita a establecer la continuidad del empleo a las órdenes del sucesor, sino que además establece primero el traspaso y luego la solidaridad frente a las obligaciones laborales pendientes".(cfr. lo resuelto en autos: Ferrobar S.R.L. s. Tercería /// Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala IV; 19-jul-1996; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; RC J 54/96).

En virtud de ello considero que ningún asidero posee el agravio sub análisis, correspondiendo sin más, su desestimación.

C) Análisis de los agravios actorales:

En el caso que hoy nos convoca, comparto con el sentenciante de grado que el TCL de fecha 11 de junio de 2012 remitido por la Sra. Aguayo a su empleador Aiello es esencial a efectos de determinar la causal de denuncia del contrato por parte de la trabajadora. Y justamente, surge de dicha instrumental glosada a fs. 60 que la accionante intimó al empleador para que éste rectificase la registración laboral de acuerdo a su real fecha de ingreso. Le solicitó, además, el pago de salarios adeudados y lo emplazó a fin de que acreditase el depósito de los aportes provisionales. Finalmente, la trabajadora intimó a su empleador a efectos de que aclarase su situación laboral, por cuanto se había encontrado impedida de ingresar al establecimiento, por encontrarse cerrado.

Las detalladas precedentemente y no la causal relativa a la deficiente registración de la categoría de revista, fueron las razones comunicadas por escrito al empleador, que motivaron la situación de despido en la que se colocara la actora. En efecto, en modo alguno, surge de la pieza postal aludida que la accionante haya efectuado intimación para que su empleador la registrara en la categoría de "cocinera" ni que dicho motivo haya sido esgrimido al momento de cursar la notificación que da cuenta de la situación de de despido indirecto (cfr. fs. 62).

Sobre la base de tales premisas que me he encargado de resaltar, encuentro que no obstante no ser el motivo esgrimido al momento de comunicarse su despido indirecto, en esta instancia judicial la actora ha reclamado las diferencias salariales que, a su entender, le son debidas por la incorrecta registración de su categoría que imputa a su empleador Aiello.

Adelanto que concuerdo con la conclusión a la que arriba el juzgador de grado, respecto a que no se ha probado en autos que la accionante haya realizado las tareas de mayor jerarquía por las que reclama la apuntada diferencia en sus haberes.

No obstante, concuerdo con la apelante en que dicha aseveración no ha sido explicitada por el a quo en la sentencia, mediante la exteriorización de la valoración probatoria que lo condujo a resolver el rechazo de la pretensión sub examine.

Cabe resaltar que conforme a lo que tiene dicho este Cuerpo, los Tribunales en reiteradas oportunidades se han expedido sobre la cuestión al expresar: "La prueba producida debe valorarse conforme a las normas de la sana critica, la cual no nace en si misma, ni se cierra en los límites de un carácter abstracto sino que es la consecuencia de un razonamiento integrado, en el cual se conectan los hechos y los elementos probatorios aportados por las partes, para llegar al derecho aplicable" (cfr. CNCiv., Sala H, 2000-4-05, -Romano, Ezequiel A. y otros c/ Ritossa Andrea E. y otros- LL 2000-F, 271). "En el sistema de la sana crítica, el valor de la prueba lo establece el juez de conformidad con las pautas de la sana lógica. Tal valoración debe ser expresada en la sentencia, conforme lo establecido por los arts. 34 inciso 4to y 386 del Código Procesal" (cfr. Acuerdo Nro. 2015 in re "CASTILLO JONATAN EDGARDO C/ DISTRIBUIDORA DEL VIENTO S.R.L. Y OTROS S/ DESPIDO POR FALTA PAGO HABERES" con cita de la CNCiv., Sala D, 1998-10-01 –T.D. c/ M.J.- LL 1999-F.384).

La falencia en la que incurriera el judicante, en el aspecto que estoy tratando, me obliga a explicitar con mayor detalle la motivación de las razones por las cuales considero que no se ha acreditado que Aguayo hubiera laborado como cocinera, en relación de dependencia con su empleador Aiello.

A la hora de ponderar, en esta instancia, los diversos testimonios brindados en esta causa, encuentro que si bien algunos de los testigos han declarado que Cecilia Aguayo era la cocinera de "La Encantada" cuando el establecimiento pertenecía a Aiello, tan solo uno de los deponentes dijo haber visto a Aguayo desempeñándose en la cocina del lugar.

En efecto, Jorge Eduardo Betanzo depuso que Aguayo era cocinera del restaurante y que lo sabía porque iba a comer a ese lugar y se ve desde el hall, agregando que no se veía a otro personal (fs. 237 y vta.).

No obstante, a mi juicio la fuerza convictiva de tal declaración a los efectos perseguidos por la actora, resulta ser escasa. Ello es así, por cuanto el hecho de haber visto a Cecilia Aguayo trabajando en la cocina no es prueba suficiente de su desempeño como cocinera, dado que quienes laboran en la categoría en la que se encontraba registrada la actora ("bachera" o "ayudante de cocina"), también realizan su trabajo en el espacio que ocupa la cocina de un establecimiento gastronómico.

Digo esto, porque de los testimonios contestes de Pardo y Velásquez, se infiere que la accionante era ayudante de cocina en tanto que el cocinero del establecimiento era Aiello, quien además era el dueño del lugar.

En efecto, Pedro Cesar Pardo, quien fue compañero de trabajo de la actora, habiéndose desempeñado como mozo de "La Encantada", declaró que Aguayo trabajó ahí con Darío Aiello que antes era el dueño. Dijo también que la actora ayudaba en la cocina, que se desempeñaba como ayudante o peón (fs. 238 y vta.). A su turno, Luís Javier Velásquez sostuvo saber que Aiello siempre fue cocinero de "La Encantada". (fs. 240).

Refuerzan el valor convincente de los citados testimonios las declaraciones de Cativa y Calfuquir.

Así es que Ursula Cintia Cativa, empleada de La Palma al momento de declarar, dijo no conocer a la actora pero sí a Aiello por ser su compañero de trabajo en el restaurante, en el que el mismo se desempeña como chef (fs. 247).

Luego, María Graciela Calfuquir, afirmó saber que Aiello es el cocinero de "La Luna Encantada" (fs. 248).

Entonces, no encuentro irrazonable la conclusión del a quo acerca de la ausencia de la acreditación de la pretendida categoría de revista, ni considero acertada la argumentación expuesta por la accionante en su escrito impugnatorio

en el que refiere que, al no existir constancias de que haya habido otro cocinero, dicho rol fue desempeñado por su parte. Dado que se ha comprobado con las testimoniales antes reseñadas que Aiello es cocinero, es posible inferir que, atento a su profesión, debió haber sido quien se encargaba de la cocina de su restaurante, como lo sostiene en su responde. No considero atendible la queja de la actora quien tilda como irrazonable la postura de la contraria, dado que resulta un hecho plausible, la circunstancia inherente a que sea el dueño del establecimiento gastronómico quien ocupe tal puesto, sobre todo, si se tiene en consideración la escasa dimensión del local que limita la atención del número de comensales (60 mts2., según emerge de los diversos contratos de locación celebrados por los distintos propietarios del establecimiento y de las constancias de habilitación municipal obrantes a fs. 143, 149, 161, entre otras).

En lo que hace a los restantes testimonios a los que alude la actora en la expresión de agravios, debo decir que Teresa Aurora Velásquez Zapata ha expresado saber que Cecilia Aguayo era cocinera en el restaurante de Aiello, justificando su respuesta en que la deponente trabajaba en un mercadito y la actora iba a comprar y la veía entrar o salir (fs. 236 y vta.). A la vez, Gonzalo Gabriel Maniqueo depuso que cuando la conoció Aguayo le había contado que estaba desde hacía siete años, trabajando como cocinera en "La Encantada" (fs. 239).

Debo señalar, a esta altura, que ninguno de los dos testigos ha tomado conocimiento directo de las circunstancias que testimonian, habiendo recibido la información de la propia actora.

Recuerdo que en los albores de la existencia de la antigua Cámara en todos los Fueros de la IV Circunscripción judicial que integré, tuve oportunidad de expedirme sobre la importancia que corresponde otorgar al hecho relativo a que el testigo tenga conocimiento directo de los hechos controvertidos. Resalté que resultan de escaso valor las conclusiones a las que llega por comentarios de terceras personas, quienes a su vez, podrían no estar diciendo la verdad y no se encuentran bajo juramento al momento de declarar (art.386 del CPCCN)" (Cfr. SD Nro 1/2009 en autos "Aliste Araneda Mabel c/ D´Agosto Carlos A. s/ Despido", con cita de la CNAT, Sala VII, 30-08-2004, "Lavaque, Oscar c/ Comital Convert SA s/ Despido", citado por Ojeda, Raúl Horacio en "Recopilación temática de jurisprudencia", Revista de Derecho Laboral, Procedimiento laboral – III, 2008-1, Rubinzal Culzoni Editores, 2007, p. 603).

En el caso, fue la propia actora la que emitió la información relatada por los deponentes, extremo que a mi juicio, sustrae considerablemente el valor probatorio de las declaraciones analizadas.

Concluyo entonces, en que no se encuentra acreditado en los presentes que

Aguayo estuviese mal registrada en la categoría en la que se desempeñaba a las órdenes de Aiello, por lo que se impone el rechazo del remedio articulado por la primera.

VI. Conclusión: por lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo: 1. el rechazo de sendos recursos impetrados, con costas por su orden, atento a la forma en que se resuelve la cuestión (art. 68 segunda parte del C.P.C. y C.); 2. Diferir la regulación de los honorarios profesionales correspondientes a esta instancia para cuando se cuente con pautas para ello.

Mi Voto.

A su turno, el Dr. Pablo Furlotti dijo:

Por compartir los fundamentos y la solución propuesta por la colega preopinante, me expido en igual sentido.

Mi Voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la jurisprudencia citada, y la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales,

RESUELVE:

I. Confirmar la sentencia definitiva dictada a fs. 276/284 y vta. de fecha 30 de Septiembre de 2014, en cuanto ha sido materia de agravios para el co-demandado La Palma Fernando Claudio y la actora recurrente.

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 68 segunda parte del C.P.C. y C.).

III. Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 20 y 15 LA, mod. por ley 2933).

IV. REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE y oportunamente, vuelvan los obrados al Juzgado de origen.

Dra. María Julia Barrese - Dra. Pablo Furlotti

Registro de Sentencias Definitivas N°: 22/2015
Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de cámara

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

**"ZENOBI JORGE HUMBERTO C/ BIANCUCCI JORGE EDGARDO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 2490/2010) – Acuerdo: 32/15 – Fecha: 10/06/2015

DERECHO CIVIL: Contratos.

CONTRATOS CIVILES. PERMUTA. AUTOMOTORES. INTERPRETACION DEL CONTRATO. INTERPRETACION DE LA LEY.

> [...] el contrato de permuta es declarativo, no constitutivo; es decir que no es un contrato que transfiera la propiedad en el caso de los automotores, cuya inscripción en el registro es constitutiva. Mediante el contrato de permuta las partes se obligan a transferir la propiedad de una cosa. Es el título, falta el modo, que en el caso de los automotores es la inscripción en el registro de la propiedad automotor, tal como surge de la sentencia en crisis (art. 1, Decreto Ley 6582/58). Por ello, yerra el a quo al exigir, para tener por formalizada la permuta, como contrato típico y previsto en el art. 1485 del C.C., los requisitos para la transmisión de dominio de los automotores, que nadie discute. Para ello tengo en cuenta, como dije, que la permuta es un contrato consensual y no formal, entre otros caracteres, y que resultan aplicables los arts. 1187 y 1188 del C.C., sin necesidad de que el demandado deba reconvenir "la eventual elevación a escritura" "previo a acreditar su formalización en forma verbal" (text. sentencia fs. 252 vta.). Por lo expuesto y consideraciones vertidas, entiendo que entre las partes existió un contrato de permuta mediante el cual se obligaron a transferir recíprocamente, la propiedad de los vehículos automotores motivo de esta litis.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de Zapala, Provincia del Neuquén, a los diez (10) días del mes de junio del año 2015, se reúne en Acuerdo la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señoras Vocales, doctoras Alejandra Barroso y Gabriela B. Calaccio, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Norma Alicia Fuentes, para dictar sentencia en estos autos caratulados: "ZENOBI JORGE HUMBERTO C/ BIANCUCCI JORGE EDGARDO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES", (Expte. Nro.: 2490, Año: 2010), del Registro de la Secretaría

Única del Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia de Villa La Angostura, con asiento en la ciudad Villa La Angostura.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. Alejandra Barroso, dijo:

1. Llegan los autos a esta instancia por los respectivos recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de fecha 24 de abril de 2014 (fs. 251/257 vta.) que hace lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios e impone costas difiriendo la regulación de honorarios.

La actora interpone su recurso a fs. 260, el que fundamenta a fs. 272/276 y que no merece respuesta; mientras que la demandada interpone su recurso a fs. 261 expresando agravios a fs. 282/283, el que tampoco merece respuesta.

2. La actora apelante realiza en forma preliminar una síntesis de los escritos constitutivos del proceso y de las consideraciones que entiende relevantes de la sentencia en crisis.

Seguidamente se expresa en relación a la cuantificación del daño y sostiene que el a quo ha incurrido en un error de apreciación de la prueba y en violación al principio de congruencia establecido en el art. 163 inc. 6 del C.P.C.C., resolviendo extra petita. Asimismo, afirma que la decisión carece de fundamentación, esgrimiendo esta circunstancia como causal de nulidad con cita del art. 253 del C.P.C.C.

En su primer agravio controvierte por arbitrario el plazo de privación de uso del automotor considerado por el sentenciante desde el día siguiente a la intimación para restituir el automotor y el 9 de agosto de 2010, fecha en la cual operara el vencimiento de la habilitación comercial del vehículo como remisse, con fundamento en un informe municipal que da cuenta de que el automotor fue nuevamente rehabilitado el 15 de diciembre de 2010.

Entiende que esta argumentación se construye sobre una defensa no articulada por el accionado, lo cual conlleva la nulidad de la sentencia apelada. Estima que la decisión ha apreciado un hecho que no ha sido objeto de planteo, ni por el actor ni por el demandado.

Razona que, habiendo intimado el retiro de la unidad, el demandado continuó con su retención hasta efectivizarse la medida cautelar que ocurrió el 2 de diciembre de 2010 y se pregunta cómo puede rehabilitarse un vehículo que no se encontraba a disposición de su parte sino hasta esa fecha.

Discurre con relación al principio de congruencia y sostiene que afecta a la sentencia una incongruencia objetiva en tanto no se discutió el lapso de privación de uso sino sólo la legitimidad del reclamo. Que esa parte esgrimió una retención indebida por una tratativa de permuta no concluida, mientras que el demandado adujo haber permanecido en poder del vehículo en mérito a una permuta que entendió perfeccionada, siendo que el plazo de privación de uso del automotor resulta de las constancias de autos, mientras que es el a quo quien introduce el hecho del vencimiento de la habilitación comercial como una circunstancia, no esgrimida por las partes, para disminuir el daño.

En su segundo agravio se queja de la medida de la cuantificación del daño por lucro cesante expresando que, luego de estimar correctamente cuál ha sido el valor diario de producción del vehículo en cuestión, sin fundamentación, estima la ganancia diaria en un 30% del producido bruto diario, recurriendo a las facultades del art. 165 del C.P.C.C. y con un criterio de parquedad, prudencia y equidad.

El quejoso argumenta que, sin fundamento y en forma injustificada, reduce en un 70% el valor que ha sido probado en autos, cambiando los términos del litigio y adoptando una solución extraña al conflicto efectivamente sometido a su decisión, con mengua del debido proceso sin dar razones de por qué impone la reducción que dispone.

Finalmente, entiende que debe considerarse el lapso total de retención del vehículo desde el día 3 de julio de 2010 y hasta el día 2 de diciembre de 2010 en que operó la restitución, esto es, 152 días, y probada la productividad diaria en $ 487, un simple cálculo aritmético da un valor indemnizatorio de $ 74.024,00.

Realiza otras consideraciones, cita doctrina y jurisprudencia que hace a su derecho y solicita se revoque la sentencia de grado en lo que ha sido motivo de agravios.

3. La demandada, por su parte, considera en su primer agravio que se ha demostrado claramente que existió una permuta que no se perfeccionó.

Expresa que como surge de fs. 28 de la causa penal, las partes tenían la documentación completa para efectuar la transferencia de los vehículos conforme se obligaran, que el actor contaba con el 08 firmado por la parte vendedora, todo lo cual surge de la prueba agregada.

Considera que el a quo ha razonado en forma ilógica, ya que no existe prueba de que, luego del arrepentimiento del actor en orden a la permuta su parte le haya negado la entrega del vehículo tal como fueron contestes los testigos, ya que quedó estacionado en el mismo lugar en que lo dejó el actor.

Argumenta que su parte nunca retuvo el vehículo, y por lo tanto nunca tuvo obligación de devolver; que la compraventa de vehículos se perfecciona por la entrega simultánea, de los títulos y el 08 suscripto por la parte vendedora, como sucedió en este caso.

En su segundo agravio cuestiona la procedencia de los daños y perjuicios expresando que un vehículo que se permutara libre y voluntariamente pueda generar lucro cesante. Manifiesta, por las razones que menciona, a las que me remito, que el juez de grado suplió el onus probandi del actor en orden a los daños reclamados que entiende no probados.

Realiza otras consideraciones, y solicita se revoque la sentencia apelada en todo lo que ha sido motivo de agravios, con costas.

4. En forma preliminar he de consignar que considero que la queja traída cumple con la exigencia legal del art. 265 del C.P.C.C., aunque mínimamente con respecto a la expresión de agravios de la demandada.

En esta cuestión, y conforme ya lo he expresado en anteriores precedentes, la jurisprudencia sostiene que: "…Este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 265 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional. De allí entonces que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto. Ahora bien, no obstante tal amplitud en la apreciación de la técnica recursiva, existe un mínimo por debajo del cual las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como agravios en el sentido que exige la ley de forma, no resultando legalmente viable discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista (conf. C. N. Civ., esta Sala, Expte. N° 70.098/98 "Agrozonda S. A. c/ Jara de Perazzo, Susana Ventura y otros s/escrituración" y Expte. N° 60.974/99 "Agrozonda S. A. c/Santurbide S. A. y otros s/daños y perjuicios" del 14/8/09; Idem., id., Expte. N° 43.055/99, "Vivanco, Ángela Beatriz c/Erguy, Marisa Beatriz y otros s/daños y perjuicios" del 21/12/09)….(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, "Scott, Sonia Lorena c/ Guerra Cruz, Angelina s/daños y perjuicios", 27/10/2011, Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/67333/2011)."

He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica).

También puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir al apelante en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimentes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean.

5. Por una cuestión de orden lógico y metodológico ingresaré en primer lugar a analizar los agravios traídos por la parte demandada en su primer agravio para luego, de corresponder, considerar las restantes quejas.

a) En forma preliminar efectuaré algunas muy breves consideraciones en torno al contrato de permuta (arts. 1485 y sig. del C.C.).

La definición legal establece que la permuta tiene lugar cuando uno de los contratantes se obliga a transferir a otro la propiedad de una cosa con tal que éste le dé la propiedad de otra cosa (art. 1485 del C.C.), mientras que el art.

1492 del C.C. remite a las normas de la compraventa por su analogía con este contrato, en todo lo que no se haya determinado especialmente.

Es decir que hay permuta cuando las partes se obligan recíprocamente a transferirse el dominio de cosas que no sean dinero.

En cuanto a sus características, la doctrina coincide, en general, que resulta ser un contrato consensual, en tanto ambas partes se obligan a entregar una cosa. Es decir que produce sus efectos desde que las partes manifiestan recíprocamente su consentimiento, sin perjuicio de lo que se dispusiere sobre las formas de los contratos (art. 1140 del C.C.).

En estos términos la tradición no es un elemento de perfeccionamiento del contrato, sino de su cumplimiento (en el caso de cosas cuyo registro no esté especialmente previsto por las leyes). En el caso de los automotores la tradición es reemplazada por la inscripción registral, y, consecuentemente, tampoco es necesaria para su perfeccionamiento, sino para su cumplimiento.

En lo que interesa en el presente, la permuta es un contrato declarativo u obligacional, en el sentido de que no tiene efectos traslativos de la propiedad por sí mismo, es el título atributivo de derechos creditorios y no reales. Para esto último precisa el modo.

En este sentido, tiene un efecto obligacional, es decir, causa la obligación de transmitir el dominio, pero su celebración no produce el efecto jurídico real de la transmisión de la propiedad, sino que es un título que junto al modo produce el efecto traslativo. "… Es un contrato que no tiene eficacia real porque por sí solo no provoca la modificación dominial. Es un contrato declarativo, porque no tiene fuerza suficiente para modificar derechos reales…" (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis; "Tratado de los Contratos", Tomo I, pág. 190, y nota al pie, en relación al contrato de compraventa).

En el mismo sentido: "…Hemos de señalar la consensualidad entre las características del contrato tal cual se halla legislado en nuestro Código, es decir que se perfecciona solo consensus, sin que sea necesario que medie la entrega de cosa alguna; la observación se hace en virtud del último párrafo de la definición: "le dé la propiedad", que podría llamar a engaño, pues daría a entender que el perfeccionamiento del contrato estaría subordinado a que el copermutante transmitiera el dominio de la cosa, lo que no es así…" (conf. Llambías, Jorge Joaquín, Alterini, Atilio A.; "Código Civil Anotado…", Tomo III-B, pág. 81).

Como dije, el contrato es el título, para luego, con el modo (tradición o inscripción en el registro de la propiedad automotor) se produzca la transmisión de la propiedad. La entrega de una cosa puede tener diferentes finalidades, y para conocer esa finalidad se debe analizar el título que causa la transferencia. Si bien la inscripción registral en el caso de automotores es constitutiva, ello no autoriza a no distinguir entre el contrato de permuta (declarativo) y la inscripción registral (constitutiva). Esto en tanto "…no obstante reemplazarse la tradición por la inscripción registral, pervive el sistema romano del título y del modo…" (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, Director, Esborraz, David F.; "Código Civil Comentado…", Contratos, Parte Especial, Tomo I, pág. 31).

En este sentido: "… la inscripción registral reemplaza a la tradición, desempeñando el rol de "modo"… En el caso de los automotores no se produce con anterioridad (la transmisión de dominio), sino desde el momento en que se inscribe, razón por la cual la inscripción no declara sino que constituye: el contrato más la inscripción producen la transmisión dominial" (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis; Tratado de los Contratos, Tomo I, pág. 196, nota al pie, en relación al contrato de compraventa).

Se ha expresado que: "En nuestro sistema de registración de automotores, no se inscriben títulos, sino acuerdos transmisivos, ya que los "títulos" los otorga el registro de la Propiedad Automotor. Mientras que el "título" a que se refiere el Código Civil es siempre un negocio jurídico causal (compraventa, donación, permuta), es decir, la "causa" que explica la adquisición del derecho, en el régimen legal de la propiedad automotor, el "título", en rigor, es la constancia de inscripción que otorga, con formalidades muy estrictas, el registro respectivo… En materia de automotores, la inscripción registral es constitutiva del dominio aunque no se haya hecho la tradición del vehículo, pero debe diferenciarse a los efectos de la aplicación del pacto comisorio, la entrega de la posesión de la propia inscripción registral (art. 1 d-1 Nº 6582/58), aunque esta sería suficiente para la adquisición del dominio obviándose la directiva del

art. 577 del C.C….No se perfecciona la relación jurídica, entre el actor y el demandado, el factor condicionante, la obligación de dar reclamada, no se manifiesta en la forma que pretende el actor, en el formulario 08, no surge ese vínculo jurídico, no determina la presencia de la obligación de dar tal como lo explica el actor, sin perjuicio de sus otros efectos…" ("Siviero, Adolfo vs. Valle, Francisco Alfredo s/ Sumario", Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala II, Corrientes; 30/7/10; Rubinzal on line).

En cuanto a la forma del contrato, parte de la doctrina sostiene en que es no formal, siendo la escritura pública en caso de inmuebles o la inscripción registral en caso de automotores un requisito de la transmisión del dominio, no del contrato en sí (conf. Borda, G. A.; "Tratado de Derecho Civil Argentino", Contratos, Tomo I, pág. 360).

En este aspecto, Rezzónico y Borda enarbolan esta posición, mientras que otros autores coinciden en ello, siempre que no exista un régimen especial como sucede en materia de automotores o inmuebles, en cuyo caso sería formal (conf. Llambías, Jorge Joaquín, Alterini, Atilio A.; "Código Civil Anotado…", tomo III-B, págs. 81/82).

Sin perjuicio de lo cual, dicha formalidad no está impuesta ad solemnitatem, es decir que eventualmente se trataría de un contrato formal no solemne en tanto la omisión de la forma legal determinaría la nulidad del acto en cuanto tal, pero no le impide producir otros efectos diferentes (art. 1185, 1187 y 1188 del C.C.) (conf. Llambías, Joaquín Jorge, Alterini, Atilio; "Código Civil anotado…", Tomo III-A, págs. 91/94 y págs. 102/106).

En cuanto a la naturaleza jurídica de este contrato con defectos de forma, existen diferentes tesis, compartiendo la suscripta la tesis que entiende que es un verdadero contrato, siendo los requisitos de escritura pública o inscripción registral una exigencia que no hace al perfeccionamiento del contrato en sí como obligación de transferir la propiedad, en el caso de la permuta y también de la compraventa, sino que la forma hace al perfeccionamiento del derecho real (conf. Morello, Borda, Spota, De Zavalía, Bustamante Alsina, Llambías) (conf. Llambías, Joaquín Jorge, Alterini, Atilio; "Código Civil anotado…", Tomo III-A, pág. 104/106 a cuyos pormenorizados desarrollos doctrinarios me remito en homenaje a la brevedad).

En este sentido: "El contrato de compraventa de automotores (permuta, en este caso) es consensual y hace nacer obligaciones para las partes antes de la inscripción, sirviendo de título para la transferencia de la propiedad del vehículo y aún cuando es exacto que el instrumento que sirve de título a la transferencia es plenamente válido aunque no se encuentre inscripto, como contrato que hace nacer derechos personales entre las partes, es insuficiente para transferir el derecho real de dominio" (CC0203 LP B 74458 RSD-260-93 S 07/10/1993 Juez PERA OCAMPO (SD), "Jairo, Luis María c/San Andrés, Eduardo s/Resolución de permuta", Magistrados Votantes: Pera Ocampo - Pereyra Muñoz; CC0203 LP B 79282 RSD-227-94 S 11/10/1994 Juez PEREYRA MUNOZ (SD), "Calizaya Valdez, Mario c/Ruiz, Víctor Oscar s/Transferencia de dominio", Magistrados Votantes: Pereyra Muñoz-de Lázzari).

Por otro lado, entre las normas especiales de la permuta destaco el art. 1486 del C.C. que dispone que, si una de las partes tiene justos motivos para creer que el que se la dio no es el dueño, puede pedir la nulidad del contrato (en realidad resolución).

Contempla la norma una excepción de incumplimiento, teniendo la parte afectada derecho a pedir la resolución del contrato.

En este sentido, entonces, y, a pesar de la aplicación de las normas sobre la compraventa, se ha expresado que: "No es de aplicación lo reglado por el art. 1330 del Código Civil, que aprehende el supuesto de hecho de la ratificación de la venta de la cosa ajena, y que excluye la nulidad de la misma, pues aquí se trata de otra situación distinta, ya que se está frente a un supuesto específico de la permuta, que excluye la aplicación de los principios comunes relacionado con la compraventa. La situación singular y concreta que prevé el art. 1486 del mismo cuerpo legal en materia de permuta, prevalece sobre un principio general sentado respecto de la cosa vendida, como el que regula el art. 1330 de dicho ordenamiento sustantivo (art. 1492 Código Civil)."(CCI Art. 1330, CCI Art. 1492, CCI Art. 1486, CC0201 LP B 74283 RSD-122-93 S 13/05/1993 Juez SOSA (SD),"Galindo, Nora Graciela c/OBRALCO s/Cumplimiento de contrato", Magistrados Votantes: Sosa – Crespi).

b) Sentado lo anterior e ingresando al tratamiento de agravio concreto de la demandada, he de adelantar que considero que el mismo merece favorable acogida, dando mis razones.

Tal como se plantea el sentenciante (fs. 252), correspondía en forma previa determinar si llegó a concretarse entre las partes un contrato de permuta, en el caso de un automotor.

Adelanto desde ya que entiendo que este contrato existió, considerando que yerra el a quo en la interpretación de la normativa aplicable a las circunstancias comprobadas de la causa.

Conforme resulta de las constancias de estos autos, y conforme fuera destacado en la sentencia, el actor manifiesta que sólo fueron tratativas pero que el contrato no llegó a formalizarse ni a perfeccionarse; por otro lado, el demandado afirmó que hubo una permuta y que, eventualmente, correspondía proceder a su rescisión.

Siguiendo la doctrina y jurisprudencia puntualizada precedentemente, el contrato de permuta es declarativo, no constitutivo; es decir que no es un contrato que transfiera la propiedad en el caso de los automotores, cuya inscripción en el registro es constitutiva. Mediante el contrato de permuta las partes se obligan a transferir la propiedad de una cosa. Es el título, falta el modo, que en el caso de los automotores es la inscripción en el registro de la propiedad automotor, tal como surge de la sentencia en crisis (art. 1, Decreto Ley 6582/58).

Por ello, yerra el a quo al exigir, para tener por formalizada la permuta, como contrato típico y previsto en el art. 1485 del C.C., los requisitos para la transmisión de dominio de los automotores, que nadie discute.

Para ello tengo en cuenta, como dije, que la permuta es un contrato consensual y no formal, entre otros caracteres, y que resultan aplicables los arts. 1187 y 1188 del C.C., sin necesidad de que el demandado deba reconvenir "la eventual elevación a escritura" "previo a acreditar su formalización en forma verbal" (text. sentencia fs. 252vta.).

Por lo expuesto y consideraciones vertidas, entiendo que entre las partes existió un contrato de permuta mediante el cual se obligaron a transferir recíprocamente, la propiedad de los vehículos automotores motivo de esta litis.

En este orden, el razonamiento del a quo para tener por no celebrado el contrato de permuta no resulta correcto jurídicamente al fundar su decisión en la falta de las formalidades del contrato "por el cual se transmitía la propiedad de los automotores", ya que, tal como expresé precedentemente, el contrato de permuta no tiene por objeto la transmisión del dominio del automotor, sino la obligación de transmitirlo.

En estas actuaciones no resulta controvertido y llega firme a esta instancia, que las partes se entregaron las unidades que pretendían permutar, habiendo entregado el actor, asimismo, toda la documentación pertinente (CD de fs. 5 y fs. 10 del escrito de demanda).

El actor en su demanda, sin embargo, afirmó que no se trató de un contrato de permuta, sino de una especie de tratativas preliminares con el fin de corroborar el estado de los vehículos y luego, evaluar una eventual permuta.

En estos términos, y ante la negativa expresa del demandado, correspondía al actor la prueba de su afirmación, de conformidad con las reglas de la carga de la prueba (art. 377 del C.P.C.C.).

Sostengo, asimismo, que el actor no ha logrado acreditar dicho extremo, considerando a tales efectos todos los elementos probatorios incorporados a la discusión, de los cuales no surge que las partes se hubieran entregado los vehículos (y la documentación por parte del actor: título de propiedad, tarjeta verde y patentes pagas, absolución de posiciones de fs. 214, para evaluar el estado de los mismos (conf. declaraciones testimoniales obrantes a fs. 216, 219, 220, 222).

Por el contrario, de la declaración del testigo Azcona (fs. 216), resulta que la operación se trataba de "una permuta entre dos vehículos"; a su vez el testigo Tierno (fs. 222 vta.) expresó que entre las partes existió una operación comercial, que al actor le interesaba el camión para ponerlo de grúa, como carro de grúa y que le dijo que desde el día siguiente no trabajaba más (como chofer de remisse) porque le sacaba las cosas al auto que eran la radio, calcomanía de remisse y el cartel, para llevárselo a Biancucci.

De la prueba no surge que se trató de un intercambio para evaluar el estado de los vehículos, como dije. Por otro lado, el actor resulta impreciso al manifestar que no estaba conforme con el estado del vehículo, por lo que procedió a devolverlo, sin especificar cuál era concretamente el estado del mismo que no lo conformaba, en este aspecto nada dice al respecto.

A su vez, el actor entregó, junto con el rodado, toda la documentación, circunstancia no controvertida, lo que no se condice con una mera tratativa para evaluar el estado de los vehículos.

Mención aparte he de realizar con respecto a la titularidad del camión que entregara el demandado. En este aspecto, si bien coincido con el a quo en que el formulario 08 firmado supuestamente por la titular de dominio (en blanco y que fuera supuestamente llenado con los datos del actor para efectuar la transferencia), no se encuentra agregado como prueba documental, sin embargo, el actor afirma en su demanda que se comunicó con la gestoría "Vargas", donde se le informó que, efectivamente la documentación del camión se encontraba allí, pero que el demandado no era su titular.

Además, del dictamen del Sr. Fiscal, prueba agregada por el actor, resulta que este funcionario pudo observar "el formulario 08 con los datos del titular del vehículo marca Ford, efectivamente en la parte compradora fueron completados con los datos del Sr. Zenobi" (fs. 37vta.), constancias de la causa penal agregadas por el actor y que fuera tramitada entre las mismas partes del presente juicio. Sin perjuicio de observar también que el original del citado formulario fue retirado por el patrocinante de la parte demandada sin dejar copia del mismo (fs. 39/40).

Tampoco resulta correcto afirmar que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 13 del Régimen del Automotor, el formulario 08 firmado en blanco por el titular de dominio no puede tener vigencia, ya que si dichos formularios instrumentan otorgamiento de derechos, transcurridos los 90 días abonan un recargo progresivo de arancel, conforme la misma norma dispone.

c) Por lo expuesto, considero que, celebrado el contrato de permuta, el demandado no tenía obligación de restituir el automotor recibido, sin perjuicio de lo cual, y a la luz de lo dispuesto por el art. 1486 del C.C., siendo que el demandado permutó un vehículo que no era de su propiedad, conforme surge acreditado en autos y llega firme, tenía derecho el actor a pedir la resolución del contrato y consecuentemente la restitución de su vehículo, sin perjuicio de lo cual, esto no fue lo que ocurrió.

De las constancias de autos y del intercambio telegráfico reconocido por ambas partes, resulta que el actor, por las vías de hecho y en forma unilateral, restituyó el camión que le fuera entregado y, mediante CD de fecha 30 de junio de 2010 solicitó la restitución del propio con fundamento en "no estar conforme con el estado del vehículo", sin hacer mención alguna al estado dominial del camión.

En estos términos, le asistía razón al demandado al requerir que el actor exprese concretamente su voluntad de resolver el contrato, a lo cual lo convoca mediante CD de fecha 17 de julio de 2010 (fs. 9), misiva ante la cual el actor guarda silencio.

Finalmente, el demandado con fecha 27 de septiembre de 2010 (fs. 10) pone a disposición el vehículo para ser retirado por el actor y firmar la documentación correspondiente a la resolución del contrato.

Es recién mediante misiva de fecha 7 de octubre de 2010 (fs. 11) que el actor intima la restitución del vehículo por no resultar el mismo de propiedad del demandado (art. 1486 del C.C.), lo que puede interpretarse como un pedido de resolución y constitución en mora del demandado.

Sin embargo, advierto que con anterioridad a esta intimación, el demandado ya había puesto a disposición del actor el vehículo en cuestión y solicitado se concrete la resolución del contrato celebrado (fs. 10, misiva del 27 de septiembre de 2010), con lo cual la constitución en mora no puede tener eficacia porque, a esa fecha, el vehículo ya había sido puesto a disposición del actor.

Concretamente, el actor tenía derecho a pedir la resolución de la permuta con fundamento en lo dispuesto por el art. 1486 del C.C. y la consecuente restitución de su vehículo, colocando así en mora a su acreedor, sin perjuicio de lo cual, al efectuar la intimación, el vehículo ya había sido puesto a su disposición, sin que procediera a retirarlo, ni haber acreditado que intentara retirarlo y que esto le fuera negado, conforme resulta de las constancias de autos.

d) Por estas consideraciones, entiendo que el demandado no tenía obligación de restituir el automotor recibido, ni fue constituido en mora en forma oportuna a tales fines con fundamento en lo dispuesto por el art. 1486 del C.C.; y por el contrario, lo puso a disposición del actor ofreciendo suscribir la correspondiente resolución del contrato.

Siendo que en autos se reclaman daños y perjuicios por la no restitución del automotor por parte del demandado, corresponde consecuentemente el rechazo de la demanda por no verificarse uno de los presupuestos de la

responsabilidad civil (contractual o extracontractual), esto es la antijuridicidad de la conducta, lo que torna improcedente ingresar a analizar los restantes presupuestos.

6. Conforme se propone decidir, deviene abstracto y carente de virtualidad el tratamiento de los restantes agravios de las partes, sin incidencia para la dilucidación de la causa en la forma en que decido, las que quedaron desplazadas jurídicamente en forma implícita, por lo cual no he de tratarlas siguiendo la doctrina que sostiene que el juez/a no está obligado a pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas cuando la solución dada, hace innecesario el tratamiento de las demás (S.C.B.A., Ac. y Sent. 1956-IV- 28; 1959-I-348; 1966-II-65 e.o; esta Sala causa B-80.239 RSD 23-95, B-79.970 RSD 11-95, B-88.042 RSD. 96/98; B- 73.878 RSD 186-98; B-101.497, 28-08-06).

7. Las costas de ambas instancias han de imponerse al actor por el principio objetivo de la derrota (arts. 68 y 279 del C.P.C.C.), difiriendo la regulación de honorarios de esta instancia para el momento procesal oportuno e intimando al mismo al pago de la tasa de justicia que corresponda en el plazo fijado en la sentencia que se revisa por no haber sido motivo de cuestionamiento.

8. Por todo lo expuesto he de proponer al Acuerdo: a) Se revoque la sentencia apelada en lo que ha sido motivo de agravios para la demandada, rechazando la demanda interpuesta en todos sus términos conforme lo considerado. b) Las costas de ambas instancias han de imponerse a la actora en su condición de vencida (arts. 68 y 279 del C.P.C.C.), intimando a la misma en el plazo fijado en la sentencia en crisis al pago de la tasa de justicia que corresponda, difiriéndose la regulación de honorarios en esta instancia hasta tanto se cuente con pautas para ello. Mi voto.

A su turno, la Dra. Gabriela B. Calaccio, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto. Así voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia apelada en lo que ha sido motivo de agravios para la demandada, rechazando la demanda interpuesta en todos sus términos conforme lo considerado.

II.- Costas de ambas instancias a cargo de la actora en su condición de vencida (arts. 68 y 279 del C.P.C.C.).

III.- Intimar a la actora en el plazo fijado en la sentencia en crisis al pago de la tasa de justicia que corresponda.

III.- Difiriéndose la regulación de honorarios en esta instancia hasta tanto se cuente con pautas para ello.

Dra. Alejandra Barroso - Dra. Gabriela B. Calaccio

Registro de Sentencias Definitivas N°: 32/2015

Dra. Norma Alicia Fuentes – Secretaria

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

**"PEREZ GABRIELA ADRIANA C/ SU MAYORISTA S.A. S/ INDEMNIZACION"** - 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.: 37639/2014) – Acuerdo: 35/15 – Fecha: 30/06/2015

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. DESPIDO. INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO. MULTA ART. 2 LEY 25.323. PROCEDENCIA.

Resulta procedente la multa establecida en el art. 2 ley 25323. Ello es así, toda vez que la discusión no se centra en la justificación de la causa del despido, pues ello implicaría en la práctica esgrimir cualquier causa para no pagar el incremento, sino que se apunta a las causas que justifiquen la conducta asumida por la empleadora para no pagar las indemnizaciones y en este punto nada ha probado aquella que amerite la eximición de tales conceptos.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la ciudad de Zapala, Departamento del mismo nombre de la Provincia del Neuquén, a los treinta (30) días del mes de junio del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia con Competencia en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales; integrada por las señoras Vocales Dras. Alejandra Barroso y Gabriela Belma Calaccio y con la presencia de la señora Secretaria de la Oficina Zapala, Dra. Norma Alicia Fuentes, para dictar sentencia en estos autos caratulados: AUTOS "PEREZ GABRIELA ADRIANA C/ SU MAYORISTA S.A. S/ INDEMNIZACION" (Expte N 37639/2014) venidas del Juzgado de Primera Instancia N° 2, Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Cuarta Circunscripción Judicial y que tramitan ante la Oficina de Atención al Público y Gestión deSan Martin de los Andes, dependiente de esta Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia con Competencia en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales;

De acuerdo al orden de votos sorteado la Dra.Gabriela Belma Calaccio dijo:

I.- Que vienen estos autos en apelación en orden al recurso deducido por la demandada contra la sentencia dictada en fecha 26 de febrero del 2015 obrante a fs. 159/167, que admite la demanda entablada por considerar acreditada la causal de despido invocada por la actora, entendiendo que la conducta de la empleadora constituyó una injuria de tal gravedad que impidió la continuación del vínculo, sosteniendo que el descuento de haberes se efectuó en franca colusión con lo dispuesto por los artículos 208 y siguientes de la LCT, conducta no reparada ante la intimación cursada por la actora. Hace procedente las indemnizaciones de ley y la multa del art. 2 ley 25323, impone costas y difiere la regulación de honorarios.

Contra tal decisión se alza la demandada a fs. 171/172, agraviándose concretamente contra la imposición de la multa del artículo segundo de la ley 25323, sosteniendo que debió aplicarse la segunda parte de la norma, por encontrarse amparado el empleador por una causa que justificó su conducta.

Considera que fue necesario la promoción de la acción para determinar si el despido en que se colocó el trabajador era ajustado a derecho y con ello acreedor de las indemnizaciones, por entender que la justa causa del despido no estaba clara, y el empleador pudo considerarse con derecho a no abonar los salarios por los días de ausencia.

Bilateralizado el recurso es respondido a fs. 174/176 por la actora en los términos que surgen de tal pieza procesal.

II.- Que corresponde ingresar en el análisis de los agravios vertidos por lademandada, a fin de evaluar si aquellos transita el test de admisibilidad prescripto por el art. 265 del CPCC de aplicación supletoria en orden al 54 de la ley 921. En ese sentido y ponderado que fuera con criterio amplio, y favorable a la apertura del recurso, conforme precedentes de esta Sala, a fin de armonizar adecuadamente las exigencias legales y la garantía de la defensa en juicio entiendo que la queja traída cumple con aquellos, conforme habrá de exponerse infra.

Que como lo he sostenido en numerosos precedentes de esta Sala, los jueces no estamos obligados a seguir puntillosamente todas las alegaciones de las partes, sino aquellas que guarden estrecha relación con la cuestión discutida, 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).

Que el quejoso se agravia en tanto el magistrado aplicó la multa del art. 2 ley 25323, sosteniendo que, a su criterio, la causa del despido indirecto invocada para resolver la relación laboral no estaba clara, y en consecuencia era necesario la promoción de la acción, para evaluar si la misma se ajustaba a derecho. Considera que no se trató de un despido directo sin causa, donde la sanción que fija la norma se torna operativa en forma inmediata.

En este tópico es dable señalar que se establece un recargo indemnizatorio del 50% sobre las indemnizaciones que emergen del despido, cuando a pesar de la intimación fehaciente efectuada por el trabajador al empleador para el pago de tales conceptos, se ve obligado a iniciar la acción correspondiente para su percepción, circunstancia ampliamente considerada por el juez de la instancia anterior, que llega firme a la Alzada.

Y he aquí el nudo del problema. Entiendo que la discusión no se centra en la justificación de la causa del despido, pues ello implicaría en la práctica esgrimir cualquier causa para no pagar el incremento, sino que se apunta a las causas que justifiquen la conducta asumida por la empleadora para no pagar las indemnizaciones y en este punto nada ha probado aquella que amerite la eximición de tales conceptos. En este sentido se ha dicho "…en especial cabe aclarar que la "conducta no culpable" del empleador deberá ser apreciada desde la óptica del tipo o variante de incumplimiento en que el trabajador justifica su denuncia. Según sea la menor o mayor evidencia de configuración de la injuria invocada, lógicamente aumenta o disminuye la chance de invocar con éxito la moderación o supresión del incremento.- De cualquier manera, según es harto sabido, la abrumadora mayoría de los despidos indirectos se fundan en la falta de pago de remuneraciones, hipótesis en que poco margen parece haber-fuera de la excepción de pago íntegro y oportuno-para discusiones que por suponer un debate causal justifiquen –en el sentido de la norma-la judicialización del conflicto."(Revista De Derecho Laboral2009-2Contratación y registración laboral-RubinzalCulzoni editores, pág. 409/ 410).

"Por supuesto, para que proceda la defensa de "no culpa" no es suficiente con que se invoque una causa seria. También es menester que se prueben los hechos invocados, o al menos que se despliegue la diligencia procesal para hacerlo. La indolencia u orfandad probatoria extrema impide considerar que ha habido motivos razonables para someter la cuestión a la valoración judicial.

En definitiva, la dispensa total sólo resultaría procedente en aquellos supuestos en que la resolución del pleito favorable al actor ha derivado de la ponderación de que los hechos invocados y probados no califican como injuria al no ser incompatibles con la prosecución del contrato. (Teoría y práctica del artículo 2 de la Ley 25.323 -Revista de Derecho Laboral, tomo 2009 - Contratación y registración laboral. L Machado, José Daniel].

El quejoso invoca también en apoyo de su argumentación que se trató de un despido indirecto, no estando clara la "justa causa del mismo", agregando que en el caso de despido directo sin causa no hay dudas sobre la operatividad de la sanción.

III.- Debo decir que tampoco comparto este argumento pues la aplicación de la norma en estudio procede en ambos supuestos. En ese sentido el Fiscal General Eduardo Alvarez, en oportunidad de emitir dictamen en causa "Ruiz Víctor H c/ Uade" del 1-3-2006, plenario de la CNAT n° 310, dijo "…una clara tradición conduce a la "igualación de los efectos "entre ambas modalidades extintivas, con independencia de quien tenga la iniciativa resolutoria, al para que "una profunda racionalidad jurídica" determina que no puede obtener consecuencias menos gravosas el empleador que -mediante sus incumplimientos injuriosos- induce al trabajador a considerarse despedido". (autor y obra citada, pág. 409).

Más aún en la dirección que vengo analizando he tenido oportunidad de expedirme en autos, "Flores Maximiliano Ariel c/ Quetrihue S.A s/ Despido por causales genéricas" (Expte nro. 33354, año 2012) en el cual dije "….En lo que se refiere al incremento establecido en el art. 2 de la Ley 25323, se ha establecido un sistema de recargo indemnizatorio que convierte en más onerosa la obligación no satisfecha en tiempo propio, obligando al trabajador a promover las acciones en defensa de sus derechos, a fin de percibir el pago que le corresponde, situación que, conforme el análisis

del plexo probatorio efectuado en párrafos que anteceden resulta el marco fáctico de este proceso y amerita el recargo en examen."

IV.- En consecuencia y conforme lo dicho, propongo al acuerdo desestimar el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia en todo lo que fuera materia de agravios, con costas al apelante conforme el principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCC de aplicación supletoria), difiriendo la regulación de honorarios hasta la etapa procesal correspondiente, art. 15 ley 1594.

Mi voto.

A su turno, la Dra. Alejandra Barroso dijo:

Por compartir los fundamentos y la solución propuesta por la colega preopinante, me expido en igual sentido.

Así Voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citadas, y a la legislación aplicable, la Sala 1 de esta Cámara de Apelaciones;

RESUELVE:

I.- Confirmar en cuanto ha sido materia de agravios para la demandada, la sentencia dictada a fs. 159/167 de fecha 26 de Febrero de 2015, con costas de Alzada a su cargo, (cfr. arts. 68 del C.P.C. y C., 17 de la Ley 921).

II.- Diferir la regulación de honorarios de segunda instancia para su momento procesal oportuno. (Cfr. Art. 15 de la ley 1594).

III.- REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE y oportunamente, vuelvan los obrados al Juzgado de origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dra. Alejandra Barroso

Registro de Sentencias N° 35 - Año 2015

Dra. Norma Alicia Fuentes - Secretaria de Cámara

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

**"BIONCIOTTO ENZO FACUNDO NAHUEL C/ PRICE CLAUDIO OSVALDO Y PEREZ ANALIA S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA PAGO DE HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 28114/2011) – Acuerdo: 39/15 – Fecha: 30/06/2015

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

RELACION LABORAL. PRESUNCION DE CONTRATO DE TRABAJO. INTERPRETACION. PRUEBA. VALORACION DE LA PRUEBA.

Corresponde confirmar la sentencia que rechaza la demanda debido a la inexistencia de contrato de trabajo. Ello es así, pues, contrariamente a lo afirmado por el apelante, en la sentencia en crisis se expresa claramente que lo que el actor no ha acreditado debidamente es la prestación de servicios, no la relación laboral. Acreditada la prestación de servicios se presume la existencia de un contrato de trabajo -art. 23 de la LCT-, por lo tanto, lógicamente el actor debe demostrar justamente la prestación de servicios, que es el presupuesto de su pretensión.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de Zapala, Provincia del Neuquén, a los treinta -30- días del mes de junio del año 2015, se reúne en Acuerdo la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales, Sala I, integrada con las señoras Vocales doctoras , para dictar sentencia en estos autos caratulados: "BIONCIOTTO ENZO FACUNDO NAHUEL C/ PRICE CLAUDIO OSVALDO Y PEREZ ANALIA S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA PAGO DE HABERES", (EXP. N. 28114 Año 2011), del Juzgado Civil N. 2 de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. Alejandra Barroso, dijo:

1. Llegan los autos a esta instancia por recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fs. 346/351), contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2014 (fs. 332/340 vta.) que rechaza la demanda interpuesta e impone costas.

Habiéndose conferido el pertinente traslado el mismo es contestado conforme resulta del escrito obrante a fs. 354/355 vta.

2. Agravia a la recurrente el rechazo de la demanda con fundamento en la inexistencia de un contrato de trabajo, afirma que las constancias de autos no han sido correctamente evaluadas ni se ha interpretado correctamente el derecho aplicable.

En este sentido, con relación a la declaración de Díaz, expresa que la sentencia sólo refiere la parte de la declaración que favorece la postura del demandado, soslayando que el declarante, luego de afirmar que no trabajaba en el lugar, agregó que podía ser que hubiere hecho una changa; es decir que habría prestado algunos servicios en favor del accionado que el testigo califica como "changa". Manifiesta que la testigo Zenteno expresó que "concurría con mucha frecuencia al lugar. Tenía un compañero de trabajo…" (por Díaz).

Se pregunta la apelante cuál es la razón para darle mayor crédito a los dichos de Díaz que a los de Zenteno.

Transcribe en forma parcial el testimonio de Zenteno, donde afirma que vio al actor trabajar en el shop, dando razón de sus dichos, sobre la cual nada dijo el sentenciante y que, a su entender, resulta suficiente para activar la presunción del art. 23 de la LCT.

Agravia a la quejosa que se hayan considerado los testimonios de los testigos ofrecidos por esa parte como vagos e imprecisos, siendo que declararon sobre hechos que percibieron personalmente.

Agrega que los testigos de la demandada se contradicen con la declaración de Díaz, quien expresó que Di Rocco no trabajaba en el lugar.

Puntualiza algunas contradicciones de los testigos de la demandada y de Díaz y expresa que ninguna explicación ha dado el a quo para otorgarle mayor verosimilitud a los dichos de estos testigos, restando valor probatorio a los ofrecidos por su parte.

Cuestiona que no se haya dado valor probatorio a la prueba documental ofrecida consistente en la denuncia realizada por su mandante en la Comisaría de la zona por un entredicho en el lugar del trabajo con un tercero.

Seguidamente desarrolla las tesis sostenidas en orden a la interpretación del art. 23 de la LCT y pretende la aplicación para este caso del art. 9 de la misma normativa.

Considera que el a quo ha adherido a la tesis restrictiva y que no ha tenido por acreditada la relación de dependencia.

Realiza otras consideraciones a las que me remito en honor a la brevedad, cita jurisprudencia que hace a su derecho y solicita se revoque la sentencia en todas sus partes, haciéndose extensiva la condena a la codemandada solidaria, con costas.

Formula reserva de caso federal.

3. En su contestación la demandada sostiene en primer lugar que el testigo Díaz claramente expresó que ni él ni el actor trabajaban para la demandada; que si bien dijo que hacían changas, no fue preciso en este sentido, no dijo qué tipo de tareas realizaban, ni cuándo ni cómo.

Expresa que Zenteno se refiere a hechos ajenos, mientras que Díaz declara sobre hechos propios. Siendo que Díaz concurría la mayoría de los días junto con el actor mientras Zenteno sólo algunos días como cliente.

Realiza otras consideraciones a las que me remito, cita jurisprudencia que hace a su derecho y solicita se rechace el recurso interpuesto, con costas.

4. En forma previa a ingresar al estudio de la apelación deducida señalo que considero que la queja traída cumple, aunque mínimamente, con la exigencia legal del art. 265 del C.P.C.C.

En esta cuestión, y conforme ya lo he expresado en anteriores precedentes, la jurisprudencia sostiene que: "…Este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 265 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional. De allí entonces que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto. Ahora bien, no obstante tal amplitud en la apreciación de la técnica recursiva, existe un mínimo por debajo del cual las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como agravios en el sentido que exige la ley de forma, no resultando legalmente viable discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista (conf. C. N. Civ., esta Sala, Expte. Nº 70.098/98 "Agrozonda S. A. c/ Jara de Perazzo, Susana Ventura y otros s/ escrituración" y Expte. Nº 60.974/99 "Agrozonda S. A. c/Santurbide S. A. y otros s/daños y perjuicios" del 14/8/09; Idem., id., Expte. Nº 43.055/99, "Vivanco, Ángela Beatriz c/Erguy, Marisa Beatriz y otros s/daños y perjuicios" del 21/12/09)….(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, "Scott, Sonia Lorena c/ Guerra Cruz, Angelina s/daños y perjuicios", 27/10/2011, Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/67333/2011)."

He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica).

También puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir a los apelantes en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimentes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean.

5. Ingresando al análisis de las quejas traídas, adelanto que las mismas no han de merecer favorable acogida en este voto.

a) En forma preliminar, he de consignar la interpretación que sostengo con relación a la operatividad de la presunción establecida en el art. 23 de la LCT, adhiriendo a la tesis amplia, conforme lo he expresado en diversos precedentes, incluso de esta Sala I.

En este aspecto, in re "CONTI PATRICIA C/ GRAND CRU S.A. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS", Expte. 3176/2011, RSD N. 8/15, de fecha 18/3/2015, expresé: "…Un sector de la jurisprudencia y la doctrina considera que la mencionada norma sólo manda presumir la existencia de un contrato y que debe acreditarse la dependencia (Justo López y Vázquez Vialard, conf. Fernández Madrid, Juan Carlos; Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Tomo I, pág. 695), sin embargo, comparto la interpretación que sostiene que sólo debe probarse la prestación de servicios, ya que en lo que atañe a la subordinación el propio texto de la norma refiere que "el hecho de la prestación de los servicios" hara presumir la existencia de un "contrato de trabajo" y si esto es así, el contrato de trabajo encuentra su nota típica en la dependencia (art. 21 de la L.C.T.), consecuentemente, acreditada la prestación de servicios y presumido el contrato de trabajo, no es necesario probar la subordinación, porque la norma la presume; si además, hubiere que probar que el trabajo fue desempeñado bajo dependencia, la presunción quedaría vacía de contenido y carecería de sentido, además de resultar tautológica, siendo esta la opinión predominante (conf. Fernández Madrid, Juan Carlos; Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Tomo I, pág. 695 con cita de Perugini y fs. 696/699)…".

También es la postura sostenida por la Cámara de Apelaciones de Neuquén, Sala II, conforme lo expresado en autos: "CONTRERAS ROBERTO ALEJANDRO C/ CIA. ALIMENTICIA PATAGONICA S. A. S/ COBRO DE HABERES", Expte. Nº 330632/5, sentencia 129/08 de fecha 5/8/08, en el cual se expresara: "…La posición asumida por esta Cámara de Apelaciones, ratificada por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, ha sido de adhesión a la tesis amplia, considerando que para que juegue la presunción del art. 23 de la LCT es suficiente que el trabajador acredite la prestación de servicios, sin necesidad de probar que los mismos fueron realizados en relación de dependencia (cfr. TSJ Neuquén, 4/5/1995, Acuerdo n° 129; Cám. Apel. Neuquén, Sala II, 8/5/2001, "Fuentes Figueroa c/ Mueblería El Algarrobo", P.S. 2001-II, f° 329/331)…".

b) Sentado lo anterior, con relación a la valoración de la prueba, debo señalar que comparto la apreciación del a quo en relación al valor convictivo de los testimonios rendidos, elementos que he valorado de conformidad con la sana crítica (art. 386 del CPCC de aplicación supletoria).

De la declaración del testigo Díaz (fs. 264) resulta claramente que desconoce si el actor trabajaba en el lugar para los demandados. El hecho de que reconociera poder haber hecho "una changa" no le resta credibilidad y por otro lado no resulta pertinente, porque lo que debe demostrar la actora es su propia prestación de servicios, no la de Díaz.

En cuanto a la declaración de la testigo Zenteno (fs. 233), quien afirma que vio al actor trabajando en el lugar, coincido con el sentenciante en cuanto a que la misma se contradice con la declaración del testigo Díaz, en tanto Zenteno afirma que Díaz trabajaba allí, mientras que el propio Díaz lo desconoce, circunstancia que le resta fuerza convictiva a su testimonio.

Asimismo, al describir las tareas, expresa que el actor atendía al público, siendo que el actor no afirmó realizar tareas de atención al público.

Reconoce que nunca ingresó a la cocina del comercio, entonces no se entiende como puede afirmar que "lo vio realizando tareas de cocina" o que "vio al actor elaborando comidas en el lugar", para luego afirmar que lo vio sirviendo la comida a los clientes, que como dije no fue una tarea que el actor alegara realizar (conf. fs. 2, 3, 8 y fs 27), existiendo una contradicción en sus propios dichos y con lo afirmado por el actor en el intercambio epistolar y en su demanda. Concretamente, no pudo determinar las tareas que realizaba el actor.

Además, resulta imprecisa en cuanto afirma que concurría con mucha frecuencia al lugar o muchas veces, sin especificar con qué frecuencia, ni en qué horarios; dice conocer al actor y no a la codemandada Pérez, quien trabajaba en el lugar. Es decir, expresa saber que Díaz trabajaba allí, cuando éste la desmiente, pero no conoce a Pérez, quien trabajaba en el lugar, circunstancia no controvertida. Tampoco conocía de quién dependía el actor, o para quien trabajaba.

Lo expuesto le resta credibilidad a su declaración.

Con respecto al valor otorgado a la declaración del testigo Ortiz (fs. 248) y las circunstancias apreciadas por el a quo, nada dice la recurrente ya que, si bien se agravia con transcripción de la parte respectiva de la sentencia, cuestiona la misma afirmando en forma general que los testigos han declarado sobre hechos que han percibido personalmente, sin motivar adecuadamente la crítica (conf. fs. 347vta./348).

La valoración realizada con respecto a los dichos del testigo Zamateo (fs. 238) tampoco ha sido motivo de crítica puntual del quejoso, por lo que llega firme a esta instancia.

Por otro lado, no es correcto afirmar que el sentenciante no ha dado razones ni ha expresado los motivos de su decisión.

El a quo ha procedido a valorar los testimonios rendidos por las partes en forma integral, brindando los argumentos por los cuáles ha llegado a la conclusión de que los testigos ofrecidos por la actora no le permiten tener por acreditada la prestación de servicios, y consecuentemente, no es posible activar la presunción del art. 23 de la LCT.

En este sentido, la apelante no se hace cargo de esta valoración integral efectuada por el a quo y del valor otorgado por el sentenciante a las restantes declaraciones testimoniales de Klein (fs. 231), Bodega, (fs. 232), Almendra (fs. 235), Ascencio (fs. 234), Ruben López (fs. 236) y Leandro López (fs. 237), de las que resulta que el actor no trabajaba en el lugar, y que concurría al mismo en forma frecuente a realizar otras actividades de esparcimiento, conjuntamente con

otros amigos y con el Sr. Rocco que trabajaba en el lugar. Tengo en cuenta que estos testigos contradicen las declaraciones testimoniales de Ortiz y Zenteno, y también dan suficiente razón de sus dichos, además de declarar sobre cuestiones que han pasado en su presencia o que han percibido directamente por sí.

Agrego que estos testigos no sólo afirman que no veían al actor trabajando, sino que describen detalladamente las actividades que lo veían realizar en el lugar junto a otros amigos.

La demandada ha aportado prueba negativa para contradecir la prueba del actor, y de la misma especie, es decir testimonial, la cual ha sido suficientemente justipreciada en la decisión, considerando que los testigos no resultan coincidentes en relación al hecho principal.

En este sentido, se sostiene que: "En relación a la prueba de que se trata cuadra recordar, que cuando los testigos ofrecidos por ambas partes presentan graves contradicciones y recaen sobre el hecho principal, le corresponde al juez determinar, con una crítica severa de cada uno y del conjunto, si se deben descartar los testimonios o puede darles credibilidad a algunos o varios, teniendo en cuenta que los testimonios se pesan y no se cuentan; es decir, con el resultado de una crítica minuciosa de todos, tanto por el aspecto subjetivo (calidad, fama e ilustración) como por el objeto (contenido del testimonio, razón de la ciencia del dicho, circunstancia de la percepción y narración, verosimilitud de su exposición y credibilidad que merezcan). Para que las contradicciones puedan quitarle el valor a un testimonio o a varios, deben ser graves o sobre materia trascendente y no ligeras o inocuas (conf. Cam. 5ª CCCba., sent. 131 del 25/11/98, "Godoy c. Domingo Marimón S.A.", SJ, 1226-04/02/99, p. 131). Respecto al tema en análisis viene igualmente al caso puntualizar, que en caso de contradicción de las declaraciones testimoniales, si median las mismas circunstancias en cuanto a las condiciones de los testigos, debe prescindirse de esta prueba, a menos que pueda establecerse que el testimonio de uno es más fundado que el de los otros (Ramacciotti, "Compendio...", t. 1, p. 724; Palacio, "Derecho Procesal Civil", t. IV, ps. 653/654). De lo expuesto se extrae, que no siempre que existan versiones opuestas de los testigos se debe prescindir de las mismas, pues el juzgador debe examinar cada una de ellas y determinar si existen méritos para descartarlas o admitirlas." (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, del Trabajo y de Familia de Villa Dolores, sala unipersonal Nro. 1, "Manzanelli, Darío M. c. Argüello, Francisco J.", 06/02/2003, Publicado en: LLC 2003, 1454, DJ 2004-1, 537).

Con respecto a la prueba documental que menciona la apelante, ofrecida a fs. 37, advierto que la misma no se encuentra agregada a estos autos, sin perjuicio de lo cual, una denuncia policial, en tanto pone en conocimiento de la autoridad un determinado hecho, es una declaración unilateral y de la parte interesada, en este caso.

Sentado lo anterior, debo señalar que, contrariamente a lo afirmado por el apelante, en la sentencia en crisis se expresa claramente que lo que el actor no ha acreditado debidamente es la prestación de servicios, no la relación laboral.

Acreditada la prestación de servicios se presume la existencia de un contrato de trabajo, por lo tanto, lógicamente el actor debe demostrar justamente la prestación de servicios, que es el presupuesto de su pretensión.

6. Por los fundamentos vertidos, doctrina y jurisprudencia citada, propicio el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en todo aquello que ha sido materia de agravios y, consecuentemente, la confirmación de la sentencia apelada.

Las costas de esta instancia he de imponerlas a la recurrente en su condición de vencida (art. 68 del CPCC, 17 y 54 de la ley 921).

Sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 20 de la ley 1594, mod. por ley 2933, llegando firme a esta instancia las regulaciones de honorarios practicadas por el a quo, corresponde proceder a regular honorarios en la Alzada de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 de la LA.

Mi voto.

A su turno la Dra. Gabriela Calaccio, dijo:

Que comparte los fundamentos y conclusiones a que arriba en su voto la colega preopinante, adhiriendo al mismo en idéntico sentido.

Mi voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la jurisprudencia citada, y la legislación aplicable, esta Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 346/351 de autos, y en consecuencia confirmar la sentencia dictada en fecha 19 de diciembre de 2014, obrante a fs. 332/340 vta.

II.- Las costas se imponen a la recurrente en su condición de vencida (art. 68 del CPCC, 17 y 54 de la ley 921).

III.- Regular los honorarios de alzada de la Dra. ... en la suma de pesos cinco mil ($5.000,00), de la Dra. ... en la suma de pesos seis mil cien ($6.100,00), y de la Dra. ... en la suma de pesos dos mil cincuenta ($2.050,00), conforme art. 15 Ley 1594, con más la alícuota IVA a quien corresponda.

IV.- Téngase presente la reserva del caso federal formulada por la parte actora.

V.- Regístrese, notifíquese y oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. Alejandra Barroso - Dra. Gabriela Calaccio

REGISTRO N. 39, AÑO 2015.

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

**"P. D. J. L. C/ C. A. S/ ENRIQUECIMIENTO ILICITO Y RECONVENCIÓN POR DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD DE HECHO"** - 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.: 26692/2010) – Acuerdo: 50/15 – Fecha: 30/07/2015

DERECHO CIVIL: Obligaciones.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. FALTA DE PRUEBA. CONCUBINATO. SOCIEDAD DE HECHO. DISOLUCION. RECONVENCION. VALORACION DE LA PRUEBA.

1.- Cabe confirmar la sentencia que desestima la demanda de enriquecimiento sin causa entablada contra quien estuvo unido en concubinato, al considerar la instancia de grado que la pretensión resultó improbada en cuanto a la exclusividad de los aportes de P. para las mejoras sobre los inmuebles que dijo haber abonado. Ello es así, toda vez que a los fines de la procedencia del instituto debe producirse un enriquecimiento y empobrecimiento correlativo, siendo muy difícil la prueba del segundo de los recaudos, no bastando que uno de los dos miembros aparezca como más rico o solvente económicamente, debiendo el que se considera autor de la riqueza demostrar que de su parte ha sufrido un perjuicio. Y esto es justamente aquello que el actor no ha logrado.

2.- Cabe confirmar la sentencia que admite la reconvención por disolución de la sociedad de hecho al considerar que durante el concubinato de las partes se configuró una sociedad de hecho y con ello, al momento de la separación

correspondía liquidar y distribuir los bienes adquiridos durante la vigencia de aquella, por lo tanto condena al actor al pago de la suma de $ 107.913, 92. Ello es así, ya que los testigos casi sin fracturas exponen no sólo sobre las actividades laborales llevadas a cabo por los miembros de la pareja, sino que además ilustran sobre los bienes adquiridos por ésta durante la unión de sus miembros. Más aún dan cuenta sobre el cambio de vehículos en forma frecuente, y, uso de cada uno de ellos; la adquisición de bienes inmuebles, etc. [...] Por otro lado la actividad laboral de la demandada –reconviniente-, no sólo no fue negada por el actor, salvo algún período, sino que los testigos dan cuenta de tales actividades, obrando además [...] el promedio mensual de sueldos netos/ brutos de los últimos 6 años correspondientes a aquella. En cuanto a las del actor, éste no pudo acreditar que contara, durante la unión de la pareja, con una actividad laboral habitual y una renta lo suficientemente importante que le permitiera adquirir en soledad el patrimonio que dan cuenta los testigos y resulta acreditado con los respectivos informes a los registros correspondientes.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de Zapala, Provincia del Neuquén, a los treinta (30) días del mes de Julio del año 2015, la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales, integrada con las señoras Vocales, doctoras Alejandra Barroso y Gabriela B. Calaccio, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Norma Alicia Fuentes, dicta sentencia en estos autos caratulados: "P. D. J. L. C/ C. A. S/ ENRIQUECIMIENTO ILICITO Y RECONVENCIÓN POR DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD DE HECHO", (Expte. Nro. 26692, Año 2010), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. Gabriela Calaccio, dijo:

Que vienen estos autos en apelación en orden al recurso deducido por la actora contra la sentencia dictada en fecha 2 de febrero del 2015, obrante a fs. 507/524, que desestima la demanda de enriquecimiento sin causa y admite la reconvención por disolución de la sociedad de hecho, considerando que del análisis integral de la prueba producida, recurriendo a la sana crítica se aprecia que las partes constituyeron una sociedad de hecho durante el concubinato, no hallando probado los recaudos de la figura del enriquecimiento sin causa, teniendo en cuenta además, que el actor no pudo demostrar el origen del dinero con el cual habría contribuido al mayor valor del inmueble donde reside la demandada. En tal inteligencia establece el valor del capital social contabilizando los bienes denunciados por la demandada, considerando el aporte por mitades, impone costas de ambas acciones al actor y difiere la regulación de honorarios.

Contra tal decisión se alza el actor reconvenido, a fs. 525 y vta., expresando agravios a fs. 542/563 y vta.

Sintéticamente los mismos giran en torno al rechazo de la demanda por enriquecimiento sin causa y admisión de la reconvención e imposición de costas a su cargo por ambas acciones, haciendo reserva del recurso federal.

En este sentido afirma en el primer agravio que el juez incorpora exigencias para acreditar el instituto del enriquecimiento sin causa que el derecho no regula y con ello la sentencia se torna arbitraria, y absurda valoración de la prueba. Luego de caracterizar el instituto en examen considera que el juez rechaza la demanda porque P. no explicó como obtuvo el dinero que dice haber invertido en el terreno de C., exigiendo un requisito que no es requerido por la doctrina y jurisprudencia.

Rebate que el juez establezca la existencia de aportes mancomunados, afirmando que ello implica la presencia del enriquecimiento y rechace la demanda, admitiendo la existencia de la sociedad de hecho, con lo cual admite los aportes efectuados por P..

Considera que se presentan aspectos de absurdo probatorio en tanto C. no acreditó su capacidad económica y a P. le exige probar el origen del dinero y cuánto ganaba, afirmando que sus conclusiones se fundan en la sana crítica.

Afirma que se ignora los testigos propuestos por el actor que no fueron cuestionados y sus declaraciones se encuentran respaldadas por prueba documental y por el indicio que surge que P. destine el alquiler del departamento y quincho para pagar los alimentos a sus hijos, que fuera aceptado por C., con lo cual tácitamente acepta haber recibido dinero sin causa para edificar.

Incorpora los testimonios de la demandada como prueba en contra del actor, que a su criterio, resultan de escaso valor probatorio, analizando el testimonio de cada uno, considerando que revelan enemistad, carecen de idoneidad y los inhabilita como testigos. Considera que los mismos, además, carecen de precisiones en cuanto a probar concretamente el monto de dinero que C. y P. invirtieron en la sociedad de hecho o en la edificación de la vivienda, departamento y quincho.

Entiende que la prueba aportada por el actor constituye el requisito que el derecho judicial exige para probar el enriquecimiento sin causa.

Se agravia igualmente en cuanto considera que siendo la prueba de la existencia de la sociedad de hecho muy dificultosa el juez opte por la sociedad comercial y no por la derecho civil. Cita abundante doctrina y jurisprudencia a la cual me remito en honor a la brevedad, afirmando que la contribución de P. con dinero para la edificación está acreditada por tres medios de prueba, instrumental, testimoniales y presunción por homologación del acuerdo de alimentos, dejando pedido la suma de $56.217.79, ya que en la demanda el monto del enriquecimiento se supeditó a la prueba a producir y la sentencia, afirmando que el reclamado en esta oportunidad surge del abonado por materiales y por mano de obra, según testimonio de B..

En relación a las pruebas del enriquecimiento, detalla las producidas relativas a documental, informativa, instrumental, testimoniales, remitiéndome a las mismas en honor a la brevedad.

Finalmente se agravia en relación a la imposición de costas, por considerar que le asistía el derecho a demandar atento que resulta ésta una de las vías que la doctrina judicial autoriza en casos de cesación de convivencia entre personas no unidas en matrimonio.

Se agravia seguidamente en orden a la admisión de la demanda por liquidación de sociedad de hecho y condena al pago de la suma de $ 107.913, 92.

En éste comienza transcribiendo lo que entiende como doctrina judicial de la Provincia de Neuquén, y derecho judicial nacional, citando fallos y transcribiendo opiniones doctrinales a los cuales me remito en honor a la brevedad.

Considera que el juez ha equiparado la unión convivencial con el matrimonio, igualando la convivencia con la sociedad de hecho, determinando la disolución de aquella al momento de la cesación de la unión convivencial.

Entiende que no se ha logrado probar la existencia de la sociedad de hecho, ya que no puede basarse en presunciones o testimoniales, sino en efectivos aportes de dinero, trabajo, actividad de la sociedad con miras a obtener una utilidad apreciable económicamente. Sostiene que el agravio se sustenta porque sin acreditar la señora C. aportes en bienes, dinero o trabajo personal y el destino de los mismos de servir a una gestión común con el ánimo de obtener y dividir las ganancias y repartir el peso de las pérdidas, se hace lugar a la reconvención, siendo una sentencia incongruente, que carece de ley aplicable, ultra petita y arbitraria.

Analiza la prueba testimonial e informativa, afirmando que no hay prueba que permita inferir siquiera por indicios la existencia de la sociedad de hecho.

Se agravia asimismo por la imposición de costas, considerando que se debe aplicar la segunda parte del art. 68 del CPCC.

Finalmente cuestiona y se agravia por la tasa de interés aplicada en la sentencia, porque considera que no hay pruebas de una sociedad comercial, no justificando imponer un interés que no es propio de las obligaciones civiles, pidiendo se determine la tasa pasiva del Banco de la Provincia de Neuquén.

Hace reserva del caso federal por valorar de manera arbitraria la cuestión debatida, brindando un trato desigualitario y afectar el derecho de propiedad.

Trasladado el recurso es respondido por la demandada reconviniente a fs. 565/592 y vta. en los términos que surgen de tal pieza procesal.

Que corresponde seguidamente ingresar en el análisis del escrito de expresión de agravios a fin de evaluar si aquellos transitan el test de admisibilidad prescripto por el art. 265 del CPCC. En ese sentido y ponderado que fuera con criterio amplio, y favorable a la apertura del recurso, conforme precedentes de esta Sala, para armonizar adecuadamente las exigencias legales y la garantía de la defensa en juicio entiendo que la queja traída cumple con aquellos, sin perjuicio que su lectura resulta dificultosa, por la ausencia de precisión en los agravios.

Que como lo he sostenido en numerosos precedentes de esta Sala, los jueces no estamos obligados a seguir puntillosamente todas las alegaciones de las partes, sino aquellas que guarden estrecha relación con la cuestión discutida, ni ponderar todas las medidas de prueba sino aquellas que sean conducentes y tengan relevancia para decidir la cuestión sometida a juzgamiento, en este sentido "No es necesario que se ponderen todas las cuestiones propuestas por el recurrente, sino sólo aquellas que se estimen decisivas para la solución del litigio" (cfr. "Dos Arroyos SCA vs Dirección Nacional de Vialidad (DNV) s Revocación y nulidad de resoluciones"; Corte Suprema de Justicia de la Nación; 08-08-1989; Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN; RCJ 102597/09)".

En aquella dirección analizaré los agravios en el orden que fueran expuestos, adelantando opinión negativa a la procedencia de los mismos, conforme las razones que más abajo expondré.

El actor se agravia en primer lugar por el rechazo de la acción por enriquecimiento sin causa, considerando entre otros aspectos que el juez exige un recaudo extra para la procedencia de la demanda, esto es acreditar el origen de los fondos con los cuales el accionante habría afrontado el pago de las mejoras que dice abonó.

No comparto tal argumentación. Si bien el magistrado refiere sobre esta cuestión, lo concreto es que desestima la demanda por improbada, en cuanto a la exclusividad de los aportes de P. para las mejoras sobre los inmuebles, analizando la totalidad de la prueba producida para acreditar la plataforma fáctica allí expuesta, de acuerdo a la sana crítica, conforme el art. 386 del CPCC.

Ahora bien, sabido es que el Código Civil actual no ha sistematizado los preceptos que guardan conexión con el instituto en examen, encontrando algunas disposiciones aisladas que constituyen aplicaciones de este principio, a diferencia del Código Civil y Comercial, aprobado por ley 26994, de inminente vigencia que lo trata en el art. 1794, sgtes. y concordantes.

Que asimismo y con la vigencia de tal cuerpo normativo, será este instituto uno de los que se considerarán para resolver las cuestiones patrimoniales nacidas luego del cese de la convivencia en las nuevas uniones convivenciales, si no mediaran los pactos de convivencia receptados por aquél.

No obstante ello, lo concreto es que actualmente doctrinal y jurisprudencialmente se exige que la parte reclamante demuestre haberse empobrecido sin causa y al mismo tiempo pruebe el enriquecimiento de su ex compañera, para que prospere el instituto en examen.

Luego habrá que analizar con la prueba producida si realmente se produjo ese empobrecimiento y enriquecimiento correlativos.

En este aspecto entiendo que no ha logrado acreditar con la certeza exigida los recaudos más arriba indicados. En relación a la omisión de prueba del origen del dinero para la inversión en el terreno, asiste razón al quejoso en tanto no es exigida para la procedencia o no del instituto en exámen, con lo cual la suscripta no ingresará en esta cuestión, ni será merituada para el resultado de la acción, máxime considerando que no ha sido éste, conforme se dijo más arriba, el que motivara el rechazo de la demanda, sino la ausencia de material probatorio en orden a la propiedad exclusiva de las mejoras introducidas al inmueble y con ello el derecho al reintegro de lo aportado para tales construcciones.

Ahora bien, el actor al momento de demandar reclama una suma dineraria proveniente, según afirma, de las erogaciones que habría realizado para diversas construcciones, acompañando facturas como prueba documental, que fueran reconocidas como auténticas por el emisor de las mismas, a fs. 282, sin perjuicio de reclamar en esta instancia una suma distinta a aquella, que tampoco habrá de ser motivo de análisis por la extemporaneidad del reclamo.

Dicha documental que prueba la adquisición de distintos materiales de construcción durante un período que se extiende desde el año 2004 al 2010, acreditan que P. compró los mismos, debiendo dejarse constancia que el período excede la fecha en que se habría producido la separación de la pareja, que data de agosto del 2009, con lo cual mal pueden considerarse.

Sin embargo esta prueba no acredita el destino dado a esas inversiones, o en su caso si el dinero con el cual efectuó tales erogaciones eran fondos propios o comunes de ambos integrantes de la pareja, máxime habiéndose reconocido la titularidad del inmueble en cabeza de la demandada, resultando aplicable a la cuestión el art. 2519 del CC, que establece el principio que las obras de refacción pertenecen al dueño del suelo por el principio de accesión, salvo prueba en contrario. En este sentido entiendo que la compra de materiales de construcción a nombre del señor P. no resulta prueba suficiente de la afectación de fondos propios para ellos, pues la unión de hecho de los miembros de esta pareja durante tanto tiempo, hace presumir como factible el uso del dinero del otro.

Esta cuestión tampoco aparece clarificada por los testimonios brindados a fs. 79 y vta. por parte de M. O. V. quien dice haber vendido los materiales a P. y que realizaba los pagos; a fs. 203 I. A. L. quien afirma "….una o dos veces lo acompañé a D. a buscar materiales pero no se más que eso….la vez que yo fui, los materiales los pagó él, pero no se el resto…". No comparto en este aspecto los agravios esbozados por el apelante, respecto de los cuales he dado respuesta en este voto.

Ahora bien, dije más arriba que a los fines de la procedencia del instituto debe producirse un enriquecimiento y empobrecimiento correlativo, siendo muy difícil la prueba del segundo de los recaudos, no bastando que uno de los dos miembros aparezca como más rico o solvente económicamente, debiendo el que se considera autor de la riqueza demostrar que de su parte ha sufrido un perjuicio.

Y esto es justamente aquello que el actor no ha logrado. Veamos, en primer lugar las testimoniales rendidas en la causa mencionan la situación económica de los miembros de la pareja tanto al inicio de la vida en común, como luego de la separación, marcando en particular sobre el buen nivel de vida del actor en relación a la demandada reconviniente. Así a fs. 180/183, la testigo M. L. C. indica ".. en el caso de C., si. redujo todas sus participaciones sociales. Estaba muy necesitada de volver a tener el doble turno de trabajo para poder hacer frente a sus necesidades cotidianas. En el caso de P., se que compró una vivienda y lo se porque está viviendo al frente de una compañera de colegio y ha cambiado la camioneta…" A fs. 204/205 la testigo J. M. dice "…a partir de la separación tuvo que afrontar los gastos de la casa y de los chicos, tuvo que tomar horas por la mañana y tengo entendido que estuvo preparando alumnos para exámenes. Tuvo y tiene que hacer un gran esfuerzo para mantener el colegio y las actividades de los chicos…" A fs. 206/207, M. S. R. afirma "….me la volví a encontrar en el colegio y me contó que había tomado más horas para intentar mantener el nivel de vida. Además los chicos me han contado por ejemplo T. creo que me comentó de natación que no iba a hacer más porque su mamá no le podía pagar…." A fs. 208/209 y vta., M. A. I. dice "…ella siguió viviendo en la misma casa con los chicos y él se compró una casa que queda enfrente de la mía, que es bastante más grande que la de A.C. ……sigue viviendo en la misma casa, tiene un auto más viejo… El se compró una camioneta nueva… Compró la casa que dije y hay una lancha muy grande en el jardín…". A su turno a fs. 213/214, O. A. C. expresa "…quedó sin nada (refiriéndose a C.) con la ayuda nuestra compró un autito Clio modelo 90 …., con referencia a P. expresa "….calculo que ha cambiado para bien, por la venta de los vehículos, la compra de una casa en el loteo Los Robles por ahí… mal no se lo ve está mejor o como estaba antes…."

Los testimonios analizados más arriba, producen en la suscripta suficiente valor convictivo, en este sentido "….En la apreciación de la prueba de testigos el magistrado goza de amplia facultad: admite o rechaza lo que su justo criterio le indique como acreedora de mayor fe, en concordancia con los demás elementos de mérito que obren en el

expediente. El peso del testimonio debe ser valorado de acuerdo con las reglas de la sana crítica tomando en cuenta factores individuales y conjuntos, subjetivos y objetivos. Entre los primeros los testimonios respecto de los demás testigos. En conjunto con relación a las demás pruebas que la causa ofrezca. Factores subjetivos de idoneidad del testigo y objetivos por el testimonio mismo, en su relación interna y externa de los hechos, por su verosimilitud, coherencia, etc". (Jerez Daniel Roberto y otro vs,D´Alfonso Gabriel Omar y otro s/ Daños y Perjuicios "CNA en lo Civil, Sala H, 31 -5-2002, Rubinzal Online, RC J 169/03).

Por otra parte ha quedado reconocido que el accionante vivió en el inmueble asiento del hogar de la familia, durante algunos años, con lo cual sin dudas gozaba del inmueble ajeno y las mejoras allí introducidas sin pagar alquiler.

Más aún las partes pactaron a los fines de la contribución alimentaria que las rentas que produjera el departamento y quincho garaje serían afectadas al pago de los alimentos de los hijos por parte de P., vale decir que éste utilizó en su provecho los frutos civiles del inmueble, independientemente del destino dado a los mismos.

Finalmente, el enriquecimiento debe carecer de justificación legítima o ausencia de causa. En este sentido comparto la jurisprudencia que sostiene, "….esta conclusión también permite descartar la existencia de un enriquecimiento sin causa pues no se comprobaría el requisito de "ausencia de causa"… pues al llegar como admitido que las partes integraban una unión de hecho, ya no podría hablarse tampoco de esa falta de causa, pues quienquiera que consideremos "enriquecido" lo habrá sido en todo caso por una razón lícita y valedera: haber aportado al proyecto familiar de vivienda común…" (partes M.E.F c/ M.B.R s/ cumplimiento de contrato y su acumulado M.E.F c/ M.B.R s/ cobro ordinario de sumas de dinero" Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea .11 de julio del 2013-MJ-JU-M-80824-AR/MJJ 80824/MLL80824).

Dicho lo anterior queda claro, que aún partiendo de la premisa del reconocimiento de aportes por parte de P. para las mejoras en el inmueble, dentro de los límites más arriba indicados, no alcanza para configurar el instituto en examen y admitir los agravios expresados en torno a éste, pues ninguna duda cabe que el actor no ha logrado acreditar los recaudos exigidos más arriba para su procedencia, esto es el enriquecimiento y empobrecimiento correlativo entre los miembros de la pareja y la ausencia de causa.

En torno al agravio por la imposición de costas al desestimar la acción principal y el argumento que surge del art. 68 2da parte del CPCC, no puede prosperar.

En efecto el quejoso dice que tenía razones fundadas para demandar por tratarse el instituto en exámen de una de las vías que la doctrina autoriza en caso de cesación de convivencia de hecho.

Entiendo que este argumento cede ante el principio objetivo de la derrota, art. 68 primera parte del CPCC, ya que "…la existencia de una razón fundada para litigar no tiene autonomía para concretar la eximición de costas, de manera que la sola invocación no constituye argumento suficiente para su improcedencia. Por eso, ni la buena fe, ni el hecho de creerse con derecho para litigar fundan la limitación del principio general. La convicción fundada de obrar ajustado a derecho significa que el argumento que porta la pretensión lleve consigo una razonable causa para pedir la actividad jurisdiccional. De otra manera la simple necesidad de recurrir a los jueces no es suficiente para revertir la condena en costas". (Costas Procesales –Osvaldo Gozaini Volumen 1, pág. 233).

Seguidamente ingresaré a los agravios vertidos en torno a la admisión de la reconvención deducida por la demandada. En este sentido el juez de grado considera que durante el concubinato de las partes se configuró una sociedad de hecho y con ello, al momento de la separación correspondía liquidar y distribuir los bienes adquiridos durante la vigencia de aquella.

A su turno el quejoso con sustento en lo que entiende doctrina judicial, cuestiona la sentencia porque considera que el juez igualó la convivencia con la sociedad de hecho, pretendiendo darle efecto matrimonial a este tipo de uniones, marcando que determina la disolución al momento de la cesación de la unión convivencial.

Considera que la reconviniente no ha logrado probar la existencia de la sociedad de hecho, no obstante el resultado del pronunciamiento.

Ahora bien, actualmente las uniones de hecho no tienen recepción legislativa, con lo cual al cese de las mismas, se plantean conflictos patrimoniales de difícil resolución, recurriendo a distintas figuras, tales como la sociedad irregular o de hecho (arts. 1648 siguientes y concordantes del Código Civil).

Con la reciente sanción del Código Civil y Comercial que comenzará a regir a partir de agosto, se ha resuelto parcialmente este problema receptando las uniones convivenciales (arts. 509) y la posibilidad de pactar todo lo relativo a la división de los bienes obtenidos con el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia (art. 514 inc d).

A falta de aquellos pactos, en forma supletoria se regirá lo establecido por la normativa civil, que optó por un régimen de separación de bienes, manteniendo cada uno la administración y disposiciones de "los bienes de su titularidad" (art. 518 segundo párrafo, todos del CCCo).

Es decir que esta solución ha venido a resolver, aún parcialmente, innumerables conflictos nacidos a partir del cese de la vida en común, muchas veces resueltos con notable injusticia, particularmente porque la prueba de los aportes se ha tornado de difícil acreditación, partiendo de la premisa que aquellos se hicieron sustentados en la convivencia y el afecto entre los miembros de la pareja y sin mediar entre los mismos documentación que los avale.

Dicho lo anterior a fin de dilucidar correctamente la cuestión, debemos partir de la circunstancia que nos encontramos ante una pareja que convivió durante más de 16 años, que tuvo dos hijos y un importante crecimiento patrimonial, al decir de los numerosos testigos que depusieron en la causa, evaluando seguidamente si el mismo se produjo con el aporte y esfuerzo común, dando respuesta a los agravios del quejoso.

En este sentido no puedo desconocer que "….si bien entre los concubinos puede existir una sociedad, su conformación no es consecuencia necesaria de este tipo de relación, ni tampoco puede ser extendida a todos los bienes, acorde con lo dispuesto por el art. 1651 del Código Civil. Se deben probar los aportes (art. 1648 del Cód Civ.) y que los mismos estaban destinados a desarrollar una gestión económica, aunque no se requiere que inexorablemente tenga una finalidad de lucro "(CCCom de Paraná, sala II, 3-11-2004, Zeus t 98, R.760, n° 21017-Tratado de Derecho de Familia Aída Kemelmajer de Carlucci-Marisa Herrera –Nora Lloveras, tomo II, pág 222).

El quejoso se agravia por considerar que la prueba producida no logró acreditar la existencia de la sociedad, cuestionando entre otras cosas las testimoniales producidas.

No comparto con el requirente el análisis que formula en relación a los testigos que depusieron en la causa, en cuanto al desconocimiento de la existencia de la sociedad de hecho, por la sencilla razón que no fueron interrogados sobre esta cuestión, baste para ello remitirnos a las actas de audiencias correspondientes.

En este aspecto los testigos casi sin fracturas exponen no sólo sobre las actividades laborales llevadas a cabo por los miembros de la pareja, sino que además ilustran sobre los bienes adquiridos por ésta durante la unión de sus miembros. Más aún dan cuenta sobre el cambio de vehículos en forma frecuente, y, uso de cada uno de ellos; la adquisición de bienes inmuebles, etc. A fs. 285/286 Marcela del Valle claramente afirma "…..si creo que sí, porque el sueldo que ella tenía era un aporte más a la familia. Hoy con ese sueldo tiene que solventar todos los gastos de ella y de sus hijos, y tiene que administrarse mucho más…."

Por otro lado la actividad laboral de la demandada, no sólo no fue negada por el actor, salvo algún período, sino que los testigos dan cuenta de tales actividades, obrando además a fs. 245/246 informe del Colegio Fasta del promedio mensual de sueldos netos/ brutos de los últimos 6 años correspondientes a aquella. En cuanto a las del actor, éste no pudo acreditar que contara, durante la unión de la pareja, con una actividad laboral habitual y una renta lo suficientemente importante que le permitiera adquirir en soledad el patrimonio que dan cuenta los testigos y resulta acreditado con los respectivos informes a los registros correspondientes.

Más aún, he analizado profundamente la totalidad de las actuaciones y en particular los sucesivos informes de dominio que obran en autos y surge que en cuanto a los rodados, a fs. 291/293 obra el informe del vehículo Citroen C3 dominio ... que obra inscripto en fecha 18-3-2008 a nombre de la demandada, y a fs. 323/325 obra información en relación a la camioneta Ford Ranger XLT dominio ... inscripta en fecha 7 de enero del 2004 a nombre de ambas partes. A su turno a fs. 106 obra boleto de compraventa suscripto por ambas partes del inmueble nomenclatura catastral 15-20-047-4064-

0002, reconocida la misma por el actor, quien intenta justificar la escritura del mismo a su nombre con una argumentación, que compartiendo con el "aquo", no merece respuesta por la carencia de prueba en tal sentido.
La prueba reseñada y la restante producida, analizada, bajos las reglas de la sana crítica (art. 386 del CPCC) y conforme las pautas señaladas en el fallo que se transcribe más abajo que comparto me llevan a la convicción de la existencia de la mentada sociedad de hecho entre los miembros de esta pareja, conformada por los aportes que ambos, a partir de la actividad rentada que ejercieron durante la unión, aportaron para la adquisición de los bienes que conformaron el patrimonio común de la misma, beneficiando sin dudas a la familia en su conjunto.
En este sentido "…a fin de acreditar la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos, no existe precepto legal alguna que establezca que la valoración de la prueba deba realizarse con mayor estrictez, por lo que puede tenerse por acreditada con cualquiera de los medios de prueba expresa o implícitamente admitidos por las leyes procesales y de conformidad al sistema de valoración en ellas establecido …"(SCJB 6.6.2011, L.L Online AR/JUR/27802/2011- Revista de Derecho Privado y Comunitario, Uniones convivenciales, tomo 2014-3, pág. 327).
Esta solución se condice además, con la circunstancia que ninguno de los miembros de la pareja logró acreditar con suficiente margen de certeza que los bienes adquiridos durante la unión de hecho, lo hayan sido con aportes exclusivos de cada uno, o que se trató de bienes o frutos de bienes anteriores a la misma, o propios de una actividad exclusiva de uno de ellos, correspondiendo en consecuencia desestimar el agravio del quejoso en este aspecto.
Mediando el agravio sólo en lo relativo a la existencia de la sociedad de hecho viene firme a la Alzada la composición del patrimonio de la misma y su liquidación, con lo cual no habré de ingresar en su análisis.
Por lo dicho más arriba no admitiré tampoco el agravio relativo a la imposición de costas, reiterando lo sostenido en relación a esta cuestión cuando se analizó la condena en costas relacionado con la desestimación de la acción por enriquecimiento sin causa, ya que las consideraciones valen para ambas situaciones.
En torno al agravio referido a la aplicación de la tasa activa, el mismo no cumple mínimamente con el recaudo contenido en el art. 265 del CPCC, que amerita la deserción del recurso en este aspecto.
No obstante lo dicho, en el art. 622 del Código Civil de Vélez se establece que "el deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación, desde el vencimiento de ella. Si no hay intereses convenidos, debe los intereses legales que las leyes especiales hubiesen determinado. Si no se hubiere fijado el interés legal, los jueces determinarán el interés que debe abonar". En la nota al citado artículo Vélez Sarsfield expresó " Me he abstenido de proyectar el interés legal, porque el interés del dinero varía tan de continuo en la República, y porque es muy diferente el interés de los capitales en los diversos pueblos. Por lo demás el interés del dinero en las obligaciones de que se trata, corresponde a los perjuicios e intereses que debía pagar el deudor moroso".
La doctrina ha expresado que "La justicia debe fijar en cada supuesto tasas adecuadas, que resarzan al acreedor por la no utilización de su dinero, pero esta no es una cuestión que pueda ser decidida con independencia de las circunstancias de cada proceso y sin considerar quien debe pagarlas. Los intereses judiciales deben ser establecidos teniendo en cuenta a qué clase de relación jurídica se aplica…", de modo que "la justicia o injusticia de una tasa de interés determinada sólo puede ser apreciado al momento de practicarse la correspondiente liquidación". (Rivera Julio César; intereses, suplemento especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley, Editorial La Ley, julio 2004, pág 23)
Considero que dada la realidad económica de nuestro país, donde aún compartiendo los índices oficiales la existencia de inflación es innegable, siendo un elemento a tener en cuenta al momento de establecer la tasa de interés que por su mora ha de pagar el deudor, la tarea jurisdiccional debe orientarse a preservar el valor adquisitivo de la condena. Así cabe tener presente que "los intereses moratorios deben cumplir una función reparadora del daño (moratorio) causado al acreedor por la falta de pago oportuno de su acreencia. A través de ese mecanismo no sólo se preserva la plenitud de la reparación sino también el principio de integridad del pago que consagra nuestro Código Civil" (autor y obra citada, pág. 82).
En esta dirección considero, dado el franco incremento del índice inflacionario y el mantenimiento por parte del Banco de la Provincia del Neuquén desde el año 2010 a la fecha de las tasas de interés (la activa en el 2010 y 2011 se mantuvo inamovible en un 19,07% y en el 2012 del 21,05%), conforme la información recabada del Gabinete Técnico

Contable de nuestro Poder Judicial (gtcng@jusneuquen.gov.ar), que la tasa activa es la que resulta más justa para resarcir a la demandada.

En consecuencia y conforme lo dicho propongo al acuerdo, confirmar la sentencia en todo lo que fuera motivo de agravios, con costas en esta instancia al requirente perdidoso, en orden al principio objetivo de la derrota, difiriendo la regulación de honorarios hasta la etapa procesal correspondiente, de acuerdo al art. 15 ley 1594.

Mi voto.

A su turno, la Dra. Alejandra Barroso dijo: por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto.

Mi voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el actor a fs. 525, con memorial de agravios obrante a fs. 542/563, y en consecuencia, confirmar en cuanto ha sido materia de apelación la sentencia dictada en fecha 2 de Febrero del año 2015, obrante a fs. 507/524, de acuerdo a lo considerado.

II.- Imponer las costas de alzada a la recurrente vencida, conforme a lo expresado en los considerandos.

III.- Diferir la regulación de honorarios profesionales hasta la etapa procesal correspondiente, de acuerdo al art. 15 lel 1594.

IV.- Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan las actuaciones a origen.

Dra. Alejandra Barroso - Dra. Gabriela B. Calaccio

Registro de Sentencias Definitivas N°: 50/2015

Dra. Norma Alicia Fuentes - Secretaria de Cámara

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

**"RAMIREZ AYELEN MARISOL C/ DOMINGUEZ PABLO ANDRES Y OTRO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 33235/2012) – Acuerdo: 52/15 – Fecha: 30/07/2015

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

JORNADA DE TRABAJO. HORAS EXTRAS. REGISTRO DE HORAS SUPLEMETARIAS. PRESUNCIONES.

> 1.- [...] con relación a la valoración de la prueba de las horas extras, y más allá del criterio que se adopte acerca del mayor o menor rigor probatorio exigido, en este caso concreto, considero que la actora no ha logrado demostrar la realización de las mismas en forma habitual y permanente conforme lo afirmado en su demanda.

2.- [...] si bien comparto con la apelante lo atinente al régimen presuncional establecido por el art. 55 de la LCT, siendo que el art. 6 de la ley 11.544 y el art. 21 del decreto 16.115/1933, normas que a su vez receptan lo dispuesto en el art. 8 del Convenio Nº 1 de la OIT y en el art. 11, punto 2 del Convenio Nº 30, imponen la obligación de llevar registros de horas suplementarias y que ante su ausencia y lo dispuesto por el art. 52 inc. g de la LCT, se tornaría operativa la presunción del art. 55 de la LCT; sin embargo, en el presente caso dicha presunción ha sido suficientemente desvirtuada por los testigos que afirmaron que la actora realizaba una jornada de 8 hs., dando suficiente razón de sus dichos.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de Zapala, Provincia del Neuquén, a los treinta (30) días del mes de julio del año 2015, la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctoras Alejandra Barroso y Gabriela B. Calaccio, con la intervención de la Secretariade Cámara, Dra.Norma Alicia Fuentes, dicta sentencia en estos autos caratulados: "RAMIREZ AYELEN MARISOL C/ DOMINGUEZ PABLO ANDRES Y OTRO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES", (Expte. Nro.: 33235, Año: 2012), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. Alejandra Barroso, dijo:

1. Llegan los autos a esta instancia por recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fs. 290/294/vta.), contra la sentencia de fecha 5 de marzo de 2015 (fs. 274/280) que rechaza la demanda interpuesta e impone costas.

Habiéndose conferido el pertinente traslado, el mismo no merece respuesta.

2. Agravia a la recurrente el rechazo de la demanda por entender que las constancias del expediente no han sido correctamente ponderadas ni lo ha sido el derecho aplicable, habiendo apreciado las pruebas documentales y testimoniales en forma parcial y errónea.

Controvierte puntualmente la posición que se enarbola en la sentencia en orden a la prueba de las horas laboradas en exceso de la jornada normal de trabajo, compartiendo con el a quo que su acreditación corresponde al actor, pero cuestionando que se le imponga rendir una prueba rigurosa, categórica e indubitada, sino que, tratándose de un hecho controvertido más, se debería probar como cualquier otro, por cualquier medio, no existiendo norma legal alguna que imponga al trabajador una actividad probatoria extraordinaria o excepcional como lo pretende el sentenciante.

Afirma que tal postura se sostiene en sostener que las horas suplementarias no son algo normal o habitual, y que esta creencia se encuentra alejada de la realidad, máxime en una localidad como San Martín de los Andes, con gran afluencia turística y particularmente tratándose de la actividad gastronómica que explotan los demandados. Señala que durante las temporadas altas las horas extras son algo cotidiano, usual, por incrementarse la actividad laboral.

Con transcripción parcial de los testimonios de Federico Mercanti, María Inés Valenzuela e Iván Andrés Prieto, afirma que de sus declaraciones, unidas a las circunstancias relativas a la actividad de la explotación gastronómica y los usos y costumbres del lugar, no puede válidamente concluirse que las horas suplementarias son excepcionales sin incurrir en un apartamiento de las normas de valoración de la prueba.

En orden a los registros que debía llevar el empleador, destaca que existe obligatoriedad de llevar un libro especial en virtud de lo establecido por el art. 8 del Convenio N° 1 de la OIT y por el art. 11, punto 2 del Convenio N° 30 de la OIT, con jerarquía supralegal, normas receptadas a su vez en el art. 6 de la ley 11.544 y art. 21 del dec. 16.115/33, que transcribe.

Afirma que sin perjuicio de que el perito compulsó el libro de sueldos y jornales del art. 52 de la LCT, sin embargo, los demandados no llevan el libro especial al que refiere la ley 11.544, en el que se asientan las horas suplementarias realizadas, por lo que entiende que no es suficiente la exhibición del libro del art. 52 de la LCT.

Considera que, acreditada por medio de los testigos la extensa jornada laboral prestada por su parte, el hecho de que en los libros exhibidos no conste la realización de horas extras y que además no se exhibiera el libro al que alude el art. 6 inc. c de la ley 11.544, torna operativa la presunción contenida en el art. 55 de la LCT. Agrega que no podría argüirse que no existía obligatoriedad de llevar un registro de aquello que no existía –horas extras- puesto que los propios testigos ofrecidos por los empleadores dieron cuenta de la prolongación en la jornada.

Cuestiona que el a quo haya hecho mención de las declaraciones testimoniales que dan cuenta de la realización de una jornada de trabajo suplementaria y también citado a quienes dijeron lo contrario, sin aclarar cuál fue la valoración que lo llevó a otorgar mayor valor convictivo a aquellos que negaron su realización, máxime, considerando que la extensión de la jornada en temporada alta resulta ser lo común y ordinario.

Seguidamente cuestiona el rechazo de otra de las injurias invocadas para resolver el contrato de trabajo, esto es la fecha de ingreso de la actora.

Considera que, más allá de las contradicciones en las que pudieran haber incurrido los testigos, lo cierto es que de las constancias acompañadas por la AFIP-DGI, surge sin duda alguna que la real fecha de ingreso fue en el mes de septiembre de 2002, tal como se reclamara, siendo que no existe otra explicación razonable para el hecho de que desde ese mes se le hayan realizado aportes y contribuciones. Expresa que la actora tomó conocimiento de dicha registración recién cuando el organismo fiscal respondió tal oficio. Antes de ello, tenía la certeza de su defectuosa registración teniendo en cuenta que la falsa fecha de ingreso –enero de 2003- se hacía constar en sus recibos oficiales de haberes.

Agravia a esa parte que el juez sostenga que no habría existido trabajo en negro y que el error en la registración sería sólo formal, no existiendo entonces injuria suficiente a los fines de la ruptura de la relación de trabajo, sin tener en cuenta la negativa sistemática de los demandados con relación a la real fecha de ingreso, incluso ante el apercibimiento del despido, conducta que diera origen al presente proceso judicial.

Invocando la teoría de los actos propios afirma que mal pudo el codemandado Domínguez registrar la relación desde que la actora comenzó efectivamente a trabajar, consignar en los recibos una fecha de ingreso posterior y ante el requerimiento para corregir dicha falencia negar esa realidad que antes había admitido y registrado.

En estos términos, el a quo omite mandar a corregir la real fecha de ingreso consignada por el empleador en las certificaciones de servicios y remuneraciones y en el certificado de trabajo.

Realiza otras consideraciones a las que me remito, cita jurisprudencia que hace a su derecho y solicita se revoque la sentencia apelada en lo que ha sido motivo de agravios, con expresa imposición en costas.

Formula reserva de caso federal.

3. En forma previa a ingresar al estudio del recurso interpuesto señalo que considero que la queja traída cumple con la exigencia legal del art. 265 del C.P.C.C.

En esta cuestión, y conforme ya lo he expresado en anteriores precedentes, la jurisprudencia sostiene que: "…Este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 265 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional. De allí entonces que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto. Ahora bien, no obstante tal amplitud en la apreciación de la técnica recursiva, existe un mínimo por debajo del cual las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como agravios en el sentido que exige la ley

de forma, no resultando legalmente viable discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista (conf. C. N. Civ., esta Sala, Expte. Nº 70.098/98 "Agrozonda S. A. c/ Jara de Perazzo, Susana Ventura y otros s/escrituración" y Expte. Nº 60.974/99 "Agrozonda S. A. c/Santurbide S. A. y otros s/daños y perjuicios" del 14/8/09; Idem., id., Expte. Nº 43.055/99, "Vivanco, Ángela Beatriz c/Erguy, Marisa Beatriz y otros s/daños y perjuicios" del 21/12/09)….(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, "Scott, Sonia Lorena c/ Guerra Cruz, Angelina s/daños y perjuicios", 27/10/2011, Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/67333/2011)".

He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica).

También puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir a los apelantes en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimentes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean.

5. Seguidamente ingresaré a analizar los agravios traídos a esta instancia por la actora recurrente.

a) He de principiar con la queja referida a la prueba de las horas extras cuyo pago se reclama y que también fuera invocada como injuria para motivar el despido indirecto.

En esta cuestión ya he tenido oportunidad de expedirme en autos "AGUILERA GRACIELA C/ GIUSSANI JOSE S/ DESPIDO INDIRECTO" (29.421/11), S.D. Nro. 19/2014, de fecha 01/07/2014, de esta Sala I, en el cual hube de dejar a salvo mi criterio con respecto a los parámetros para efectuar la valoración, adhiriendo expresamente a la postura amplia y no restrictiva en este aspecto.

Brevemente he de consignar los argumentos expresados por Fernández Madrid (entre otros): "…En principio la prueba del trabajo extraordinario está sujeto a las reglas comunes y le corresponde al trabajador que reclama el pago de las horas extraordinarias acreditar los hechos que las justifican… no existe norma jurídica que imponga que las horas extras deben acreditarse con otros medios que no sean los previstos por la legislación para el resto de los hechos litigiosos…".

Con cita de Oscar Ermida Uriarte, el citado autor expresa: "…esa posición restrictiva no tiene justificación teórica ni práctica. Más aún, en la actualidad, en que es un "hecho notorio" que la mayor parte de los trabajadores trabajan horas extras más allá del límite legalmente autorizado, el examen restrictivo de la prueba de estas horas adolece, además, de desconocimiento de la realidad…" (conf. Fernández Madrid, Juan Carlos; Tratado práctico de derecho del trabajo; Tomo II, Ed. La Ley, págs. 1615/1617).

También es el criterio de la Cámara de Apelaciones de Neuquén, Sala I, en autos: "MEDINA ANA LAURA C/ CRUCERO DEL NORTE S.R.L. S/ COBRO DE HABERES", EXP Nº 381312/8, sentencia del 13/12/11, Ac. 229/11, en los cuales, recurriendo a la misma cita doctrinaria, se sostuvo que: "1. La prueba del trabajo extraordinario está sujeta a las reglas comunes y le corresponde al trabajador que reclama el pago de horas extras acreditar los hechos que las justifican, siendo válidos todos los medios de prueba, que tendrán distinto valor de acuerdo con las circunstancias del caso (cfr. Fernández Madrid, Juan Carlos, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, 2007, T. II, pág. 1615).

Esta prueba debe ser categórica y convincente (cfr. CNAT, Sala I, 6/10/1994, "Puerto c/ Editorial Sineret, DT 1995-A, pág. 1016; ídem., Sala II, 28/2/1994, "Pérez c/ Meip Ingeniería", Dt 1994-A, pág. 727; ídem., Sala VIII, 30/7/1993, "Sosa c/ Frigorífico Minguillón", DT 1994-B, pág. 1196). 2. Consecuentemente, puede acreditarse la realización de horas extraordinarias mediante testigos, no siendo imprescindible que se diligencie prueba pericial. Jurisprudencialmente se ha dicho que "el trabajo realizado en horas suplementarias, como dato de la realidad, puede ser demostrado por cualquier medio de prueba, presunciones y testigos incluidos" (cfr. CNAT, Sala VI, 7/6/1996, "Romano c/ Rampello", DT 1996-B, pág. 2099) y que "el trabajo en horas suplementarias, por su naturaleza, suele ser el que mayores dificultades ofrece a los trabajadores para su acreditación, toda vez que las constancias registrales están a cargo de la empleadora y sólo les resta a aquéllos, valerse de testigos. Por ello no corresponde exigir mayor rigor probatorio para las horas extras, toda vez que siendo un hecho litigioso más, rigen las reglas procesales aplicables al resto de los hechos que integran la litis" (cfr. CNAT, Sala IV, 18/4/1996, "Ríos c/ Edelín", cit. por Fernández Madrid, Juan C., op. cit., pág. 1616)".

b) Sentado lo anterior, con relación a la valoración de la prueba de las horas extras, y más allá del criterio que se adopte acerca del mayor o menor rigor probatorio exigido, en este caso concreto, considero que la actora no ha logrado demostrar la realización de las mismas en forma habitual y permanente conforme lo afirmado en su demanda.
He apreciado los testimonios de manera integral y de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 386 del CPCC). Me explico.
La actora en su demanda afirma que su jornada de trabajo era de 9 horas diarias en temporada baja con un franco y medio semanal, siendo su jornada de 09.00 a 18.00 hs., y de 10 horas diarias en temporada alta con un franco y medio semanal, extendiéndose su jornada de 09.00 a 19.00 hs.
Analizando los testimonios cuya valoración cuestiona la actora en su expresión de agravios, tengo que Mercanti (fs. 256/257), quien fuera compañero de trabajo de la actora entre los años 2006 y 2011, expresó que la jornada de la actora era de 09.00 a 17.00 hs. y al dar razón de sus dichos declaró que le consta al dicente el horario de trabajo de la actora porque la ha visto físicamente; manifestó también que los francos eran 6 al mes, esto último en forma coincidente con lo afirmado en demanda.
Si bien expresó también que en los meses de enero y febrero (temporada alta) era posible que no se tomaran los francos y luego en temporada baja se devolvían, dando cuenta también de otras modalidades, como que se pagaban extra y luego igual se compensaban en baja y que a partir del año 2010 o 2011 se concedían los francos aún en temporada alta; sin embargo reitera que el horario de temporada alta era de ocho horas, sólo que se acordaba con los empleados el tema de los francos y que hubo personal que efectivamente se los tomó, no recordando qué régimen tenía la actora con relación a los francos.
Consecuentemente, su explicación con respecto a los francos, no es suficiente para desvirtuar el hecho de que el testigo expresó concretamente que la jornada de la actora era de 8 hs., de 09.00 a 17.00 hs., además de advertir que en la demanda no se precisó nada acerca de los francos o de esta modalidad explicada por el testigo para los empleados, sino que se afirmó concretamente una jornada de 10 horas por día en temporada alta, reconociendo expresamente en su intercambio telegráfico y en su demanda que gozaba de un franco y medio semanal (fs. 33, 45 vta. y 49/50).
Con respecto a la testigo Valenzuela (fs. 253/253 vta.) cuya valoración también cuestiona la quejosa, entiendo que si bien de la misma se desprendería la realización de horas extras por parte de la actora, tengo en cuenta que sólo fue compañera de trabajo de la misma durante un año, en el año 2009, y que no es muy precisa al expresarse sólo con relación a la temporada alta y en un horario de 09.00 a 18.00 o 19.00 hs.
Por su parte, el testigo Prieto (fs. 260/261 vta.), quien fuera compañero de la actora entre los años 2005 y 2011, en primer término expresó que el horario era casi siempre de 08.00 hs. a 16.00 hs. (8 horas), con relación a la actora.
Con respecto a la temporada baja sostiene que, cuando llegaba mercadería como carne o muslos la actora se quedaba más tiempo para desmenuzar; consecuentemente partiendo de su afirmación de que trabajaba 8 hs., parece señalar que sólo en las ocasiones en que llegaba carne o muslos, la actora se "quedaba más tiempo", mientras que la actora afirmó que su jornada habitual en temporada baja era de 9 horas por día.
Con respecto a las horas extras en temporada alta, el testigo afirma que "en temporada alta el horario se podía llegar siempre unas una, dos o tres horas como máximo, era normal en temporada alta", aunque no refiere a la jornada que vio realizar a la actora, sino en términos generales. A su vez, el testigo da cuenta de que en temporada alta se realizaban por el personal horas extras y que solían anotarse en un registro y que en ese registro estaba la actora, por lo que entiende que también tenía ese régimen, es decir de horas extras que no se le abonaban y que compensaba en temporada baja.
También expresó que el régimen de francos era uno y medio por semana o seis por mes, conforme lo indica la actora en su demanda, aunque agrega que en temporada alta no había francos y se anotaban en la lista donde también se anotaban las horas extras, en horas, y se iban compensando en temporada baja.
La testigo Marcela González (fs. 255/255 vta.), quien fuera compañera de la actora entre los años 2005 a 2007 o principios del 2008, declara que la actora cumplía horarios rotativos, contrariamente a lo afirmado por la actora en su

demanda; luego se manifiesta en forma absolutamente imprecisa con relación a la jornada de trabajo. Afirma que, en temporada baja era de 8 horas, contrariamente a lo afirmado por la actora en su demanda, y que, en temporada alta "siempre eran más horas", y que no daban franco, contrariamente a lo afirmado por la actora.

De las declaraciones testimoniales indicadas precedentemente, resulta que no se ha acreditado por parte de la actora la realización de horas extras en la temporada baja.

Con respecto a la temporada alta el testigo que se expresa más ampliamente en torno a las mismas es el testigo Prieto, sin embargo advierto que en ninguna parte de su declaración se refiere concretamente a la jornada de la actora, siendo que fue compañero de trabajo y compartía el mismo horario conforme resulta de su testimonio. Por el contrario, se expresa en términos generales con relación a las horas extras que eran normales para el personal en temporada alta, lo cual ha quedado claro. Pero con respecto a la actora no precisa esta circunstancia, y es más, cuando se refiere a que la actora estaba en los registros de horas extras, tampoco en este caso resulta contundente, porque afirma que "entiende que la actora tenía ese régimen", cuando debió saberlo, porque era compañero de trabajo.

En este sentido y realizando una valoración integral de la prueba rendida, resulta de mayor valor convictivo el testimonio de Mercanti, quien afirmó que "Le consta al dicente el horario de trabajo de la actora porque la ha visto físicamente".

A este testimonio se suma el de Giandinoto (fs. 258/259), compañero de trabajo de la actora desde diciembre del año 2009 hasta fines del año 2011, y que también ha sido valorado por el a quo. En su declaración, el testigo afirmó que la jornada de la actora era de 09.00 a 17.00 hs., que no variaba dicho horario y que no recuerda que se extendiera en razón de las temporadas turísticas.

Agregó también, que en temporada alta de verano o invierno se tomaba más gente para afrontar el mayor trabajo del local, que la jornada del personal permanente no se extendía y no cambiaba el régimen de francos.

Sus dichos coinciden en este aspecto con los del testigo Mercanti, quien expresó que en temporada alta se contrataba gente para la limpieza de los baños, además de agregar que los horarios eran rotativos para todo el personal.

El testigo Prieto se expresa en igual sentido al manifestar que "en alta se solía tomar a más empleados", precisando que se llegaban a duplicar los empleados que se desempeñaban como mozos y también los que trabajaban en la cocina, además de rotar mucho el personal.

Si bien comparto con la quejosa que, en el caso concreto, no puede afirmarse sin más que las horas suplementarias sean excepcionales o extraordinarias y que lo contrario sería desconocer la realidad, sin embargo, la procedencia del reclamo exige que se demuestre la realización de las horas extras, como un hecho litigioso más.

Conforme la valoración de la que di cuenta precedentemente, considero correcta la conclusión a la que ha llegado el sentenciante en orden a la falta de demostración de la realización de horas extras que la actora reclama, a lo cual he de agregar que se han valorado las planillas horarias acompañadas por el demandado obrantes a fs. 171/204, firmadas por la actora, que no han sido motivo de cuestionamiento en su autenticidad, y tampoco motivo de controversia en esta instancia, sin dejar de considerar su valor acotado, atento ser confeccionadas en forma unilateral por el empleador y en atención al principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador. Sin embargo, como dije, sus constancias no han sido desvirtuadas suficientemente por la prueba testimonial rendida.

En este sentido, se sostiene que: "En relación a la prueba de que se trata cuadra recordar, que cuando los testigos ofrecidos por ambas partes presentan graves contradicciones y recaen sobre el hecho principal, le corresponde al juez determinar, con una crítica severa de cada uno y del conjunto, si se deben descartar los testimonios o puede darles credibilidad a algunos o varios, teniendo en cuenta que los testimonios se pesan y no se cuentan; es decir, con el resultado de una crítica minuciosa de todos, tanto por el aspecto subjetivo (calidad, fama e ilustración) como por el objeto (contenido del testimonio, razón de la ciencia del dicho, circunstancia de la percepción y narración, verosimilitud de su exposición y credibilidad que merezcan). Para que las contradicciones puedan quitarle el valor a un testimonio o a varios, deben ser graves o sobre materia trascendente y no ligeras o inocuas (conf. Cam. 5ª CCCba., sent. 131 del 25/11/98, "Godoy c. Domingo Marimón S.A.", SJ, 1226-04/02/99, p. 131). Respecto al tema en análisis viene igualmente al caso puntualizar, que en caso de contradicción de las declaraciones testimoniales, si median las mismas

circunstancias en cuanto a las condiciones de los testigos, debe prescindirse de esta prueba, a menos que pueda establecerse que el testimonio de uno es más fundado que el de los otros (Ramacciotti, "Compendio...", t. 1, p. 724; Palacio, "Derecho Procesal Civil", t. IV, ps. 653/654). De lo expuesto se extrae, que no siempre que existan versiones opuestas de los testigos se debe prescindir de las mismas, pues el juzgador debe examinar cada una de ellas y determinar si existen méritos para descartarlas o admitirlas" (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, del Trabajo y de Familia de Villa Dolores, sala unipersonal Nro. 1, "Manzanelli, Darío M. c. Argüello, Francisco J.", 06/02/2003, Publicado en: LLC 2003, 1454, DJ 2004-1, 537).

Por su parte, si bien comparto con la apelante lo atinente al régimen presuncional establecido por el art. 55 de la LCT, siendo que el art. 6 de la ley 11.544 y el art. 21 del decreto 16.115/1933, normas que a su vez receptan lo dispuesto en el art. 8 del Convenio Nº 1 de la OIT y en el art. 11, punto 2 del Convenio Nº 30, imponen la obligación de llevar registros de horas suplementarias y que ante su ausencia y lo dispuesto por el art. 52 inc. g de la LCT, se tornaría operativa la presunción del art. 55 de la LCT; sin embargo, en el presente caso dicha presunción ha sido suficientemente desvirtuada por los testigos que afirmaron que la actora realizaba una jornada de 8 hs., dando suficiente razón de sus dichos.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que no se ha probado la realización de dichas horas extras y el demandado ha acompañado los libros pertinentes, demás registros y planillas horarias, no siendo razonable exigir al demandado que aporte prueba documental negativa, es decir, de la no realización de horas extras por parte de la actora, ya que las horas extras que pudieren haber realizado otros trabajadores no son motivo de esta litis.

Por estas razones considero que este agravio no puede prosperar.

c) Seguidamente analizaré la queja referida a la cuestión de la deficiente registración de la fecha de ingreso en los recibos de haberes de la actora, que también motivara la decisión rupturista.

La apelante finca su crítica en afirmar que, conforme el informe acompañado de la AFIP-DGI, los demandados realizaron aportes y contribuciones a partir del mes de septiembre de 2002, en forma coincidente a la real fecha de ingreso denunciada, para luego negar la incorrecta registración de la fecha de ingreso que se consignara en los recibos (enero de 2003), lo cual es considerado en el decisorio como un mero error formal.

Sin embargo, la quejosa no cuestiona en esta instancia la valoración realizada por el sentenciante de la prueba testimonial rendida, y la consecuente falta de demostración de la real fecha de ingreso, prueba que se encontraba a su cargo, por lo cual la apreciación de esta prueba llega firme.

Por lo tanto, y más allá de la fecha en que se realizaran aportes y contribuciones a favor de la actora, reconociéndose en la sentencia que existe un error al que califica de "formal", lo concreto es que la actora no ha demostrado la real fecha de ingreso denunciada por ella y negada por los demandados y, en estos términos no puede afirmarse que exista una deficiente registración.

La mera realización de aportes y contribuciones desde el mes de septiembre del año 2002, no resulta suficiente para acreditar que la actora comenzó a trabajar en esa fecha, teniendo en cuenta las restantes constancias probatorias documentales producidas en autos, las que han sido valoradas por el a quo y no han sido motivo de cuestionamiento en esta instancia (conf. fs. 278 segundo párrafo, recibos de haberes, telegrama de fs. 31, solicitud de seguro de vida colectivo de fs. 110, examen ocupacional de fs. 112, y demás documentación relevada por el perito contador a fs. 171/204 que no fuera motivo de cuestionamiento oportunamente), que controvierten el valor indiciario que pudiera surgir de dicha prueba informativa en orden a acreditar, no los aportes y contribuciones realizados, sino la real fecha de ingreso.

A ello a de sumarse que la actora no ha aportado prueba testimonial para demostrar su afirmación, ya que la ofrecida ha sido descalificada por el a quo, lo cual, como dije, llega firme.

Por estas razones, entiendo ajustada a derecho la conclusión del a quo en tanto considera que la relación laboral se encontraba correctamente registrada al momento del despido. Asimismo es dable destacar que, las consideraciones efectuadas en la sentencia con respecto a los aportes lo han sido en forma hipotética, al expresarse "si esto fuera así"

(fs. 278 vta., tercer párrafo), sin perjuicio de fijar en el decisorio que la prueba rendida fue insuficiente para acreditar la fecha de ingreso denunciada.

En estos términos, no corresponde se rectifique el certificado de trabajo y de servicios y remuneraciones de la actora, ya que refleja la real fecha de ingreso conforme lo acreditado en autos.

6. Por los fundamentos vertidos, doctrina y jurisprudencia citada, propicio el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en todo aquello que ha sido materia de agravios y, consecuentemente, la confirmación de la sentencia apelada.

Las costas de esta instancia he de imponerlas a la recurrente en su condición de vencida (art. 68 del CPCC, 17 y 54 de la ley 921), difiriendo la regulación de honorarios para la instancia procesal oportuna (arts. 20, 47 y 15 LA).Mi voto.

A su turno, la Dra. Gabriela B. Calaccio, dijo:

Que la suscripta adhiere al voto de la vocal que me precede, dejando constancia que, independientemente del criterio que se sostenga con respecto a la valoración de la prueba para acreditar la existencia de horas extraordinarias, comparto con mi colega de Sala que la actora no ha logrado acreditar el exceso en la jornada legal por medio de prueba alguna.

En efecto, los testigos que han depuesto en el proceso, cuyo análisis ha efectuado la vocal preopinante y comparto, no han logrado acercar con el margen de certeza requerido los extremos sostenidos por la demandante en este punto. Por el contrario, dichos testigos, con mayor o menor variabilidad, han coincidido sobre la jornada legal de trabajo; debiendo por ello confirmarse en este aspecto la sentencia cuestionada. Mi voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora; con costas a su cargo (art. 68 CPCC,17 y 54 de la ley 921).

II.- Diferir la regulación de honorarios de Alzada para el momento procesal oportuno (arts. 20, 47 y 15 LA).

III.- Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan las actuaciones a origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dra. Alejandra Barroso

Registro de Sentencias Definitivas N°: 52/2015

Dra. Norma Alicia Fuentes - Secretaria de Cámara

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

**"AGUIRRE JUAN CRUZ MARTIN C/ PACHECO RAUL MARTIN Y OTRO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 31389/2012) – Acuerdo: 56/15 – Fecha: 21/08/2015

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

PRESUNCION DEL CONTRATO DE TRABAJO. PRUEBA DEL CONTRATO DE TRABAJO. VALORACION DE LA PRUEBA. SUJETOS DEL CONTRATO DE TRABAJO. SUBCONTRATACION Y DELEGACION. SOLIDARIDAD LABORAL. TALLER MECANICO. GALPON. CONTRATO DE LOCACION.

1.- En relación al alcance que cabe asignarle al término "actividad normal y especifica propia del establecimiento" a que se refiere la norma citada -art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo- y en atención a la existencia de posturas doctrinarias y jurisprudenciales disímiles, entiendo –enrolándome en la posición amplia- que es toda aquella que permita dar cumplimiento a la finalidad de la empresa, es decir, la actividad que contribuya al logro del resultado final de la empresa, haciendo alusión tanto a la actividad principal como a las actividades, aspectos o facetas que completen la terminación del producto, o servicio final, actividades sin las cuales la empresa principal no podría trabajar o le sería imposible cumplir su finalidad.

2.- La posición asumida supone que la asignación de responsabilidad solidaria debe ser determinada, caso por caso, atendiendo a las particularidades de la vinculación y a la asunción de riesgos empresariales. De allí que la evaluación acerca de si los trabajos y servicios objeto del contrato o subcontrato generan solidaridad, deberá ser efectuada, indefectiblemente, comparando aquéllos con lo propios del establecimiento de quien los contrató o subcontrató (cfr. María del Pilar Manzini y Ramón Daniel Pizarro "Algunas reflexiones en torno a las obligaciones solidarias en el Derecho del Trabajo", revista de Derecho Laboral 2001-1, Editorial Rubinzal-Culzoni, pág. 86).

3.- El material probatorio enunciado si bien resulta hábil para tener por acreditado que entre los codemandados Pacheco y Parra existió un vinculo locativo mediante el cual el segundo de los nombrados locó un inmueble de su propiedad (galpón) al primero de los mencionados contra el pago de un canon locativo y que en dicho lugar el Sr. Pacheco instaló un taller mecánico de su exclusiva propiedad, cierto es que no es suficiente para probar que aquel [en referencia a Parra] haya cedido total o parcialmente parte de su explotación o que hubiere subcontratado otros trabajos que hicieran a su actividad principal, circunstancia por la cual es inaplicable al supuesto bajo análisis las disposiciones del art. 30 de la LCT, máxime si se tiene presente que para que nazca la responsabilidad solidaria de una empresa por las obligaciones laborales de otras debe existir una unidad técnica de ejecución, extremo este que –reitero- no surge de la prueba producida.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de Cutral Co, Provincia del Neuquén, a los veintiún (21) días del mes de agosto del año 2015, la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctores María Julia Barrese y Pablo G. Furlotti, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Victoria Paula Boglio, dicta sentencia en estos autos caratulados: "AGUIRRE JUAN CRUZ MARTIN C/ PACHECO RAUL MARTIN Y OTRO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS", (Expte. Nro.: 31389, Año: 2012), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y

de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes y que tramitan ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de la ciudad de San Martín de los Andes dependiente de esta Cámara.

De acuerdo al orden de votos sorteado, el Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

I.- Contra la sentencia de primera instancia de fecha 13 de abril de 2015 (fs. 229/240 vta.) que hace lugar a la demanda intentada por el Sr. Juan Cruz Martin Aguirre contra el Sr. Raúl Martín Pacheco por la sumas allí consignadas con más intereses y rechaza la acción interpuesta por el primero de los nombrados contra el Sr. Miguel Parra, se alzan el actor -expresa agravios fs. 242/245, presentación que merece respuesta del Sr. Parra a fs. 249/252- y el codemandado Pacheco -expresa agravios a fs. 242/245, los que obtuvieron replica de la contraria-, respectivamente.

II.- A) El accionante (fs. 242/245) cuestiona: 1) El razonamiento efectuado por el judicante que lo llevó a rechazar integramente la demanda contra el Sr. Miguel Angel Parra con fundamento en la falta de demostración de efectiva prestación de tareas a su favor que habiliten la presunción contenida en el art. 23 de la LCT y 2) La interpretación realizada por el Juez A quo de las disposiciones del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo (primera parte), la que califica como errada y peyorativa.

En relación a la prestación de servicios a favor del Sr. Parra, sostiene que en la decisión puesta en crisis se soslayaron por completo las declaraciones rendidas por los testigos Gatica y Scarponi -cuyos dichos transcribe en forma parcial-, quienes lo ubican en el taller del codemandado sito en calle Antonio Berni con anterioridad a que laborara para el coaccionado Pacheco, circunstancia esta que considera suficiente para tener por acreditada la existencia de la relación de dependencia alegada.

Respecto a la interpretación del art. 30 de la LCT manifiesta que con el informe emitido por la Municipalidad de San Martín de los Andes y de los dichos del testigo Troller se encuentra probado que la habilitación comercial de ambos talleres, inclusive el explotado por el Sr. Pacheco, estuvieron y permanecen a nombre del coaccionado Sr. Parra, como así también que los mismos poseen idéntico nombre de fantasía, extremos estos que le permiten sostener que en autos se ha acreditado la solidaridad denunciada en el escrito de demanda.

Expresa que el taller cedido a Pacheco esta ubicado en el mismo predio en el que Parra tiene su domicilio real y que no es cierto que el coaccionado en último término locara solo el inmueble al demandado aludido en primer lugar, conforme lo sostiene el judicante, máxime si se tiene presente que no se ha acompañado en autos contrato de locación alguno.

Refiere, a los fines de fundar su posición, que el emprendimiento que se llevaba a cabo en el espacio físico cedido por Parra a Pacheco, resulta ser exactamente la misma actividad lucrativa que el propio coaccionado Parra desarrolló en dicho lugar y que luego cedió a Pacheco para su explotación.

Efectúa diversas consideraciones fácticas y jurídicas que hacen a su derecho y cita doctrina en respaldo de su posición. Solicita el acogimiento del recurso intentando y, consecuentemente, la revocación de la sentencia, con costas a cargo de la parte contraria.

B) En presentación de fs. 249/252 el coaccionado Miguel Ángel Parra contesta los agravios intentados por el actor y solicita el rechazo del recurso de apelación, con costas a cargo de la contraria.

Sostiene que la parte actora, en el escrito recursivo, si bien alude a la incorrecta apreciación del judicante de la prueba informativa emitida por la Municipalidad de San Martín de los Andes, cierto es que no explicita las razones que lo llevan considerar errada la ponderación probatoria mencionada.

Expresa que el quejoso, en sus agravios, no se hace cargo de las declaraciones testimoniales rendidas en autos que dan cuenta que Parra alquiló a Pacheco el galpón en el cual este último desarrollaba su actividad comercial y que cuando Pacheco comenzó a laborar en el inmueble locado este se encontraba vacío, extremos estos que entiende resultan suficientes para acreditar la inexistencia de la cesión alegada por el recurrente.

En relación a las declaraciones de Gatica y Scarponi, mencionadas por el impugnante en sostén de su tesis, manifiesta que las mismas no son veraces y deben ser desestimadas, ello en atención a que el resto de los deponentes en autos desvirtúan sus dichos.

Realiza diversas consideraciones fácticas tendientes a sustentar la inexistencia de solidaridad alegada por el demandante -a cuya lectura me remito en honor a la brevedad- y cita doctrina y jurisprudencia en sostén de su posición.

Expresa que los argumentos esgrimidos por el quejoso en modo alguno alcanzan a conmover los fundamentos de la sentencia apelada ni permiten aportar un punto diferente de la visión de los hechos acreditados a lo largo del proceso.

C) A fs. 245/247 el coaccionado Raúl Martín Pacheco critica la sentencia de primera instancia, sosteniendo que de las declaraciones rendidas por Sepúlveda, Gatica, Scarponi y Gajardo –testigos ofrecidos por el actor y en los que el judicante basó su decisión- no puede extraerse la presunción que establece el art. 23 de la LCT, es decir que Aguirre prestó servicios a su favor, máxime teniendo presente que la restante prueba producida en la causa da cuenta de lo contrario.

Efectúa consideraciones fácticas y jurídicas respecto a la operatividad de la presunción que emana del art. 23 de la LCT, como así también, en relación a la falta de acreditación por parte del actor de la efectiva prestación de tareas en el comercio (taller) su propiedad.

Concluye que los argumentos brindados importan una crítica concreta y razonada al fallo puesto en crisis, solicitando el acogimiento del recurso intentado, con costas la parte contraria.

III.- A) Liminarmente y en uso de la facultades conferidas a este Tribunal como Juez del recurso, que puede ser ejercida aún de oficio, corresponde examinar si el memorial de agravios reúne los requisitos formales de habilidad exigidos por el art. 265 del Código Procesal, aplicable supletoriamente en autos en virtud a lo normado por el art. 54 de la ley 921.

En ese cometido y atendiendo a la gravedad con que el art. 266 del ordenamiento de rito sanciona las falencia del escrito recursivo, considero que habiendo expresado los recurrentes mínimamente la razón de su disconformidad con la decisión adoptada, las críticas efectuadas habilitan el análisis sustancial de la materia sometida a revisión.

Ello así, en razón que no debe desmerecerse el escrito recursivo, si llena su finalidad, aunque lo haga con estrechez o bordeando los límites técnicos tolerables. En ese entendimiento concluyo que los recursos en análisis deben ser examinados.

B) La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272-225, etc.), en mérito a lo cual no seguiré a los recurrente en todos y cada una de sus fundamentos sino solo en aquellos que sean conducentes para decidir el presente litigio. En otras palabras, se considerarán los hechos jurídicamente relevantes (cfr. Aragoneses Alonso "Proceso y Derecho Procesal", Aguilar, Madrid, 1960, pág. 971, párrafo 1527), o singularmente trascendentes (cfr. Calamandrei "La génesis lógica de la sentencia civil", en "Estudios sobre el proceso civil", págs. 369 y ss.).

Estimo conveniente destacar que el juzgador no posee obligación de ponderar en su sentencia todas las pruebas colectadas en la causa, sino solo aquellas que entienda, según su criterio, pertinentes y útiles para formar en su ánimo la convicción necesaria para proporcionar fundamentos suficientes a su pronunciamiento. En tal sentido, el Alto Tribunal de la Nación sostuvo que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino solo aquellas que estimen conducentes para fundar su decisión (CS, Fallos, 274:113; 280:320; entre otros), ni deben imperativamente, tratar todas las cuestiones expuestas o elementos utilizados que a su juicio no sean decisivos (Fallos, 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 308:2172; 310:267; entre muchos otros), motivo por el cual la ausencia de consideración concreta de alguna de ellas no significa falta de valoración sino la insuficiencia de aptitud convictiva del elemento de prueba o del argumento como para hacer variar el alcance de la decisión.

IV.- Establecido lo anterior y delimitadas brevemente en el apartado II de la presente las posturas de las partes, abordaré en primer lugar el cuestionamiento efectuado por el codemandado Raúl Martín Pacheco, el cual en términos generales gira en torno a la ponderación efectuada por el sentenciante del material probatorio rendido en autos.

La prueba producida en el proceso debe ser valorada a la luz de las reglas de la sana crítica (cfr. art. 386 del C.P.C. y C.), las cuales suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar, en cada caso, la apreciación de aquella y que excluyen, por ende, la discrecionalidad absoluta del juzgador. Se trata, por un lado, de los principios de

la lógica, y por otro, de las "máximas de la experiencia", es decir, de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente verificables, actuando ambos, respectivamente como fundamentos de posibilidad y realidad (cfr. Palacio-Alvarado Velloso, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado, y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1992, pág. 140).

En tal orden de ideas, el Tribunal Superior de Justicia de nuestra provincia ha expresado: "El Art. 386 del Ritual Civil coloca un cerco a la actividad jurisdiccional –en lo que a la apreciación del material probatorio se refiere- constituido por las reglas de la sana crítica (cfr. Ac. N°14/02 "Mosqueira" del Registro de la Secretaría Civil). Como bien lo señala Roland ARAZI, ninguna ley indica cuáles son estas reglas. Ellas conforman un sistema que concede a la magistratura la facultad de apreciar libremente la prueba, pero respetando las leyes de la lógica y las máximas de la experiencia (cfr. aut. cit., La Prueba en el proceso civil, Edit. La Rocca, Bs. As. 1991, pág. 102 y sgts.). La sana crítica es la consecuencia de un razonamiento integrado en el cual se conectan coherentemente los hechos y las pruebas aportadas para llegar al derecho aplicable (cfr. José V. Acosta, Visión Jurisprudencial de la Prueba Civil, Ed. Rubinzal-Culzoni, T.I, pág. 317, Santa Fe, 1996)" (Ac. Nro. 06/15 "Fuentes Pacheco" del Registro de la Secretaría Civil).

Los elementos de confirmación deben ser ponderados en su conjunto, por la concordancia o discordancia que ofrezca el diverso material probatorio acompañado. Así, las declaraciones testimoniales que individualmente consideradas puedan ser objeto de reparos, débiles e imprecisas, en muchos casos se complementan entre sí de modo tal que unidas, llevan al ánimo del juez la convicción de la forma en la que se produjeron los hechos base de la controversia (cfr. CNATrab., Sala I, -N.,E.F. c/ Ideas del Sur y T., M.H. s/ despido- 24-10-2014, RCJ1498/15).

Cabe agregar que cuando se niega la existencia de la prestación de servicios de una persona a favor de otra, la testimonial se erige en la prueba por excelencia del dato fáctico controvertido, cuya valoración debe efectuarse conforme a los principios reseñados precedentemente, pues los testigos se pesan y no se cuentan.

En este orden de ideas y luego de un pormenorizado análisis de las declaraciones testimoniales rendidas en autos, cabe destacar que el Sr. Juan Manuel Sepúlveda (fs. 62 y vta.), manifestó tener conocimiento que el codemandado Pacheco posee un taller en Chacra IV calle Pil Pil debido a que el accionado es quien le arregla el auto e indicó que en el año 2010 aproximadamente vio al actor, a quien conoce de vista, trabajando en el taller aludido, extremo este que lo sabe por estar aquel vestido como un mecánico.

El testigo Darío Julián Gatica (fs. 65/66) expresó conocer al actor debido a que fueron compañeros de trabajo cuando ambos laboraban en el taller mecánico de Pacheco; que el Sr. Aguirre ingresó en el mes de enero de 2010, aproximadamente y trabajó allí durante un año y medio, extremo este último que lo sabe en atención a que cuando el dicente dejo de laborar, el actor ya no trabajaba; que el accionante, conjuntamente con el deponente y otro empleado de apellido Scarponi, cumplían con sus funciones de lunes a sábados ocho horas por día, siendo el horario normal de trabajo de 9 a 13 y de 15,30 a 21,30; que en varias oportunidades trabajaron más allá del horario habitual debido a que desarrollaron tareas entre las 13 y 15,30 horas y luego de las 21,30 horas; que el demandante dejo de trabajar en el taller porque tuvo problemas con Pacheco, los cuales no puedo precisar porque los desconoce; que el Sr. Enrique Troller, a quien conoció en el taller; que desconoce el vínculo que existía entre el nombrado y el Sr. Pachecho y que el Sr. Troller estuvo en el taller durante la vigencia del vínculo laboral que mantuvo con el coaccionado.

El testigo Ricardo Fabián Scarponi en su declaración de fs. 67/68 da cuenta que el actor, a quien conoce por haber sido compañero de trabajo, ingresó a laborar en el taller del Sr. Pacheco sito en calle Pil Pil los primeros meses del año 2010; que cuando el actor comenzó a trabajar el dicente y el Sr. Gatica ya laboraban para Pachecho; que Aguirre dejó de trabajar en el mes de marzo o abril del año 2011, desconociendo los motivos de la desvinculación; que el trabajo era tranquilo, paraban para tomar mate y luego continuaban con la tarea; que el accionante cumplía con sus funciones de lunes a viernes y a veces los días sábados; que trabajaban doce a trece horas por día, debido a que se quedaban al mediodía para adelantar trabajos; que la jornada normal era de 9 a 13 y de 15,30 a 20,30, horarios este que eventualmente se extendían más allá de las 20,30 horas.- El deponente también expresó conocer al Sr. Troller en

atención a que el mismo trabajaba en el taller de Pacheco y que aquel se fue al año, aproximadamente, que el dicente comenzó a laborar para el codemandado.

El Sr. Diego Nicolás Gajardo (fs. 75 y vta.) manifestó haber visto que el actor junto con el Sr. Gatica laboraban en un taller sito en un calle que lleva el nombre de un paraje, no recordando si el mismo era Pil Pil o Quila Quina; que la situación fáctica aludida se produjo en el año 2010 en atención a que en dicha fecha él se encontraba realizando tareas de pintura en unos departamentos ubicados en el barrio Arenal e iba a comprar a la panadería Palacho que se encuentra situada en Chacra IV; que en los departamentos laborara de lunes a viernes e iba a la panadería día por medio, oportunidad ésta en la que veía trabajar al actor en el taller mecánico mencionado; que cuando pasaba por la vereda del taller Gatica, a quien conocía de tiempo atrás, y el actor, a quien conoció por intermedio de Gatica, salían a saludarlo, circunstancia esta en la que vio que aquellos tenían la ropa y manos llenas de grasa.

Los elementos probatorios enunciados precedentemente, resultan, a mi entender, suficientes como para tener por acreditado que el actor realizó tareas a favor del accionando, circunstancia que determina la aplicación en el caso de la presunción contemplada en el art. 23 de L.C.T., más aun cuando en la causa no se ha acreditado por parte del incoado que el servicio prestado por la accionante lo fue en virtud de otro tipo de relación.

A mayor abundamiento, debo agregar que los testimonios son sólidos, contundentes y coincidentes, circunstancia que aumenta su credibilidad e impide restar a los mismos valor convictivo, máxime si se tiene en cuenta que dos de los testigos trabajaron conjuntamente con el actor en el taller propiedad del coaccionado Pacheco.

No se me escapa que la versión dada por los testigos Sepúlveda, Gatica, Scarpone y Gajardo es cuestionada por el demandado Pacheco al momento de apelar y expresar agravios, cuestionamientos estos que en este estadio procesal no poseen virtualidad alguna para desvirtuar los asertos puestos de manifiesto por los declarantes, en atención a que quien los realiza estuvo presente en la audiencia en la cual rindieron declaración las personas mencionadas, oportunidad procesal está en la que tuvo la posibilidad de formular todas las repreguntas que estimaba convenientes a fin de evidenciar en qué medida los deponentes pudieron ser mendaces.

Sin perjuicio de lo expuesto no paso por alto que el testigo Enrique Troller (fs. 95 y vta.) indicó no haber visto al actor prestar servicios para el Sr. Pacheco en el tiempo en el cual compartió el lugar con el coaccionado, pero entiendo que sus dichos resultan insuficientes para restarle valor convictivo a la declaración brindada por el Sr. Gatica, tal cual lo pretende el quejoso, toda vez que la versión de éste último se encuentra corroborada con los dichos de Scarponi, quien fue compañero de trabajo del actor y de Gatica en el taller del incoado.

En lo que respecta a la declaración del testigo Scarponi, entiendo que la contradicción alegada por el impugnante en el escrito recursivo no es tal, en atención a que el deponente si bien sostuvo que el horario normal de tareas era de 9 a 13 y de 15,30 a 20,30 horas, cierto es que también expresó haber laborado entre doce y trece horas por día y que siempre se quedaba al mediodía para adelantar trabajo, circunstancia esta última en la que bien pudo haber observado cuando el actor –con anterioridad a laborar para Pacheco- y Parra salían hacía el taller de este último sito en calle Berni, en horas de la tarde, mas precisamente a las 15 horas.

Sobre todo lo expresado jurisprudencialmente se ha indicado: "Respecto del art. 23, LCT, el hecho mismo de la prestación de servicios hace presumir la existencia de una relación laboral. La exigencia de que los servicios a que se refiere el art. 23, LCT, sean prestados en "relación (rectius: situación) de dependencia" es tautológica, pues siendo tal situación consecuencia de la estructura típica del contrato de trabajo, es obvio que dicha exigencia equivale a eliminar a la presunción que el mismo artículo está destinado a establecer." (CNATrab., Sala X, -Emmert, Siegfried c/ Ciccone Calcográfica S.A. y otros s/ Despido- 6-10-2005, Rubinzal Online; RC J 394/07). "…la vigencia de la presunción del art. 23 LCT, justamente, constituye una conjetura, suposición o sospecha de la existencia de relación laboral frente a la prestación de servicios con determinadas características […].En esta inteligencia, si se supeditara la aplicación de la presunción derivada del art. 23 a la circunstancia fáctica que el trabajador acreditara definitivamente la subordinación, dejaría de ser una presunción y en consecuencia carecería de sentido la citada norma. Justamente, la esencia de dicha presunción es superar las desigualdades entre las partes del contrato de trabajo dentro del espíritu protectorio del Derecho Laboral; y con ese afán, la ley contiene esta presunción que podría traducirse en: "frente a la

prestación de servicios, con algunas características típicas, se presupone que existe vínculo laboral salvo que la patronal desvirtúe tal presunción". Si bien es cierto, se trata de una presunción "iuris tantum" y su aplicación estricta derivaría en una transformación -no deseada- en "iuris et de jure"; es tarea de los jueces aplicar dicha presunción de conformidad a las constancias probatorias rendidas en la causa en cuanto a la modalidad en que tales servicios fueron prestados.

Esta presunción legal, derivada del art. 23 de la LCT, necesaria y lógicamente para que tenga razón de ser, debe invertir la carga de la prueba, y en consecuencia incumbe a la demandada demostrar que la prestación de servicios no fue caracterizada por la dependencia o subordinación jurídica, económica, técnica, etc. En ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia "Para que resulte aplicable la presunción contenida en el art. 23 de la LCT, no es necesario que el prestador de servicios acredite el carácter subordinado de los mismos, siendo justamente éste el contenido de la presunción establecida en la norma para cuya operatividad basta, en principio, que se acredite la prestación de servicios." (CNTrab., sala II, 2009/12/29, "Rivas Noguera, Mario Héctor y otro c/Yarquen S.A. y otros", Exclusivo Derecho del Trabajo Online; AR/JUR/62170/2009)" (CATrab., Sala 2, San Juan, -Vilchez, Walter José c/ Flores, Carlos s/Apelación de sentencia-, 10-3-2014, Rubinzal Online, RC J 2794/15).- "Si se demuestra el cumplimiento de tareas a favor de una empresa, la prueba de la no existencia de un contrato laboral corresponde a quien desconoce el vínculo, es decir, al empresario. Ello será difícil, pero no imposible, ya que no se trata de demostrar un hecho negativo (que no hay contrato de trabajo), sino uno positivo (que media otro vínculo entre las partes)"(CTra. San Francisco, septiembre 22-978, JA, 980-I-91); "Es un principio fundamental del derecho laboral aquel que presume, ante la existencia de tareas, la relación de dependencia. Salvo que demuestre lo contrario quien pretenda desconocer esta situación" (C.Nac.Trab. Sala I, 13-5-74, JA, 25-275, en Sardegna, Miguel A., L.C.T. comentada y anotada, 3º ed. act. págs. 95/96).

En igual orden de ideas el Tribunal Superior de Justicia de nuestra provincia, con integración distinta a la actual, ha dicho: "La cuestión sometida a estudio en el presente ha merecido, recientemente, un pronunciamiento de mi parte (causa "López c/ Esco S.A.", Acuerdo nro.46/01), en el que inicié mi voto destacando que, ante un planteo como el de marras, se hace necesario destacar, en primer término, que, en torno al precepto contenido en el art. 23 de la L.C.T., ya este Cuerpo se ha pronunciado en anteriores oportunidades en el sentido que "para que juegue la presunción de existencia del contrato de trabajo que consagra el art. 23 de la L.C.T., es suficiente que el trabajador acredite la prestación de servicios, sin necesidad de probar que los mismos fueron realizados en relación de dependencia." (Acuerdo nro. 129/95). En igual sentido se resolvió en autos "Presti, Jorge José c/ Agros S.A. s/ Despido" (Acuerdo nro. 34/97), recordándose en este último que "la presunción en favor de la relación de trabajo, como lo enseña Mario de la Cueva, nació con las primeras leyes de trabajo de España. En un opúsculo titulado "La presunción contractual" que se publicara en Barcelona en 1957, Francisco Granel Ruiz explica que la presunción apareció por primera vez en la ley española del 14 de mayo de 1908 sobre creación de tribunales industriales, habiendo sido incorporada posteriormente al Código de Trabajo aprobado el 21 de agosto de 1926. Decía el art. 2 de dicho Código: "El contrato se supone entre todo aquel que da trabajo y el que lo presta...". La ley de Contrato de Trabajo de 1931 recogió la presunción: "El contrato se supone siempre existente entre todo aquel que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta...", la que aparece nuevamente en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (Mario de la Cueva - comentando el art. 18 de la Ley Federal del Trabajo de México que consagra una presunción similar a la de nuestro art. 23 en estudio "La presunción laboral" en D.T. 1959, pág. 609/622)...." (Acuerdo 47 de fecha 10-12-2001 en autos "Avello, María Elizabeth c/ ESCO S.A. de Capitalización y Ahorro s/ Cobro de haberes e indemnización por despido" -Expte. nro. 195-año 2001- del Registro de la Secretaría de Recursos Extraordinarios y Penal, doctrina y jurisprudencia allí citada).

Súmese a lo dicho que en tramites como el presente cobra singular importancia la primacía de la realidad, uno de los principios generales del derecho del trabajo que tiene en el ordenamiento positivo numerosas manifestaciones (cfr. Etala, "Contrato de Trabajo", pág. 39/40, Astrea, 1.998), el cual importa una regla de interpretación para el juzgador según la cual sobre la ficción que puedan haber montado los litigantes se impone la realidad resultante de los hechos cumplidos durante la relación, ya que la misma tiene en consideración la situación de desigualdad en que se encuentran las partes integrantes del vinculo laboral y afirma el principio de buena fe (cfr. Fernández Madrid, "Tratado

Práctico de Derecho del Trabajo", T I, pág. 310/311 y nota 87, respectivamente, La Ley, 2da edición actualizada, año 2000).

Por ello y desde que este principio se presenta con caracteres más nítidos en la relaciones reguladas por el Derecho del Trabajo (cfr. Martínez Vivot, "Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social", pág. 82, Ed. Astrea, 1999) entiendo que el mismo se impone a lo largo del vinculo laboral a favor del trabajador, ello en atención que esta primacía de la situación de hecho sobre la ficción jurídica se manifiesta en todas las fases de la relación de trabajo (Cfr. Deveali, "La empresa y las relaciones de trabajo", DT, 1953-337).

En virtud a todo lo expuesto y toda vez que con la prueba producida en autos, la que a mi entender ha sido correctamente valorada por el judicante, en atención a que la ponderación efectuada se encuentra dentro de los parámetros expresados precedentemente, ha quedado demostrada suficientemente la existencia del vinculo laboral alegado por el actor, considero que lo decidido sobre el punto en la resolución puesta es crisis devine irreprochable, circunstancia por la cual corresponde desestimar la queja intentada por el codemandado Pacheco y, consecuentemente, confirmar la sentencia de primera instancia en todo aquello que fuera materia de agravio para el recurrente.

V.- Despejada la crítica del coaccionado Pacheco cabe ingresar al estudio de la impugnación intentada por la parte actora.

1.- El actor cuestiona la sentencia de primera instancia, sosteniendo que en la misma se soslayaron por completo las declaraciones rendidas por los testigos Gatica y Scarponi quienes, a su entender, lo ubican en el taller del codemandado sito en calle Antonio Berni con anterioridad a que laborara para el coaccionado Pacheco, circunstancia esta que considera suficiente para tener por acreditada la existencia de la relación de dependencia alegada en el libelo inicial.

Adentrándome al análisis de la queja referida, es dable destacar que si bien de la lectura de las actas glosadas a fs. 65/68 en las que obran las declaraciones de los testigos Gatica y Scarponi surge, como se pone de resalto en el agravio, que éstos, en alguna oportunidad, vieron al actor efectuando trabajos en el taller que el Sr. Parra posee en calle Berni de la ciudad de San Martín de los Andes, cierto es que ambos expresaron tener conocimiento que Aguirre prestó servicios bajo dependencia del coaccionado por comentarios del propio accionante.

Las expresiones vertidas por los testigos mencionados, los cuales declararan a instancia del demandante, lleva a concluir que las mismas no son suficientes como para tener por acreditada la existencia del vinculo laboral alegado por el accionante, toda vez que los mismos manifestaron conocer que el actor laboró bajo relación de dependencia del Sr. Miguel por propios comentarios formulados por el Sr. Aguirre, ello en atención que no es idóneo el testimonio que se presta de hechos conocidos por referencias, ya que quien declara apoyándose en un conocimiento meramente referencial no es testigo en la dimensión estricta del vocablo, desde que no puede dar fe de un hecho que solo conoce "ex audito alieno" (conf. Babio, Alejandro O. "Derecho Procesal del Trabajo", p. 215/217).

Con relación a la fuerza convictiva de las declaraciones prestadas por testigos indirectos jurisprudencialmente se ha expresado: "Cabe considerar que las declaraciones testimoniales son precisas, objetivas y concordantes, si los testigos dan debida razón de sus asertos y declaran respecto de situaciones de las cuales han tenido conocimiento directo" (CNTrab. Sala X, septiembre 30-998, -Veres Ramón I c/ Aguas Argentinas S.A. y otro- DT 1999-A, 700). "Para formar convicción sobre los hechos en discusión cabe hacer prevalecer los dichos del testigo que tuvo oportunidad de conocerlos de modo más directo" (CNTrab., Sala III, febrero 28-995, -Chaile Adán c/ Glas Serr S.A.- DT 1995-B, 1630). "....- Como afirma Gorphe no resulta idónea la prueba testimonial si su conocimiento no proviene "propiis sensibus".- El testigo indirecto o mediato, que no puede afirmar más que un vago rumor o una frágil opinión, no es digno de este nombre –Francisco Gorphe, "La crítica del testimonio", traducción de Mariano Ruiz Funes a la 2da edición, Francesa, sexta edición, pág. 16/17, Madrid 1980-.-..." (CNTrab. Sala I, marzo 11-983, -Peña Diaz Cipriano c/ Basan Eduardo y otro- DT 1993-B, 1854). "Carece de fuerza de convicción la declaración del testigo que tiene conocimiento indirecto o referencial sobre los hechos sobre los que depone" SCBA, 28-4-1964, -Balestri Quinto c/ Asconade Juan Incolaza- en Ac y Sent, 1964-I pág. 599; en igual sentido SCBA 5-11-74, -Bilbao Mario V. c/ Vara Adolfo- Ac. y Sent. 1974-III pág. 620). "No

tiene valor de prueba el testimonio en que el declarante dice saber lo que afirma por dichos de terceros" (Capel 1ra Bahía Blanca, 27-7-66, -Leturia María F c/ Gamero de Garriz, Antonio" LL 124, pág 355).

Súmese a la expresado que de los dichos de los testigos Carriqueo (fs. 69/70), Campos (fs. 74) y Barles (fs. 76), de los cuales no se hace cargo el quejoso, se desprende que vieron al actor tomando mate en el taller del Sr. Parra, pero no trabajando a favor del coaccionado y que en alguna oportunidad pudieron observar a Aguirre en el sitio aludido realizando trabajos en el vehículo de su propiedad.

El material probatorio analizado me lleva a concluir que si bien en autos se encuentra probado que el Sr. Aguirre concurría al taller de propiedad del codemandado Parra y en el mismo realizaba tareas en su vehículo particular, cierto es que de los elementos de convicción colectados surge que los trabajos aludidos se efectivizaron como consecuencia de una relación de naturaleza distinta a la laboral, extremo este que permite afirmar que en el sub lite el accionado ha podido acreditar que en el vínculo mantenido con el Sr. Aguirre no se encontraba presente una de las características principales que ayuda a diferenciar al contrato de trabajo de otras figuras como lo es el elemento subordinación, el cual, en su concepción jurídica implica un estado de limitación de la autonomía del trabajador de quien se halla sometido a la potestad del empleador, máxime si se tiene presente que para que exista relación laboral subordinada el débito al que se compromete el trabajador debe consistir en estar a disposición del empleador, poniendo al servicio de éste su capacidad laboral de manera tal que tenga la posibilidad de dirigirla y controlarla, sustituyendo la voluntad del trabajador con la suya propia en la realización de las tareas, cuantas veces lo crea conveniente. Con razón se ha señalado que si el principal no tiene la posibilidad de sustituir su voluntad a la del trabajador cuando lo estime conveniente, no hay contrato de trabajo (Fernández Madrid, J. C. y S., "Práctica laboral", p. 85).

En el sentido expuesto, se ha dicho: "la subordinación es el aspecto pasivo del poder de dirección que tiene el empleador... De este poder genérico de dirección se derivan las facultades de mando, fiscalización y disciplina. A nadie se le ocurre pensar que quien dirige no tenga la posibilidad de mandar u ordenar, vigilar o controlar y, en ciertos casos, sancionar la violación o el desconocimiento de sus órdenes... De allí que la subordinación para existir, no necesita ser "concretada", sino que basta la "posibilidad" del empleador de ejercitar su poder de dirección sobre la actividad del prestador de trabajo.

Cuando esa posibilidad existe, aunque no se concrete, estamos ante una relación subordinada de trabajo. En consecuencia, para determinar la subordinación ha de tenerse en cuenta, primordialmente, la "posibilidad" del empleador de ejercitar su poder directivo sobre el trabajador..." (Monzón, Máximo D. "Sobre el concepto y alcance de la subordinación", DT IX (1949), p. 86, párrafos II, III y V).

En virtud a todo lo expuesto y toda vez que en autos el accionado ha logrado desvirtuar la presunción que surge del art. 23 de la ley de contrato de trabajo al acreditar que la relación que mantenía el actor con el taller de su propiedad era ajena al régimen del contrato de trabajo, es que considero que la decisión del sentenciante, el cual ha valorado la prueba conforme a los parámetros expuestos al tratar la impugnación de coaccionado Pachecho, de declarar inexistente el vinculo laboral alegado por el accionante en el escrito de demanda resulta irreprochable.

Por los fundamentos vertidos, doctrina y jurisprudencia citadas, propicio el rechazo del presente agravio.

2.- A continuación cabe abordar la impugnación relacionada con la aplicabilidad de las disposiciones del art. 30 de la LCT [P-1018 DJA].

a) En el mercado actual, el empresario respondiendo a necesidades propias de su organización, recurre en forma habitual a la denominada tercerización de los servicios, encargando a terceros, generalmente, unidades más pequeñas organizadas como empresa, la realización de cierto trabajos propios de su actividad o tareas accesorias a la misma.

En la Ley de Contrato de Trabajo la tercerización se encuentra regulada en el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, modificado por el art. 17 de a ley 25.013 –aplicable al caso-, norma ésta que contempla dos situaciones distintas e independientes entre sí que generan responsabilidad solidaria de la empresa que contrata los servicios de terceros; la primera de ellas es el supuesto de "cesión total o parcial del establecimiento o explotación habilitado a su nombre",

que se da cuando el personal ocupado para cumplir los trabajos o servicios objeto de la contratación entre empresas trabaja dentro del establecimiento de la contratante principal por haberle ésta cedido total o parcialmente a la contratista –empleadora de dicho personal- la totalidad o parte del establecimiento, es decir cuando la contratista instala su establecimiento dentro del establecimiento de la contratante. Esta sola circunstancia objetiva genera la responsabilidad aludida de la empresa cedente, sin que sea relevante examinar que tipo de actividad le ha encomendado (cfr. Miguel Ángel Maza, ver comentario al art. 30 en Derecho del Trabajo on line).

La segunda de la situaciones enunciadas es la de "contratación y subcontratación, cualquiera sea el acto que le de origen, de trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y especifica propia del establecimiento dentro o fuera de su ámbito", es decir cuando al tercero se le delega por razones de eficacia, conveniencia económica o cualesquiera otras motivaciones la realización de tareas que son parte de la actividad normal y especifica propias del establecimiento del contratante y que el mismo debe ejecutar con personal propio asignado a la prestación del servicio encargado por la empresa principal.

En relación al alcance que cabe asignarle al término "actividad normal y especifica propia del establecimiento" a que se refiere la norma citada y en atención a la existencia de posturas doctrinarias y jurisprudenciales disímiles, entiendo –enrolándome en la posición amplia- que es toda aquella que permita dar cumplimiento a la finalidad de la empresa, es decir, la actividad que contribuya al logro del resultado final de la empresa, haciendo alusión tanto a la actividad principal como a las actividades, aspectos o facetas que completen la terminación del producto, o servicio final, actividades sin las cuales la empresa principal no podría trabajar o le sería imposible cumplir su finalidad.

La interpretación mencionada encuentra sustento en parte de la doctrina, toda vez que es sostenida por diversos autores entre los que se encuentra Juan Carlos Fernández Madrid quien ha expresado: "Por actividad normal y especifica debe entenderse toda aquella que haga posible el 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 empresa es un todo y no puede ser fraccionada en parte a efectos de establecer la posible existencia de responsabilidad solidaria" (cfr. "Tratado Practico de Derecho del Trabajo", La Ley, Buenos Aires, 1992, T. 1)".

Justo López indica "por actividad normal y especifica propia del establecimiento no debe entenderse solo la actividad principal –en el sentido de que lo principal se opone a lo accesorio- ya que la expresión comprende también a las actividades que pudieran ser calificadas de secundarias o accesorias, con tal que estén integradas permanentemente al establecimiento" (López, Justo en "López, Centeno y Fernández Madrid, Ley de Contrato de Trabajo Comentada", Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1978, T. I, pág. 258/259).

Ferreiros entiende que la expresión utilizada por el legislador en el art. 30 no hace referencia a que un empresario debe responder por los contratos de trabajo que celebren las otras empresas con quienes establece contratos comerciales, pero sí está indicando en una interpretación teleológica que quedan aprehendidos por la regla, tareas que a primera vista parecen accesorias, pero que en realidad son engranajes imprescindibles para la obtención del objetivo empresario. Es que la empresa es una unidad técnica de ejecución y toda actividad que coadyuva al funcionamiento ejecutivo y se orienta al fin queda comprendida. No así aquellas otras de la cuales se puede prescindir por resultar anexas o secundarias y prescindibles (cfr. Ferreirós, "El artículo 30 de la LCT después de la reforma de la ley 25.013 y la consecuente solidaridad", Doctrina Laboral Errepar, XIV-41).

La posición asumida supone que la asignación de responsabilidad solidaria debe ser determinada, caso por caso, atendiendo a las particularidades de la vinculación y a la asunción de riesgos empresariales. De allí que la evaluación acerca de si los trabajos y servicios objeto del contrato o subcontrato generan solidaridad, deberá ser efectuada, indefectiblemente, comparando aquéllos con lo propios del establecimiento de quien los contrató o subcontrató (cfr. María del Pilar Manzini y Ramón Daniel Pizarro "Algunas reflexiones en torno a las obligaciones solidarias en el Derecho del Trabajo", revista de Derecho Laboral 2001-1, Editorial Rubinzal-Culzoni, pág. 86).

No paso por alto la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos "Rodríguez", "Luna" y "Escudero", pero entiendo que en los mismos se hizo prevalecer el orden económico sobre el orden público laboral,

obviando las expresas disposiciones del art. 14 bis de la Constitución Nacional y normas previstas en tratados internacionales con rango de tal (cfr. art. 75 inciso 22) (cfr. TSJ Neuquén en autos "Zingoni Daniel Rolando c/ Cavialco S.A. y otra s/ despido y cobro de haberes" (Expte. n° 142 - año 2003), Acuerdo 27 del 26-12-03, voto Dr. Massei), circunstancia esta que me lleva a discrepar con los resuelto por dicho Cuerpo.

Cabe agregar que a partir del año 2.006, con su nueva integración y por mayoría, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "Páez, Augusto y otro c/ Sindicato del Seguros de la República Argentina y otros" (18-10-2006, Fallos: 329:4360), "Herrera Nerio Felipe c/ Degac SA y otro (Coto CICSA)" (10-4-2007, Fallos: 330:1516), "Makarski, Javier Martín c/ The Security Group SA y otro" (8-5-2007, Fallos 330:2151), "Fiorentino, Roxana María Luján c/ Socialmed SA y otro" (29-5-07, L.L. Online), "Ledesma Héctor D. c/ Manco, Osvaldo O. y otro", (5-06-2007, Fallos: 330:2590), "Farias, Ana Victoria c/ Clínica Privada Psiquiátrica Esquirol SA y otro" (17-7-2007, Fallos 330: 3432), "Ajis de Caamaño, María Rosa y otros c/ Lubeko SRL y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA" (26-02-2008, A. 1589.XXXVIII) y "Della Marca, Daniel Alfonso c/ Automóvil Club Argentino y otro" (18-06-2008, D. 198.XXXIX), generalmente por aplicación del art. 280 del C.P.C. y C. de la Nación, consolidó hermenéuticas inconciliables con las de los pronunciamientos mencionados en el párrafo que antecede, circunstancia esta que me lleva a afirmar que si bien no ha existido un pronunciamiento contrario a la posición asumida por el Alto Tribunal en los años 90, cierto es que constituye un indicio serio de la aprobación de la exégesis normativa amplia, la cual –reitero- comparto (sobre el punto ver Keselman, Sofía Andrea, "El que Calla Otorga: A propósito de los últimos fallos de la CSJN en materia de Solidaridad en casos de contratación o subcontratación", Revista de Derecho Laboral – Actualidad, Ed. Rubinzal Culzoni, 2008-2, pág. 389 y ss.; Maza, Miguel Ángel, "La Corte Suprema cambia su interpretación del artículo 30 de la LCT.- El abandono de "Rodríguez Juan R. c/ Compañía Embotelladora Argentina SA y otro", Revista de Derecho Laboral – Actualidad, Ed. Rubinzal Culzoni, 2009-1, pág. 8/15).

b) Sentado lo anterior cabe analizar la prueba rendida en autos, faena esta que efectuaré conforme a los principios aludidos al tratar la queja sustentada por el codemandado Pacheco, a fin de establecer si se encuentran acreditados los extremos normativos para responsabilizar solidariamente al codemandado Parra, conforme lo alega el quejoso en su escrito recursivo.

En fs. 63 y vta. obra declaración testimonial del Sr. Juan Sebastián Sepúlveda de la cual se desprende que el codemandado Parra en su domicilio de Chacra IV calle Pil Pil tenía un taller mecánico, el cual desde hace unos 9 o 10 años mudó a Villa Vega; que en el año 2003 o 2004 Parra alquilo el galpón situado en Chacra IV en el cual se encontraba el taller al Sr. Carriqueo, quien se dedicaba a la pintura de autos; que luego que Carriqueo se fue de dicho lugar el galpón quedó vacío y en la actualidad en dicho lugar funciona el taller cuyo propietario es el Sr. Pacheco.

La versión dada por Sepúlveda es confirmada por el testigo Carriqueo (fs. 69/70), quien en oportunidad de declarar expresó: "…que le alquiló a Parra el galpón que tiene en su casa, para poner un taller de pintura de autos. Parra tiene un servicio de grúas, sus hijos son mecánicos tiene un taller en Villa Vega donde tiene las grúas, antes el taller lo tenían en la casa de Parra en el galón que luego alquiló el dicente, junto al Sr. Barros.- […] Señala que el galpón que le alquiló a Parra una vez que el dicente lo desocupó estuvo vacío, esto lo cree porque en el año 2003 y 2004 cuando dejó el galpón, el dicente se mudó al Barrio La Vega…" (tex.).

A fs. 72 y vta. luce declaración del Sr. Héctor Dionisio González de la cual surge que en la casa del Sr. Miguel Parra hubo un taller de chapa y pintura de automóviles en el cual trabajan un señor de nombre de Alfredo y Juan Carriqueo y que el codemandado Parra tiene un taller en calle Berni Nro. 50, extremo este que conoce porque desde el año 2007 le alquila a Parra la parte de atrás del taller, debido a que en dicho espacio realiza trabajos de pintura.

El testigo Carlos José Martín Barles, cuya declaración obra a fs. 76/77, indicó que Parra en un principio tenía el taller en Chacra IV el cual mudó a calle Berni en el año 2002 aproximadamente; que en el galón de Chacra IV en el cual funcionaba el taller lo alquiló a un chapista cuando se mudó a Villa Vega y que hace un año y medio aproximadamente vio que el Sr. Pacheco tiene un taller en el galpón aludido.

En tanto de los dichos del Sr. Enrique Troller (fs. 95 y vta.), compañero de trabajo del codemandado Pacheco en la agencia Renault, se desprende que el último de los nombrados puso un taller por su cuenta en barrio El Arenal en calle Pil Pil; que Pacheco en el año 2005, en oportunidad que le estaba por alquilar un espacio al Sr. Parra para abrir un taller

mecánico, le propuso alquilar juntos el espacio aludido pagando el canon a medias; que en el año 2006 el deponente aceptó la propuesta y junto con Pacheco alquilaron un lugar a medias en calle Pil Pil, pagándole el canon por mitades iguales al señor Miguel Parra; que el taller no tenía nombre de fantasía y que en el lugar había un cartel antiguo que decía "Taller Lacar".

El material probatorio enunciado precedentemente si bien resulta hábil para tener por acreditado que entre los codemandados Pacheco y Parra existió un vinculo locativo mediante el cual el segundo de los nombrados locó un inmueble de su propiedad (galpón) al primero de los mencionados contra el pago de un canon locativo y que en dicho lugar el Sr. Pacheco instaló un taller mecánico de su exclusiva propiedad, cierto es que no es suficiente para probar que aquel [en referencia a Parra] haya cedido total o parcialmente parte de su explotación o que hubiere subcontratado otros trabajos que hicieran a su actividad principal, circunstancia por la cual es inaplicable al supuesto bajo análisis las disposiciones del art. 30 de la LCT, máxime si se tiene presente que para que nazca la responsabilidad solidaria de una empresa por las obligaciones laborales de otras debe existir una unidad técnica de ejecución, extremo este que –reitero- no surge de la prueba producida.

No se me escapa que del informe emitido por la Municipalidad de San Martín de los Andes que obra a fs. 126/219 se desprende que la habilitación de los talleres sitos en calle Pil Pil y en calle Berni que giran bajo el nombre de "Taller Lacar" se encuentran a nombre del Sr. Miguel Parra, pero cierto es que dicha prueba por si sola resulta insuficiente para tener por acreditada la existencia de una unidad técnica de ejecución, como así también de la cesión parcial o total de establecimiento, más aún si se tiene presente que el resto del material convictivo da cuenta que entre los coaccionados solo existió un vinculo locativo del inmueble (galpón) sito en la propiedad del Sr. Parra, como bien lo pone de resalto el judicante en la decisión que se revisa.

Cabe agregar que si bien el codemandado no acompañó en autos contrato locativo alguno, cierto es que dicha circunstancia fáctica queda acreditada con los dichos del testigo Troller, de los cuales no se hace cargo el recurrente en su escrito impugnatorio, quien en oportunidad de prestar declaración testimonial indicó que ambos [en referencia al deponente y al Sr. Pacheco] abonaban por mitades el canon locativo al Sr. Parra.

c) En atención a los argumentos esgrimidos corresponde rechazar el presente agravio, en los términos pretendidos.

3.- Los fundamentos brindados en los incisos precedentes me llevan a propiciar el rechazo del recurso de apelación intentado por la parte actora.

VI.- Por todo lo dicho en los apartados que anteceden, doctrina y jurisprudencia allí citada, y en el entendimiento de haber dado respuesta a los cuestionamientos traídos a consideración de este Tribunal, entiendo que corresponde, lo que así propongo al Acuerdo, rechazar las apelaciones deducidas por la parte actora y el codemandado Pacheco y, consecuentemente, confirmar la sentencia de primera instancia en todo aquello que ha sido materia de agravio para los recurrentes.

VII.- Atento lo forma en la que propicio sean resultas la impugnaciones deducidas, estimo que las costas de Alzada por el recurso intentado por la parte actora deben ser impuestas al accionante en su carácter de vencido (art. 17 ley 921 y 68 del C.P.C. y C.) y por la apelación interpuesta por el codemandado Pacheco deben imponerse al recurrente vencido, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 17 ley 921 y 68 del C.P.C. y C.).

Respecto a los honorarios de segunda instancia cabe diferir su regulación hasta el momento en que se encuentren establecidos y determinados los de la instancia de origen.

VIII.- Firme la presente y vueltos los actuados al origen, deberá comunicarse en la forma de estilo el pronunciamiento a la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.), conforme las previsiones de los arts. 15 de la LCT y 17 de la ley 24.013.- Mi voto.

A su turno, la Dra. María Julia Barrese, dijo: Adhiero de manera total, al fundado voto emitido por mi colega preopinante, por compartir sus consideraciones, fundamentos y conclusiones. Mi Voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar las apelaciones deducidas por la parte actora y el codemandado Pacheco y, consecuentemente, confirmar la sentencia de primera instancia en todo aquello que ha sido materia de agravio para los recurrentes.

II.- Costas de Alzada por el recurso intentado por la parte actora, a cargo de la accionante en su carácter de vencida (art. 17 ley 921 y 68 del C.P.C. y C.), y las generadas por la apelación del codemandado Pacheco, a cargo de dicho recurrente, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 17 ley 921 y 68 del C.P.C. y C.).

II.- Diferir la regulación de honorarios de segunda instancia hasta el momento en que se encuentren establecidos y determinados los de la instancia de origen.

III.- Firme la presente y vueltos los actuados al origen, comuníquese en la forma de estilo el pronunciamiento a la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.), conforme las previsiones de los arts. 15 de la LCT y 17 de la ley 24.013.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Sentencias Definitivas N°: 56/2015

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

**"TIJE INVERSIONES S.A. C/ QUIROGA ELMA Y OTRO S/ INC. MEDIDA CAUTELAR"** - 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.: 306/2012) – Interlocutoria: 36/15 – Fecha: 18/03/2015

DERECHO PROCESAL: MEDIDA CAUTELAR.

ACCION REIVINDICATORIA. RECURSOS NATURALES. MEDIDA DE NO INNOVAR. RECAUDOS DE PROCEDENCIA. FUNDAMENTACION.

1.- Habrá de revocarse la resolución que hace lugar a la medida cautelar de no innovar sobre los recursos naturales existentes en el inmueble objeto de los autos principales –Acción reivindicatoria-, que incluye especialmente la prohibición de talar árboles, efectuar movimientos de suelos, afectar cursos de agua y la realización de cualquier otra acción que implique alterar la topografía originaria del inmueble. Ello es así, por cuanto la resolución cuestionada realiza una referencia abstracta y genérica a la existencia de la verosimilitud del derecho y del peligro en la demora, pero no se la correlaciona con ningún elemento probatorio obrante en el presente incidente ni en los autos principales.

2.- La prohibición de innovar invade el ámbito de libertad de aquél a quien se impone la restricción, motivo por el cual el estudio previo al despacho de la cautelar debe ser más cuidadoso, circunstancia que no se advierte de la compulsa de la resolución atacada.

**Texto completo:**

San Martín de los Andes, 18 de Marzo del año 2015.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "TIJE INVERSIONES S.A. C/ QUIROGA ELMA Y OTRO S/ INC. MEDIDA CAUTELAR" (Expte. Nro. 306, Año 2012), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la ciudad de Junín de los Andes; venidos a conocimiento de la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

CONSIDERANDO:

I.- Vienen los presentes a estudio de esta Sala para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por la Comunidad Mapuche Lof Paichil Antreao a fs. 53, y por el demandado José Arsenio Miranda (quien adhiere a la apelación deducida por la primera), contra la resolución de fecha 11 de septiembre de 2013 (fs. 51/vta.), en cuanto hace lugar, en parte, a la medida cautelar de no innovar sobre los recursos naturales existentes en el inmueble objeto de los autos principales, que incluye especialmente la prohibición de talar árboles, efectuar movimientos de suelos, afectar cursos de agua y la realización de cualquier otra acción que implique alterar la topografía originaria del inmueble.

II.- Refiere la recurrente que el sentenciante no ha hecho un mínimo análisis de los fundamentos de hecho de la pretensión, como requeriría un proceso que lleva más de ocho años, violando de tal manera el art. 161 inciso 1° del CPCyC.

Indica que el a-quo solo utilizó la genérica frase "considerar prima facie acreditada la verosimilitud del Derecho". Relata que en los autos principales ya en agosto de 2006 se había rechazado la cautelar peticionada en el inicio, por considerar que no se encontraba acreditada suficientemente la verosimilitud del derecho invocado.

En tal sentido indica que lo mínimo que requiere un acto jurisdiccional fundado en la ley es que exprese en qué se modificaron las condiciones para decir, siete años después, lo contrario de lo resuelto en aquella oportunidad.

Aduna que a la total falta de fundamentación se le agrega la falta de prueba del derecho de la reivindicante, sumado a lo dispuesto por el art. 577 del Código Civil, que establece que antes de la tradición de la cosa el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real.

Señala que en la demanda no se menciona ningún acto posesorio realizado por ella ni por los vendedores, que la posesión que dice haber tenido solo resulta de los manifestado por el vendedor en la escritura pública de compraventa pero no de una constatación de hecho, y que la única actividad real que la actora pretendió realizar sobre el predio fueron trabajos que no se pudieron efectuar, puesto que los poseedores los impidieron.

Desde el punto de vista constitucional, asevera que el predio en cuestión es poseído de modo tradicional por una comunidad indígena y que este solo hecho implica que ésta es su propietaria. Al menos –continúa-, así debe presumirse con el carácter provisorio que se requiere para declarar procedente una medida cautelar.

Afirma que así lo establece el art. 75 inc. 17 de la CN y el 53 de la Constitución de la Provincia del Neuquén. Cita el Convenio 169 de la OIT y la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en apoyo de su tesis.

En consonancia con la normativa citada, considera que la medida cautelar dispuesta debe ser revocada, porque contradice derechos indígenas establecidos por normas de máxima jerarquía.

En cuanto al peligro en la demora, señala que no hay mayor fundamentación en la resolución (ni en el pedido), y por ello la supuesta y eventual frustración del cumplimiento de una hipotética sentencia favorable se revela inconsistente.

Indica que los actos señalados como frustratorios no son sino los normales modos de utilización del territorio que la comunidad ha realizado desde el inicio.

Por último, argumenta que la resolución recurrida omite cumplir con el art. 199 del CPCyC, que exige que el requirente otorgue caución por todas las costas, daños y perjuicios que pudiera ocasionar por haberla solicitado sin asistirle derecho.

III.- Corrido el pertinente traslado, a fs. 69/70 contesta agravios TIJE INVERSIONES S.A., por los argumentos allí plasmados y a los cuales nos remitimos en honor a la brevedad.

IV.- El maestro procesalista Jorge Peyrano enseña que la prohibición de innovar es considerada, con criterio ortodoxo, una medida cautelar excepcional, lo que implica que se requiere de una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos de procedencia en relación con las cautelares clásicas ["MEDIDAS CAUTELARES"; Jorge W. Peyrano –director-, María Carolina Eguren –coordinadora-; Rubinzal Culzoni Editores; Año 2010; Tomo I, pág. 604.].

El carácter excepcional –continúa el autor- se explica memorando que se trata de una medida cautelar que –a diferencia del embargo o la inhibición, por ejemplo- no tiene una repercusión sobre el patrimonio o la disponibilidad sobre los bienes, sino que toca a la esfera de libertad del recipiendario, imponiéndole cierta abstención con respecto a una conducta que sin la orden judicial o "por fuera" de ella estaría permitida o no prohibida y que, por lo mismo, es factible que roce derechos constitucionales [op. cit. pág. 605].

También se ha precisado el carácter subsidiario de la medida en análisis, lo que, en pocas palabras implica que debe preferirse otra vía alternativa, en todo caso una de las cautelares "clásicas", cuando resulta igualmente apta para el logro del mismo fin instrumental perseguido, debiendo despacharse sólo la prohibición de innovar si constituye el único medio para resguardar el resultado práctico de la sentencia [op. cit. pág. 606].

Por último, y en lo que aquí nos interesa destacar, la prohibición de innovar participa, como cualquier medida cautelar, de los requisitos de procedencia clásicos. Esto es, la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y el otorgamiento de una contracautela por parte del peticionante.

En relación al primero, "basta con que el derecho aparezca en el marco de lo hipotético y razonable. Se sabe que la apariencia de buen derecho alude, en realidad a la verosimilitud de los hechos en que se funda el derecho alegado, lo que requiere del peticionante una acreditación sumaria, que no sólo debe resultar del relato fáctico aportado, sino del acercamiento de elementos que de manera aun superficial o periférica indiquen tal verosimilitud".

El peligro en la demora "importa que de no disponerse de inmediato la inalterabilidad de la situación litigiosa, existe el peligro de que el derecho que aspira al reconocimiento definitivo en la sentencia de mérito se frustre en el tránsito hacia ella, resultando ilusoria o ineficaz o imposible" [Jorge Peyrano, op. cit. pág. 609].

Y por último, la contracautela no tiene rasgos atípicos, participando de las exigencias generales, pudiendo ser real, personal y/o graduada según la verosimilitud del derecho invocado, a punto tal que se acepta, en casos excepcionales, prescindir de su otorgamiento.

V.- Determinadas las bases teóricas en las cuales reposa el instituto en estudio, y traslados los conceptos al supuesto traído a resolución, consideramos que la situación fáctica no encuadra en el marco delineado, motivo por el cual corresponde revocar la cautelar dispuesta en origen.

En primer término ha de señalarse que, tal como apunta la recurrente, la resolución del magistrado de grado adolece de una menesterosa fundamentación.

Realiza una referencia abstracta y genérica a la existencia de la verosimilitud del derecho y del peligro en la demora, pero no se la correlaciona con ningún elemento probatorio obrante en el presente incidente ni en los autos principales.

La única prueba arrimada por el peticionante ha sido un acta de denuncia policial de la cual (amén de ser un acto de declaración unilateral), no logra aprehenderse con suficiente claridad si el terreno en el que se habrían realizado los actos denunciados (tala de dos coihues) es de propiedad del sr. Sebastián Bartolome FALUS o si, por el contrario, le pertenece a TIJE INVERSIONES S.A. (accionante en las presentes). Textualmente su denuncia dice:

"Que soy presidente de TIJE Inversiones S.A.; donde poseo (el resaltado nos pertenece) una propiedad en Fracción….." (fs. 9/vta.).

De todas maneras, en el segundo de los supuestos, tampoco se ha incorporado prueba documental que acredite que el Sr. FALUS efectivamente revista la calidad de presidente de la sociedad anónima peticionante.

La restante documental obrante en el incidente no modifica la conclusión.

El título de propiedad es un requisito general de la acción principal (reivindicatoria) y que hace a la legitimación activa del peticionante.

La cesión de derechos litigiosos realizada por el actor -Carlos POPIK- a favor de la sociedad comercial tampoco mejora su situación, puesto que en los principales sólo se aceptó su intervención como tercero coadyuvante y no como litisconsorte.

Recuérdese lo ya apuntado por la doctrina especialista citada.

La prohibición de innovar invade el ámbito de libertad de aquél a quien se impone la restricción, motivo por el cual el estudio previo al despacho de la cautelar debe ser más cuidadoso, circunstancia que no se advierte de la compulsa de la resolución atacada.

VI.- La ausencia de acreditación de uno de los elementos torna innecesario continuar en el estudio de los restantes, siendo, en consecuencia, suficiente para levantar la medida.

VII.- Costas de Alzada al tercero incidentista perdidoso (art. 68 del C.P.C. y C.).

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por los co-demandados Comunidad Mapuche Lof Paichil Antreao y José Arsenio MIRANDA y, en consecuencia, revocar la prohibición de innovar dispuesta a fs. 51/vta. sobre los recursos naturales existentes en el inmueble objeto de los autos principales.

II.- Costas de Alzada a cargo de la recurrida perdidosa (art. 68 primera parte del CPCyC), difiriendo la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello.

III.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Dardo Walter Troncoso

Registro de Sentencias Interlocutorias N°: 26/2015

Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

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

**"LOPEZ JUAN ANTONIO Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTÍN DE LOS ANDES S/ ACCIÓN DE AMPARO S/ INCIDENTE ARTÍCULO 31 DEL CPC Y C"** - 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.: 638/2015) – Interlocutoria: 27/15 – Fecha: 01/04/2015

DERECHO PROCESAL: Excusación. Recusación.

AMPARO. DECLARACION DE INADMISIBILIDAD. EXCUSACION POR PREJUZGAMIENTO. RECHAZO.

Corresponde rechazar la excusación formulada por el titular del juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 2 -IV Circunscripción Judicial- al considerar que se encuentra incurso en la causal de prejuzgamiento estipulada en el inciso 7° del art. 17 del C.P.C.y C., por la circunstancia de que al haber declarado la inadmisibilidad de la acción de amparo, pronunciamiento que va de suyo fue revocado, ello importó un adelanto de opinión acerca de cuestiones que resultan

sustanciales para resolver la pretensión. Ello así, no hubo prejuzgamiento por parte del A quo sobre la cuestión de fondo del presente amparo. En efecto, tal como indica el juez titular del Juzgado Nro. 1, el magistrado se limitó a cumplir con el análisis de admisibilidad establecido por el artículo 11 de la Ley 1981, no comprometiendo su opinión acerca del resultado de la acción.

**Texto completo:**

Cutral Có, 1° de Abril del año 2015.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "LOPEZ JUAN ANTONIO Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTÍN DE LOS ANDES S/ ACCIÓN DE AMPARO S/ INCIDENTE ARTÍCULO 31 DEL CPC Y C" (Expte. Nro. 638, Año 2015), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la ciudad de Junín de los Andes; venidos a conocimiento de la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

CONSIDERANDO:

I.- El Dr. Andrés Luchino, Juez titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Junín de los Andes, a fs. 115/vta. resuelve excusarse para intervenir en el presente, a fin de asegurar la garantía de imparcialidad, por entender que al efectuar el control de admisibilidad del amparo adelantó opinión acerca de cuestiones que resultan sustanciales para resolver la pretensión esgrimida (y por ello se encuentra incurso en la causal del inciso 7° del art. 17 del CPCyC, aplicable en función del art. 30 de idéntico código). En tal sentido, transcribe párrafos de la resolución en las que considera que vertió opiniones categóricas acerca del fondo de la cuestión, y cita en sustento de su postura jurisprudencia de la ex Cámara de Apelaciones en Todos los Fueros de la ciudad de San Martín de los Andes.

II.- El Dr. Joaquín A. Cosentino, Juez titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la IV Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Junín de los Andes, a fs. 46/48, por su parte, resuelve no aceptar la excusación de su par, en el entendimiento de que no se advierte en el caso que el juez haya prejuzgado acerca de la posible procedencia o improcedencia de la acción. Considera que, para que quede configurada la causal de prejuzgamiento, es menester que los magistrados hayan emitido opiniones intempestivas respecto de cuestiones pendientes que aún no se encuentran en estado de ser resultas, pero no comprende los supuestos de criterios que han sido sometidos a su juzgamiento, por lo cual, las opiniones vertidas en la debida oportunidad procesal y sobre puntos sometidos a su decisión, no importan otra cosa que el deber impuesto por la ley y, de ningún modo autorizan la recusación fundada en la aludida causal.

Cita jurisprudencia en apoyo de sus razonamientos.

Así, considera que el señor juez se limitó a resolver sobre la admisibilidad formal del amparo sometida a su consideración, no habiendo adelantado la justa solución que corresponde dictar al presente. Sostiene que no se advierte de la lectura del decisorio que el juez haya comprometido en forma determinante la definición de esta Litis, ni que tal decisión condicione necesariamente el resultado del amparo, máxime considerando que aún no se ha recibido el informe circunstanciado de la entidad demandada ni se ha producido la prueba que hace a las pretensiones en juego. Destaca, asimismo, que este Cuerpo no resolvió apartar a dicho magistrado, y que la parte actora no recusó al Dr. Luchino, haciendo hincapié en la interpretación restrictiva del instituto en análisis.

III.- A fs. 48, se elevan las actuaciones a esta Alzada.

IV.- Liminarmente, a fin de abordar la cuestión que nos atañe, diremos que: "…la denominación de `prejuzgamiento´, … ha sido definida por la Corte Suprema como la conducta consistente `en revelar con anticipación al momento de la sentencia una declaración de ciencia en forma precisa y fundada sobre el mérito del proceso, o bien que las expresiones permitan deducir la actuación futura de un magistrado por haber anticipado su criterio, de manera tal que

las partes alcanzan el conocimiento de la solución que dará al litigio por una vía que no es la prevista por la ley en garantía de los derechos comprometidos´ (CSJN, 24.3.92, LL 1992-D-265). La jurisprudencia ha delineado ciertas pautas al respecto, destacándose que la interpretación es de carácter restrictivo, requiriéndose un pronunciamiento expreso sobre la cuestión de fondo a decidir en el litigio, no constituyendo prejuzgamiento la opinión imprecisa o genérica (CNCiv, sala D, 30.6.80, ED 89-750)…"; "El prejuzgamiento se configura cuando un Juez, sin que el estado del proceso lo exija, anticipa o deja entrever su opinión sobre el fondo de la causa o algunos aspectos que sólo corresponde decidir en la sentencia definitiva. Pero, no media prejuzgamiento cuando el magistrado se pronuncia, en la oportunidad procesal debida, acerca de los puntos sometidos a su consideración, puesto que en tal caso no se trata de emitir anticipada opinión sino de cumplir con el deber de resolver las cuestiones propuestas…" y que "el desplazamiento de un juez de la causa constituye un acto de máxima gravedad que debe interpretarse restrictivamente" (cfr. Ex Cámara en Todos los Fueros de San Martín de los Andes, R.I. n° 02/2009 de fecha 27/02/2009 dictada en autos "SORZINI, Daniel s/ Incidente de Recusación", Expte. CSM N° 03/2009; con cita de fallos de la CApel.Civ.Com.Lab.y Min. Neuquén, Sala II, 30-09-2008, "Cunningham Glen Rodolfo y otro c/ Cunningham Glen Noemi y otros s/ Disolución de sociedad", Expte. N° 358669/7, en www.jusneuquen.gov.ar; CApel.Civ.Com.Lab.yMin. Neuquén, Sala III, 27-03-2007, "Echeverria Raúl Edgardo c/ Provincia del Neuquén y otro s/ Incidente de Recusación", en www.jusneuquen.gov.ar; y del TSJ de Neuquén, 13-03-2007, "Gadano Jorge c/ Provincia del Neuquén s/ Acción de Amparo", R.I. N° 20/07, en www.jusneuquen.gov.ar).

Sentado ello, adelantamos que compartimos el criterio del Dr. Cosentino, considerando, en tal sentido, que no hubo prejuzgamiento por parte del Dr. Luchino sobre la cuestión de fondo del presente amparo. En efecto, tal como indica el juez titular del Juzgado Nro. 1, el magistrado se limitó a cumplir con el análisis de admisibilidad establecido por el artículo 11 de la Ley 1981, no comprometiendo su opinión acerca del resultado de la acción.

De los fundamentos en los que el magistrado ha sustentado su decisión, se desprende que el Dr. Luchino sólo ha vertido opiniones sobre los puntos sometidos a su consideración, en la oportunidad de tener que expedirse sobre la admisibilidad del amparo, lo que importa el cumplimiento de un deber impuesto por la ley. Así, no corresponde que se lo aparte de la causa; situación que, de haber sido procedente, hubiera sido dispuesta por este Cuerpo al revocar la resolución por la que declaró inadmisible la acción de amparo.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar la excusación planteada por el Sr. Juez titular del juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 2, quien deberá seguir entendiendo en el presente.

II.- Comuníquese al Señor Juez titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes. A tal fin, líbrese oficio con adjunción de copia de la presente.

III.- Regístrese, y remítanse las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS con asiento en la ciudad de Junín de los Andes.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Sentencias Interlocutorias N°: 27/2015

Dra. Victoria Paula Boglio - Secretaria de Cámara

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

**"DEFENSOR DE LOS DERECHOS DEL NIÑO C/ B. A. D. S/ INC. APELACIÓN"** - 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.: 3/2015) – Interlocutoria: 38/15 – Fecha: 22/04/2015

DERECHO DE FAMILIA: MEDIDA CAUTELAR.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO. INFORMES INTERDISCIPLINARIOS. MENORES EN SITUACION DE RIESGO. ALBERGUE. HOGAR MUNICIPAL.

1.- [...] teniendo en miras que lo que se cuestiona es una cautelar -con la provisionalidad que la caracteriza-, señalamos que, en función de los informes interdisciplinarios obrantes en este incidente, no se advierte irrazonable o desmedida la decisión adoptada por la Sra. Juez de grado. En efecto, surge de los dictámenes acompañados la situación de riesgo grave en la que se encontraban los niños previo a la adopción de la medida de albergarlos provisoriamente en el refugio municipal, por lo que cabe confirmar –en este estado- lo resuelto en origen; priorizando, en este aspecto, el principio de inmediación en la situación que tiene el juez de grado.

2.- Con relación a la petición, subsidiaria, de que los niños se encuentren al cuidado de sus tíos (nombrados en el memorial), es dable destacar que no solo no acompaña el recurrente el Acta que menciona donde los mismos habrían manifestado su voluntad de hacerse cargo de sus sobrinos, sino que, tal postura se controvierte con lo manifestado por el Defensor de los Derechos del Niño; surgiendo, asimismo, de los informes [...], que los niños no cuentan con una red real familiar extensa que los cuide, a causa del mismo comportamiento de sus padres, que genera rechazo por parte de sus familiares.

**Texto completo:**

San Martín de los Andes, 22 de Abril del año 2015.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "DEFENSOR DE LOS DERECHOS DEL NIÑO C/ B. A. D. S/ INC. APELACIÓN" (Expte. Nro. 3, Año 2015), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Familia de la ciudad de Junín de los Andes; venidos a conocimiento de la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

CONSIDERANDO:

I.- Vienen las presentes a estudio de esta Sala II, para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por el Defensor Oficial en el carácter de gestor procesal del Sr. B. (gestión que es ratificada a fs. 103 de los principales – cfr. 58vta. (cfr. Fs. 32 – 10/03/2015), contra lo resuelto en la audiencia celebrada el día 02/03/2015, cuya copia obra a fs. 29/30, en lo que hace a la medida cautelar allí dispuesta respecto de sus hijos, S. M., J. I. y L., todos de apellido B.. Concedido el recurso a fs. 57 con fecha 17 de marzo del corriente, expresa agravios a fs. 33/37 de este incidente, con fecha 25/03/2015. Corrido el traslado con fecha 1/4/2015 (fs. 38), es contestado por el Defensor de los Derechos del Niño con fecha 9/4/2015, a fs. 45/49.

II.- Señala el Defensor del Sr. B. que los niños deben seguir viviendo con el padre, sin que exista riesgo que funde la injusta medida tomada. Indica que no debe judicializarse la pobreza, que eso ocurre al separar a los niños de su padre,

y que es el Estado el que eventualmente debe brindar debido acompañamiento institucional a su cliente, reforzando sus aptitudes parentales y garantizando la totalidad de los derechos constitucionales del grupo familiar.
Refiere que debe garantizarse el derecho de los niños a ser oídos, respetándose su voluntad de vivir con su padre. Afirma que el interés superior del niño se ve afectado por la separación de los niños de su padre, y que ante el riesgo, de existir, es el Estado el que debe brindarle acompañamiento, como señalara antes.
Insiste en que el Estado debe agotar cuanta posibilidad exista para evitar que sus hijos, a quienes el Sr. B. jamás abandonó, sean separados de él, en contra de su voluntad. Y que, eventualmente, se podría recurrir a la familia ampliada, pero nunca alojarlos en una institución y menos proceder a su adopción como se solicitó precipitadamente.
En tal sentido, indica que para el caso de que se estime procedente la medida provisoria de separar a los niños de su padre, debe recurrirse para su crianza y contención a los tíos. Sobre los mismos, indica que se ofrecieron para cumplir con esta función, lo que habría quedado plasmado en un Acta realizada ante la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente el día 5/3/2015, donde mencionarían la toma de conocimiento de que los niños se encontraban en el refugio municipal por decisión judicial y donde solicitaban la posibilidad de hacerse cargo de sus sobrinos.
Transcribe, luego, la normativa de la Ley 2302, Ley 26061, y Convención de los Derechos del Niño, en sustento de su postura. Continúa diciendo que es un derecho de los niños que vivan con su padre, y que es su voluntad, por lo que deben ser escuchados. Sostiene que la medida adoptada no cumple con el requisito de excepcionalidad de apartar a los niños de su familia, como lo garantiza la normativa de jerarquía constitucional. Refiere, asimismo, que la medida no cumple con los estándares de la Opinión Consultiva Nro. 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Separación excepcional del niño de su familia). Continúa mencionando normativa y fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que considera en apoyo de su posición. Aduna que de no procederse a la inmediata restitución corresponde fijarse un amplio régimen de visitas a favor de los niños y su padre, y si no, mínimamente, se debe garantizar el contacto supervisado. Finalmente, hace reserva de recurrir en casación.
III.- A fs. 45/49 contesta agravios el Defensor de los Derechos del Niño.
Indica, con relación a que es el Estado que debe brindarle adecuado acompañamiento para reforzar las aptitudes parentales, que los distintos órganos del Estado intervienen en la situación familiar de los chicos desde el año 2010 (indica el informe de la Lic. Renkine agregado en autos), esfuerzo y dedicación que ha quedado de manifiesto, sin obtener de parte del Sr. B. respuesta alguna.
Destaca lo acontecido entre el 7 de noviembre de 2014 y 2 de marzo de 2015, fecha entre las cuales los niños retomaron la convivencia con el Sr. B., luego de múltiples intervenciones de las instituciones; donde se repitieron los mismos inconvenientes históricamente planteados, habiendo manifestado el Sr. B. en dicho período las dificultades para ejercer su rol paterno. Indica que se vuelve a tomar la decisión drástica de retirar a los niños de su hogar frente, no solo a la imposibilidad del padre de ejercer su rol, sino ante la negativa de este último de poner en práctica los consejos y sugerencias que le brindaron tanto los funcionarios del poder judicial como los profesionales de las entidades gubernamentales intervinientes.
Dice que de ninguna manera ni él ni las instituciones gubernamentales persiguen la judicialización de la pobreza, que lo que motiva la intervención es la constante desatención y negligencia por parte de los progenitores de los niños respecto de sus cuidados, la falta de colaboración por parte de ambos con las instituciones y el hecho de no haber adoptado ninguna de las recomendaciones y sugerencias que a lo largo de los últimos cinco años se le han brindado en reiteradas oportunidades a fin de poder superar la situación de vulnerabilidad de derechos en la que sus hijos se ven involucrados.
Sigue relatando que los niños desde temprana edad han sido sometidos a situaciones de extrema violencia entres sus padres y para con ellos, falta de atención a sus necesidades básicas, negligencia en sus cuidados y una situación de total desamparo por parte de sus padres. Indica que luego de que la madre se retirara del hogar desatendiendo su responsabilidad legal, se le han brindado diferentes alternativas por medio de las autoridades de aplicación de la ley 2302, al padre de los niños para que pudiera superar las dificultades que atravesaba en el cumplimiento de su rol, con servicio de cuidadores y niñeras, las que han manifestado no poder cumplir con sus tareas debido a desencuentros con

el mismo. Aduna que se le han brindado herramientas y servicios en forma gratuita para mejorar el estado general de salud psicofísica de los niños, así como para ayudarlo en su cuidado y manutención sin que este aceptara o bien, aceptando, se vieron frustradas por su propia impericia y no por su falta de recursos económicos. Cita fallos y doctrina en sustento de su postura.

Deja en claro, con cita de jurisprudencia, que el interés superior del niño no es un principio vacío de contenido, y que en las presentes actuaciones resulta manifiesto el abandono y desamparo por parte de los progenitores hacia sus hijos, y que incluso, la madre no solo los ha desatendido, sino que ha manifestado no poder hacerse cargo de los mismos. En cuanto al padre indica que no ha ejercido correctamente el rol paterno y no ha asumido las responsabilidades legales en su cabeza. Recalca todo lo antes señalado e indica que una vez que se le brindó de nuevo la oportunidad de convivir con sus hijos y poder satisfacer las necesidades y sus cuidados -que no había podido brindar antes-, el mismo nuevamente fue negligente en su accionar, desatendiéndolos y posicionándolos en una situación de evidente abandono que los obligaba a pedir alimentos en los alrededores de su hogar para poder satisfacer sus necesidades más básicas; mientras frustraba, por su conducta imprudente, las alternativas de apoyo que desde las instituciones se le brindaba. Cita nuevamente jurisprudencia en su apoyo.

Con relación a lo establecido por la Convención, que estipula que el niño tiene derecho a permanecer con su familia de origen en la medida de lo posible, indica que ello está subordinado a que familia garantice y respete sus derechos humanos, principalmente el derecho a la vida, salud psicofísica e integridad.

Sostiene que la responsabilidad parental ya no es un derecho de propiedad sobre los hijos, sino que es una función que se cumple ayudándoles a crecer, a desarrollar al máximo sus posibilidades, por ello cuando en el seno de su familia bilógica no puede gargarizarse el desarrollo psicosocial ni la integridad física y emocional del niño, debe buscarse con la mayor celeridad y certeza el medio conducente para establecer la adoptabilidad de los menores en conflicto.

Manifiesta que la intervención del estado tiene un límite y está representado por el interés superior del niño, que de no verificarse mejorías en plazos sensibles, la decisión debe inclinarse por declarar el estado de abandono y posteriormente decretar el estado de adoptabilidad para garantizar el derecho a la vida y al mejor desarrollo en una familia alternativa que pueda responder a sus necesidades afectivas, educativas, de cuidado y desarrollo.

Con relación a la familia ampliada, dice que se han evaluado distintas posibilidades de reinserción, las que señala, indicando que no se pudo viabilizar por las razones que indica y que fueran probadas. Lo que también se corrobora, señala, con los informes psicológicos de los que no surge como referentes ningún miembro de la familia extensa; quienes, asimismo, no han mostrado interés por la situación o estado físico y emocional de los niños, los que nunca han recibido visitas mientras se encontraban al resguardo de las autoridades municipales, ni inquietudes por parte de ellos.

Manifiesta que se han sucedido diferentes eventos traumáticos para la integridad psicofísica de los niños como el incendio de su hogar y que ninguno de ellos se contactó con las instituciones para brindar apoyo o mostrar interés. Por otra parte, indica que resulta inadmisible que luego de haber asumido un rol de suma importancia en el desarrollo psicosocial de los niños conociendo el estado de hechos que diera origen a las actuaciones, se hayan desprendido de dicha función sin dar aviso a las instituciones ni a los profesionales actuantes ni a quien suscribe.

Sostiene que los niños requieren cuanto antes que se les brinde un marco de estabilidad legal que les otorgue una estabilidad fáctica que facilite su normal desarrollo y desempeño social. De brindar la guarda a individuos que ante cualquier evento contrario a la obligación asumida les haga desprenderse sin aviso de dicha responsabilidad se estaría afectando aún más la deteriorada salud psicofísica de los niños como revictimizándolos.

Respecto a que se fije régimen de visitas, considera que bajo ningún punto de vista corresponde, dado que perjudicaría aún más la estabilidad psicoemocional de los niños. Manifiesta que, hasta tanto sean entregados a una familia en guarda preadoptiva, deben ser dados a una familia de acogimiento en la cual se sientan cuidados y contenidos, y que no corresponde exponerlos una vez más a retomar contacto con el Sr. B., que siempre demostró manipulación hacia ellos.

Dice, por último, que los tres niños han sido escuchados en distintas oportunidades (que señala) en los 5 años, por lo que se ha cumplido sobradamente el derecho a ser escuchados y que si bien la opinión de los mismos debe ser tenida

en cuenta no significa que siempre las decisiones judiciales deban tomarse en base a lo que los niños expresan. Cita fallo. Hace reserva de caso federal.

IV.- Ingresando al análisis recursivo, en función de que la Cámara está facultada para examinar de oficio la admisibilidad del recurso, pues sobre el punto no está ligada ni por la conformidad de las partes, ni por la resolución del juez de primer grado, aún cuando se encuentre consentida; advertimos que, del Acta que plasma lo acontecido en la audiencia del día 02/03/15, oportunidad en la que se adoptó la medida cuestionada, surge que al inicio de dicho acto se certificó la presencia, entre otros, el aquí recurrente y su patrocinante, el Sr. Defensor Oficial Civil, de acuerdo a la certificación Actuarial efectuada.

Tal circunstancia genera dudas razonables acerca de la temporaneidad del recurso sub análisis, las que en el caso serán zanjadas considerándose temporánea su interposición por no surgir del Acta mencionada la suscripción de la misma por parte del apelante.

De seguido, adelantamos que habremos de confirmar lo resuelto por la Sra. Juez de Familia.

Iniciamos señalando que en los procesos de familia, en especial aquellos que amparan el interés de los menores, el juez cuenta con amplias facultades de protección y acompañamiento; de allí que los principios procesales que lo rigen son, entre otros, los principios de inmediación, oralidad, la cooperación interdisciplinaria, y las medidas cautelares y anticipatorias; rigiéndose estas últimas, a diferencia de las cautelares en general, por la legislación sustantiva (en nuestro caso, por la Ley 2302 –art. 51-; entre otras). Con ellas se requiere brindar respuestas urgentes, que de modo provisional satisfagan necesidades apremiantes (cfr. "Medidas Cautelares" – Bacre –, Edic. La Rocca, 2005, pág. 650).

Sentado ello, y teniendo en miras que lo que se cuestiona es una cautelar -con la provisionalidad que la caracteriza-, señalamos que, en función de los informes interdisciplinarios obrantes en este incidente, no se advierte irrazonable o desmedida la decisión adoptada por la Sra. Juez de grado. En efecto, surge de los dictámenes acompañados la situación de riesgo grave en la que se encontraban los niños previo a la adopción de la medida de albergarlos provisoriamente en el refugio municipal, por lo que cabe confirmar –en este estado- lo resuelto en origen; priorizando, en este aspecto, el principio de inmediación en la situación que tiene el juez de grado.

Por otra parte, el discurso del Defensor del padre de los niños se centra en torno a que, con la toma de la medida recurrida no se ha respetado el carácter excepcional que alberga la decisión de apartar a los niños de su familia, prevista por la legislación de jerarquía constitucional; cuando –como surge del relato de sus agravios- no cuestiona ni impugna específicamente lo que se desprende de los informes, que avalan la decisión asumida por la Sra. Juez de Familia. Dichos informes, también dan cuenta de la actuación de los distintos órganos del Estado, los que han venido interviniendo en la situación familiar de los chicos. Ello –con el alcance de la cautelar en análisis-, corrobora el acompañamiento institucional al grupo familiar, a efectos de reforzar las aptitudes parentales y garantizar la suma de derechos constitucionales del núcleo familiar, señaladas por el Defensor del Sr. B. como incumplidas por el Estado. Es más, surge de dichos informes que lo infructuoso de tal acompañamiento se debió a la actitud misma asumida por los padres de los niños.

También, los citados informes dan cuenta del ejercicio del derecho de los niños a ser oídos. Con todo ello, queda desdibujado el argumento esgrimido en forma general por el Sr. Defensor, en torno a que se vería afectado el interés superior de los niños, en virtud de la decisión apelada.

Así también, no podemos soslayar que gran parte de los argumentos esgrimidos por el Defensor Oficial del Sr. B., hacen al fondo de la cuestión, la que –claramente- no se encuentra en debate en la presente cautelar y es objeto de las actuaciones principales donde se tramita la petición de declaración del estado de preadoptabilidad de los niños, solicitada por el Defensor de los Derechos del Niño.

Insistimos en la provisionalidad de la medida tomada en las presentes, esto es, la separación de los niños de su padre atento las circunstancias apremiantes del caso, probada con los informes interdisciplinarios acompañados en autos, no cuestionados por el recurrente.

V.- Con relación a la petición, subsidiaria, de que los niños se encuentren al cuidado de sus tíos (nombrados en el memorial), es dable destacar que no solo no acompaña el recurrente el Acta que menciona donde los mismos habrían

manifestado su voluntad de hacerse cargo de sus sobrinos, sino que, tal postura se controvierte con lo manifestado por el Defensor de los Derechos del Niño; surgiendo, asimismo, de los informes (fundamentalmente del informe de fs.15/17 de la Lic. Calacci, informe de fs. 26/27vta.), que los niños no cuentan con una red real familiar extensa que los cuide, a causa del mismo comportamiento de sus padres, que genera rechazo por parte de sus familiares.

VI.- En cuanto al pedido subsidiario de régimen de visitas amplio o visitas supervisadas, no puede este Cuerpo disponer sobre tal petición, la que debe ser canalizada por la instancia de origen, máxime, atendiendo a lo resultante de los informes y la decisión expresa de la juez de grado en orden a la prohibición de acercamiento de los padres, dispuesta en la resolución en crisis, todo ello conforme a lo resultante de los informes de autos.

Sin más que ahondar, surge prístino de lo expuesto que no se han podido rebatir los fundamentos de la decisión tomada por la a quo, en el marco de esta cautelar.

VII.- Sin costas en esta instancia, atento el carácter de defensores oficiales que revisten los letrados de las partes.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Defensor Oficial del Sr. B.; manteniendo la medida cautelar dispuesta en origen respecto de los niños S., J. y L., todos de apellido B.; sin costas, conforme lo considerado.

II.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Sentencias Interlocutorias N°: 38/2015

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

**"A. M. C. C/ R. S. G. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - 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.: 36320/2014) – Interlocutoria: 46/15 – Fecha: 10/06/2015

DERECHO DE FAMILIA: Alimentos.

CUOTA ALIMENTARIA. MONTO. DETERMINACION. PAUTAS. VALORACION DE LA PRUEBA.

Cabe confirmar el importe de $ 6000 fijado en concepto de cuota alimentaria a favor de sus hijos -18 y 15 años-, toda vez que sus necesidades -que no deben probarse-, son mayores, motivo por el cual entendemos que debe rechazarse la queja formulada por el apelante en el sentido que el referido importe representa el 100% de su remuneración. Ello es así, pues, como bien lo expresa la actora, del contrato agregado por el propio demandado [...], surge que el mismo cumple tareas de lunes a viernes en el horario de 8,30 a 12,30 horas. Por ello, parece poco creíble que sólo trabaje cuatro horas diarias en horario matutino y de ser así, bien puede laborar por la tarde, máxime cuando el mismo apelante al contestar demanda reconoce desempeñarse como programador informático [...]. Asimismo, del exhaustivo análisis efectuado por el señor

Juez de grado de la prueba producida en autos, -el que compartimos- se desprende que los testigos hacen referencia a las tareas por cuenta propia que realizaría el accionado; la variación del nivel de vida de los hijos, el que era bueno antes de la separación de las partes; y las dificultades que afronta la madre día a día para ocuparse de la rutina de sus hijos (traslados, actividades escolares y extra escolares, esparcimiento, vestimenta, etc.).

**Texto completo:**

Zapala, 10 de junio de 2.015.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "A. M. C. C/ R. S. G. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS" (Expte. N° 36.320, Año 2.014) del Registro del Juzgado de Primera Instancia de Familia, Niñez y Adolescencia de la Cuarta Circunscripción Judicial sito en Junín de los Andes y en trámite ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes, dependiente de esta Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia con competencia en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales; venidas a la Sala N° 1 integrada por las señoras vocales, Dras. Alejandra Barroso y Gabriela Belma Calaccio y;

CONSIDERANDO:

I.- Que llegan los obrados a esta Sala por recurso de apelación interpuesto por el demandado a fs. 299, contra la resolución interlocutoria dictada a fs. 264/268 y vta. que establece la cuota alimentaria a favor de los dos hijos de las partes.

Concedido el recurso, a fs. 303/306 el apelante presenta memorial. Le agravia el monto de la cuota alimentaria definitiva, por considerar que la misma es excesiva y confiscatoria. Señala que en su oportunidad, apeló la resolución que estableció los alimentos provisorios en la suma de $ 4.000,00; habiendo esta Sala hecho lugar al recurso, fijando los mismos en $ 3.000,00. Que este incidente de apelación fue agregado a la causa con posterioridad al dictado de la resolución que ahora ataca.

Dice que no contaba con ingresos fijos hasta el 01/04/2014 en que comenzó a trabajar en relación de dependencia para la firma Interwa S.A. y en forma temporaria por seis meses que se ha extendido un poco más, con una remuneración neta de $ 6.098,00. Que a partir de abril de 2014 se le descuenta de su sueldo la suma de $ 4.000,00 en concepto de cuota provisoria; y en la sentencia se establece la definitiva en $ 6.000,00; lo que representa el 100% de sus remuneraciones.

Con transcripción de diversos párrafos de la resolución recurrida, considera que el criterio utilizado por el señor Juez A quo no ha sido correcto, ya que teniendo una prueba directa de sus ingresos sin que haya existido reticencia u ocultamiento de los mismos, resolvió en base a indicios. Que por las características de su profesión "programador informático" el judicante presume que posee otros trabajos -que no los tiene-, siendo sus ingresos los que se declararon en autos.

Agrega que no existió por su parte falta de colaboración para demostrar ingresos y ni de prueba directa como refiere el sentenciante y por lo que éste, deba apelar a indicios. Que es imposible probar lo que no existe.

Destaca que la actora no ha probado su caudal económico y en el escrito de demanda denunció arbitrariamente la suma de $ 15.000,00; agregando respecto al apelante que, "es monotributista y su trabajo siempre fue totalmente informal y en negro" (textual). Que tampoco el magistrado de primera instancia determinó cuál sería el caudal económico que justifique establecer la cuota alimentaria en la suma de pesos seis mil ($ 6.000,00).

Finalmente, apela por considerar altos, los honorarios regulados a la letrada de la actora.

Por todo ello, solicita se haga lugar a su pretensión y se revoque la sentencia del inferior.

II.- A fs. 297 se presenta a estar a derecho y con patrocinio letrado, el hijo S. R., en virtud de haber alcanzado la mayoría de edad.

Conferido el pertinente traslado de ley, sólo la actora, señora A. contesta el memorial a fs. 312/313.
Solicita se declare desierto el recurso, de acuerdo a lo previsto por el art. 266 del Código Procesal, por cuanto falta un análisis crítico y razonado de la sentencia.
Subsidiariamente contesta las expresiones del apelante, manifestando que quedó sobradamente probado que el sueldo "en blanco" no es el único ingreso del accionado y que realiza trabajos "en negro" y de manera "free lance", fuera de las cuatro horas que trabaja en relación de dependencia.
III.- A fs. 320 luce dictamen del señor Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente, quien estima que debe rechazarse el recurso interpuesto.
IV.- a) En atención al planteo formulado por la actora, liminarmente y en uso de la facultades conferidas a esta Sala como Juez del recurso, que puede ser ejercida aún de oficio, corresponde examinar si el memorial reúne los requisitos formales de habilidad exigidos por el art. 265 del Código Procesal.
Teniendo en cuenta la gravedad con que el art. 266 del ordenamiento procesal sanciona las falencias del escrito recursivo, entendemos que habiendo expresado el recurrente mínimamente la razón de su disconformidad con la decisión adoptada, las críticas efectuadas habilitan el análisis de la materia sometida a revisión.
Debe considerarse asimismo que no debe desmerecerse el escrito recursivo, si llena su finalidad, aunque lo haga con estrechez o bordeando los límites técnicos tolerables. Es en ese entendimiento que el recurso en análisis debe ser examinado.
b) Ingresando al tema traído a estudio, cabe recordar que la prestación alimentaria a favor de los hijos es uno de los deberes que le impone la responsabilidad parental a los progenitores, (conforme art. 638 del Código Civil y Comercial de la Nación que próximamente entrará en vigencia).
Por ello, cierto es, que el deber de alimentar a los hijos es ineludible, motivo por el cual los progenitores deben buscar los medios necesarios a fin de procurarles los alimentos –en sentido amplio-, no pudiendo escudarse detrás del hecho de no poseer trabajo, o tener uno que está escasamente remunerado.
Jurisprudencialmente se ha señalado que: "Quien ha tenido un hijo asume el deber de proveer a sus necesidades; no es sólo el interés individual del hijo el que se halla comprometido en ello, sino que a través de él, aparece el interés de la sociedad, ya que la protección de los menores debe estar, en primer lugar, a cargo de sus progenitores, y sólo a falta de ellos a cargo de los restantes parientes y, subsidiariamente, del Estado." (…) "De manera que los progenitores tienen el deber de proveer a la asistencia del hijo menor, y para ello deben realizar todos los esfuerzos que resulten necesarios, realizando trabajos productivos, sin que puedan excusarse de cumplir con su obligación alimentaria invocando falta de trabajo o de ingresos suficientes (…)". "(…) aún cuando el progenitor reconozca realizar determinado trabajo cuyo ingreso no es suficiente para atender las necesidades del hijo, pues está en el campo de su responsabilidad paterna dedicar parte de sus horas libres, en una medida que resulte razonable, a tareas remuneradas con las cuales completar la cuota (…)" (CNCiv, Sala A, 18/4/88, R. 35.639, íd., D, 15/5/79, R. 254.960; entre otros, citado en "Régimen Jurídico de los Alimentos", Gustavo A. Bossert, ed. Astrea, págs. 223/224).
En este sentido y como bien lo expresa la actora, del contrato agregado por el propio demandado y que obra a fs. 212, surge que el mismo cumple tareas de lunes a viernes en el horario de 8,30 a 12,30 horas. Por ello, parece poco creíble que sólo trabaje cuatro horas diarias en horario matutino y de ser así, bien puede laborar por la tarde, máxime cuando el mismo apelante al contestar demanda reconoce desempeñarse como programador informático y que "… siempre mis trabajos tuvieron esa calidad de freelance, porque los ingresos que se obtienen –por lo menos en esta profesión- son sustancialmente mayores que los de en relación de dependencia." (textual fs. 34 vta.).
Corresponde asimismo considerar que la obligación alimentaria conforme lo dispuesto en el art. 267 del Código Civil comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos de enfermedad. Pero más allá de los rubros que detalla la norma citada, rige un principio general establecido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que indica que la cuota alimentaria que se fije, debe mantener dentro de lo posible, el nivel socio- económico del que gozaban los hijos menores cuando

la familia se encontraba unida ("Alimentos debidos a los menores de edad", Claudio A. Belluscio, Ed. García Alonso, pág. 123).

Que del exhaustivo análisis efectuado por el señor Juez de grado de la prueba producida en autos, -el que compartimos- se desprende que los testigos hacen referencia a las tareas por cuenta propia que realizaría el accionado; la variación del nivel de vida de los hijos, el que era bueno antes de la separación de las partes; y las dificultades que afronta la madre día a día para ocuparse de la rutina de sus hijos (traslados, actividades escolares y extra escolares, esparcimiento, vestimenta, etc.).

En virtud de todo lo expuesto y teniendo presente asimismo que por las edades de los hijos -18 y 15 años-, sus necesidades -que no deben probarse-, son mayores, entendemos que debe rechazarse la queja formulada por el apelante.

c) Respecto al monto fijado por el señor Juez A quo en concepto de alimentos atrasados (art. 645 del C.P.C.Y C.) y no habiendo el accionado formulado crítica concreta respecto al mismo, también debe confirmarse.

d) En cuanto a la apelación por altos de los honorarios regulados a la letrada de la actora, el presente es un proceso de alimentos por lo cual el trabajo profesional debe ser remunerado en orden a las pautas de los arts. 6, 7, 26, 37, 41 y cc. de la Ley 1.594.

La normativa vigente prevé como base a los efectos de fijar los emolumentos, el equivalente a un año de cuota alimentaria y sobre tal base, corresponde después aplicar las pautas de los artículos citados precedentemente.

De tal forma, la cuota fijada de $ 6.000,00; multiplicada por 12 meses equivale a $ 78.000,00; y luego debe tenerse en cuenta las pautas que establece el art. 6° de la norma mencionada (labor profesional desarrollada, naturaleza y complejidad del asunto, el resultado obtenido, la calidad y extensión del trabajo) y su correspondencia a lo que resulta de la escala del art. 7° (entre el 11% y el 20% del monto del proceso).

Sentado lo anterior y sin perjuicio del criterio de las suscriptas en cuanto a que el valor de los honorarios se exprese en jus, –aspecto que no ha sido motivo de agravios- y efectuados los cálculos pertinentes, tenemos que 25 jus al momento de la resolución de fs. 264/268 y vta. ascienden a la suma de $ 11.285,00; (valor del jus a octubre/2014: $ 451,40). Dicho importe equivaldría aproximadamente a un 14,5% de la escala referida en el párrafo anterior.

Por ello, debe asimismo confirmarse la regulación de honorarios que fuera apelada por el accionado, por ajustarse la misma a las pautas referidas precedentemente.

V.- Por lo expuesto, tendiendo presente el dictamen de fs. 320, disposiciones legales, doctrina y jurisprudencia citadas, corresponde rechazar el recurso de apelación intentado y, consecuentemente, confirmar la resolución de fs. 264/268 en todo aquello que ha sido materia de agravios para el demandado, con costas de Alzada a su cargo, en el carácter de vencido, (arts. 68 y ccdtes. del C.P.C. y C.).

Por ello, la Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia con Competencia en las II, III, IV, V Circunscripciones Judiciales;

RESUELVE:

I.- Confirmar la resolución de fs. 264/268 de fecha 8 de octubre de 2014 en todo aquello que ha sido materia de agravios para el accionado, con costas a su cargo (arts. 68 y ccdtes. del C.P.C. y C.).

II.- Regular los honorarios profesionales de segunda instancia de la Dra. ..., en su carácter de patrocinante de la parte actora, en la suma de pesos DOS MIL NOVECIENTOS TREINTA ($ 2.930,00) y de la Dra. ..., como patrocinante de la parte demandada, en la suma de pesos DOS MIL CINCUENTA ($ 2.050,00), (arts. 6, 7, 15 y concordantes de la Ley 1594), ambos con más IVA de corresponder.

III.- REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE a las partes y al señor Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente. Oportunamente vuelvan las actuaciones al Juzgado de origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dra. Alejandra Barroso

Registro de Sentencias Interlocutorias N°: 46/2015

Dra. Norma Alicia Fuentes - Secretaria

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

**"ECHAVARRIA MAURO C/ MONTENEGRO MARTA LILIANA S/ INC. EJECUCION DE HONORARIOS"** - 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.: 656/2015) – Interlocutoria: 51/15 – Fecha: 16/06/2015

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

EJECUCION DE HONORARIOS. RECHAZO IN LIMINE. BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS. ALCANCE.

1.- Corresponde confirmar el rechazo in limine al proceso de ejecución de honorarios en donde el ejecutante alegó que como su cliente obtuvo un beneficio de litigar sin gastos y venció en el pleito, deberá pagar las [costas] causadas en su defensa, hasta la concurrencia máxima de la tercera parte de los valores que reciba. Ello así, simple es advertir que no resulta posible tratar la hipotética mejora de fortuna de la demandada en el trámite de la presente ejecución. Por lo tanto, no siendo posible que el letrado accionante alegue la mejora de fortuna del demandado para "saltear" el trámite correcto, ni tampoco que en el marco de un proceso ejecutivo se discutan cuestiones ajenas a los elementos extrínsecos del título, el argumento esgrimido no puede prosperar.

2.- No corresponde aplicar el segundo apartado del artículo 84 del C.P.C. y C., esto es, que el a-quo debió ordenar (por lo menos) el traslado de la demanda por el importe equivalente a un tercio del crédito. Repárese en que el artículo refiere a la tercera parte "de los valores que reciba". Ateniéndonos a la escasa información incorporada al presente legajo (el ejecutante ni siquiera acompañó copia de la sentencia en la que se le regularon los honorarios que pretende cobrar), se desprende que lo único que habría obtenido la (ahora) ejecutada en el expediente principal, fue el reconocimiento de una obligación de hacer en cabeza del demandado, a saber: el desalojo de un inmueble (del que tampoco existen constancias que a la fecha se haya efectivizado ni, mucho menos, que sea de propiedad de la cliente del letrado). Por lo tanto, ningún bien ha ingresado a su patrimonio. Mucho menos, un crédito dinerario. A lo sumo (y siempre en el marco de lo hipotético ante la inexistencia de constancias del cumplimiento de la sentencia dictada en el principal) ha recuperado la tenencia de un bien o el ejercicio pleno del derecho de dominio.

**Texto completo:**

San Martín de los Andes, 16 de Junio del año 2015.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "ECHAVARRIA MAURO C/ MONTENEGRO MARTA LILIANA S/ INC. EJECUCION DE HONORARIOS" (Expte. Nro. 656, Año 2015), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la ciudad de Junín de los Andes; venidos a conocimiento de la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

CONSIDERANDO:

I.- Se elevan los autos del epígrafe a consideración de este tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por el ejecutante contra el interlocutorio obrante a fs. 3/vta., mediante el cual el magistrado de grado desestimó in limine la ejecución de honorarios promovida por el Dr. Mauro ECHAVARRÍA contra su cliente, la Sra. Martha Liliana MONTENEGRO.

Para así decidir, el a-quo se basó en un único fundamento, cual es la circunstancia de que la ejecutada obtuvo la concesión del beneficio de pobreza para tramitar en los autos principales.

II.- A fs. 5/7 luce la expresión de agravios del letrado apelante.

Critica el recurrente lo que él considera una errónea aplicación del derecho.

Transcribe el artículo 84 del Código de forma, haciendo hincapié en que si la parte vence en el pleito, deberá pagar las [costas] causadas en su defensa, hasta la concurrencia máxima de la tercera parte de los valores que reciba.

Remarca que es el propio Código el que "ordena" que la ganadora debe pagar los gastos de su defensa, por lo menos en la proporción señalada. El a-quo (sostiene) bien pudo receptar la demanda por éste importe, pero nunca rechazarla in limine.

Recalca que la redacción "deberá pagar" implica una obligación, no una posibilidad.

Sin perjuicio de ello, también argumenta que "es claro que la demandada ha mejorado fortuna" y que ello se comprueba "con la sola lectura de la demanda, contestación, prueba y sobre todo la sentencia recaída en los autos principales".

Cita la parte resolutiva del fallo ejecutado, destacando que la regulación fue realizada teniendo en cuenta el monto del alquiler denunciado por el demandado (en ese expediente).

Narra que la accionante en autos principales (ahora demandada) daba en arriendo la vivienda finalmente desalojada, y que con la renta obtenida alquilaba otra casa en la que habitaba.

De ello concluye que si la ejecutada dejó de abonar alquiler, ello implica una "clara" mejora de fortuna.

Que el monto de los honorarios es escaso, por lo que la demandada no tendría zozobra alguna en el pago de lo regulado, y que el beneficio de litigar sin gastos es, ante una suma escasa, "impotente".

Finaliza su discurso con una reflexión sobre la tarea desplegada y el cobro de lo que le corresponde.

III.- En principio, el análisis de la materia traída a resolución de la Sala debe partir del reconocimiento de que el beneficio de litigar sin gastos otorgado a un litigante posee aptitud para enervar la ejecución de honorarios que contra él se promueva (siempre y cuando, claro está, de que se trate de estipendios incluidos en las costas por las que aquél se otorgó).

La otrora Cámara en Todos los Fueros de la IV Circunscripción Judicial tuvo la oportunidad de destacar "la pacífica jurisprudencia sobre la improcedencia de la ejecución de honorarios contra la parte que goza de beneficio de litigar sin gastos (cfr. CApel. Civ. Com. Lab. y Min. Neuquén, Sala I, 28-05-2009, "Sarquis, Juan Carlos c/ Fuentealba, Roberto Luis s/ ejecución de honorarios", Expte. ICF N° 20727/7, en www.abognqn.org)" [CTF de la IV Circ. Jud. con asiento en la ciudad de SMA, R.I. n° 8/09 de fecha 5/06/2009, dictada en autos "Arturi Juana A. c/ González Garrido Segundo y Otro s/ Ejecución de Honorarios", expte. n° 22/09, reg. de la Secretaría Civil; en igual sentido en R.I. N° 128/2010, en autos "Fernández Menta Luciano Ariel c/ Marecos Héctor Leonardo s/ Ejecución de Honorarios", expte. CSM n° 213/2010].

De igual manera se pronunció la anterior Cámara en Todos los Fueros de la II Circunscripción Judicial: 'Al concederse el beneficio de litigar sin gastos a un litigante, queda descartada la posibilidad de que se le traben medidas cautelares o

se deduzca ejecución de honorarios hasta tanto el pronunciamiento jurisdiccional que otorgó el beneficio de litigar sin gastos no sea dejado sin efecto por vía del respectivo incidente." (CC0201 LP, 90500, RSI-127-00, I, 11-7-2000, -Domínguez, María c/ Fanti, Víctor s/ Daños y perjuicios- sum. B353883, Juba7). "Quien obtuvo el beneficio de litigar sin gastos, no puede ser ejecutado por las costas procesales del juicio para el cual se le otorgó mientras no varíe su situación patrimonial - cuya prueba queda a cargo del actor-, ya que lo que impide el aludido beneficio, es la ejecución de los honorarios que se regulen." (JZ0000 VG, 1636, RSI-146-96, I, 25-3-1996, -Greco, Dora c/ Eugenio, Emilio s/ incidente de ejecución de honorarios- en Juba7)'. [Cámara en Todos los Fueros de Cutral Có, Registro de Interlocutorias Nro.: 3. Folio: Año: 2.006; en autos "MUÑIZ CLAUDIO LUJAN C/ FUENTES ALEJANDRO S/ EJECUCION DE HONORARIOS" (Expte. Nro.: 010, Folio: 02, Año 2.006, del Registro de la Secretaría Civil de ese Tribunal)].

El eje de argumentación de la jurisprudencia reseñada se halla en la autonomía del incidente de pobreza. Se ha indicado, en este sentido, que "si bien, el beneficio de litigar sin gastos es accesorio del principal, su tramitación es independiente, como incidente autónomo. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que el beneficio de defensa es un trámite con autonomía procesal" (Cám. de Apel. en lo Civ., Com., Lab. y de Min. de la I Circ. Jud. con asiento en la ciudad de Neuquén, Sala I, R.I. n° 41-T°I-F°86/88, 27/02/2007, autos "Rettig Ignacio c/ Mardones Alejandro A. s/ Ejec. de Honorarios e/a: Mardones Alejandro A. s/ Beneficio", expte. n° 31162/5).

De allí que las cuestiones vinculadas a su otorgamiento, denegación o revocación deben ser ventiladas en el marco que le es propio. Es allí donde el ejecutante debió acreditar los extremos que aquí alega y, oportunamente, obtener una resolución de cese del beneficio. Sobre este aspecto, explica la doctrina que "Es indudable que esta petición de la contraria deberá tramitarse por vía incidental, en la cual deberán acompañarse las pruebas pertinentes de donde surja de manera indubitable que el peticionario ha mejorado sus condiciones económicas (vgr., que consiguió un nuevo empleo, que ha recibido bienes por herencia, que ha cobrado otras sumas etc.) y que el pago de las costas judiciales en nada perjudica la subsistencia del peticionario y/o su familia." (Beneficio de Litigar sin gastos, Claudia E, Zalazar, Ediciones Alveroni, p. 111/112).

Por su parte, una de las características básicas de los procesos ejecutivos es la imposibilidad de discutir sobre cuestiones vinculadas a la causa de la obligación (que alcanza a ambos litigantes).

Ya sea por las características de uno u otro proceso, simple es advertir que no resulta posible tratar la hipotética mejora de fortuna de la demandada en el trámite de la presente ejecución.

Ha dicho la Sala II de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la I Circ. Jud., con asiento en la ciudad de Neuquén, que: "fuera de lo discutible que resulta la vía del proceso de ejecución de honorarios para acreditar la aludida "mejoría" de situación económica de la beneficiaria … no es en esa ejecución donde deben ventilarse, porque sería adentrarse en el origen de la obligación y sabido es que la prohibición de discutir la causa de la obligación rige tanto para el ejecutante como para el ejecutado" (Cám. de Apel. en lo Civ.,Com.,Lab. y de Min., I Circ. Jud., Sala II, "Fontan Ricardo M. c/ Grillo Mirta B. s/ Ejecución de Honorarios e/a 270901/01", R.I. n° 38-T°I-F°95/97 de fecha 20/03/07 y sus citas de jurisprudencia, publicada en www.jusneuquen.gov.ar).

No siendo posible que el letrado accionante alegue la mejora de fortuna del demandado para "saltear" el trámite correcto, ni tampoco que en el marco de un proceso ejecutivo se discutan cuestiones ajenas a los elementos extrínsecos del título, el argumento esgrimido no puede prosperar.

IV.- Asimismo, en sustento de su tesis el apelante también ha invocado la aplicabilidad del segundo apartado del artículo 84 del C.P.C. y C., esto es, que el a-quo debió ordenar (por lo menos) el traslado de la demanda por el importe equivalente a un tercio del crédito. Su postura descansa en una interpretación literal de la norma, particularmente del verbo utilizado por el codificador ("deber").

Pero este segundo argumento traído por el letrado recurrente, ad eventum, tampoco posee andamiaje sólido. Inclusive, una interpretación exegética y completa de la norma no desemboca en el resultado al que arriba el ejecutante.

Repárese en que el artículo refiere a la tercera parte "de los valores que reciba". Ateniéndonos a la escasa información incorporada al presente legajo (el ejecutante ni siquiera acompañó copia de la sentencia en la que se le regularon los

honorarios que pretende cobrar), se desprende que lo único que habría obtenido la (ahora) ejecutada en el expediente principal, fue el reconocimiento de una obligación de hacer en cabeza del demandado, a saber: el desalojo de un inmueble (del que tampoco existen constancias que a la fecha se haya efectivizado ni, mucho menos, que sea de propiedad de la cliente del letrado).

Ningún bien ha ingresado a su patrimonio. Mucho menos, un crédito dinerario. A lo sumo (y siempre en el marco de lo hipotético ante la inexistencia de constancias del cumplimiento de la sentencia dictada en el principal) ha recuperado la tenencia de un bien o el ejercicio pleno del derecho de dominio.

En igual línea de interpretación se ha dicho que "la concreta y clara amplitud del beneficio de gratuidad, de acuerdo a la diáfana terminología de la disposición citada precedentemente impide que quien obtuvo dicha prerrogativa pueda ser ejecutado por las costas procesales en tanto no se acredite variación en su situación patrimonial. Y si bien en su segunda parte la norma establece que si resulta ganancioso en el pleito de contenido económico deberá afrontar el pago de los gastos causados en su defensa hasta la concurrencia máxima de la tercera parte de los valores que reciba (art. 84, última parte), lo cierto es que su operatividad se halla condicionada a la efectiva percepción de valores por parte del beneficiario vencedor; por lo tanto, no es suficiente con que la sentencia definitiva se haya limitado a reconocer un crédito o un derecho a favor de aquél (cf. Palacio - Alvarado Velloso, Cód. Proc. Civ. y Comercial, T° III, pág. 241; Díaz Solimine Omar Luis, "Beneficio de Litigar sin Gastos", Ed. Astrea, pág. 122 y jurisp. allí citada); debe poder disponer de dichos valores por haber ingresado a su patrimonio (CCLP RSD 221-94 S 15/09/1994, Sumario Juba B-251.503)" [Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás; R., S. N. c. B., S. A. s/ cobro de honorarios • 05/06/2014; Publicado en: LLBA 2014 (septiembre), 929; Cita online: AR/JUR/31338/2014].

V.- Por último, las consideraciones de cierre del profesional sobre la "impotencia" del beneficio para hacer frente a una suma de dinero "escasa", así como el empeño y extensión de su labor en la defensa de su ex cliente, constituyen meras apreciaciones subjetivas del recurrente, insuficientes para ser esgrimidas como sustento de agravios concretos.

VI.- Sin imposición de costas de Alzada, en virtud del estado de las actuaciones (sin traba de la litis) y sin regulación de honorarios por la labor desplegada, toda vez que el letrado apelante actúa en causa propia (Cfr. art. 13 de la L.A.).

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el ejecutante, contra el interlocutorio de fs. 3/vta. y, en consecuencia, confirmarlo en todo aquello que ha sido materia de agravios para el recurrente.

II.- Sin costas de Alzada, conforme a lo considerado y sin regulación de honorarios, por no corresponder (Cfr. arts. 68, segundo párrafo, del C.P.C. y C. y 13 de la Ley Arancelaria).

III.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Sentencias Interlocutorias N°: 51/2015

Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

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

**"DE CABOTEAU MARCELO FABIAN C/ CONSULT Y ASOCIADOS S.A. S/ EJECUCION DE HONORARIOS"** - 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.: 531/2014) – Interlocutoria: 53/15 – Fecha: 23/06/2015

DERECHO PROCESAL: Nulidad de oficio.

EJECUCION DE SENTENCIA. NULIDAD DE OFICIO. NULIDAD ABSOLUTA. PERITO CALIGRAFO. HONORARIOS. EJECUCION DE HONORARIOS. NO CONDENADO EN COSTAS. PROCESO EJECUTIVO.

1.- [...] atendiendo a las facultades de este Cuerpo en torno a la verificación de la validez de los actos procesales de la primera instancia, advertimos [...], irregularidades que, a priori, deben ser analizadas bajo la óptica de la nulidad absoluta, la que es susceptible de ser declarada de oficio en cualquier estado y grado del juicio, sin gravitar ni ser óbice el silencio, omisión o pasividad de los litigantes.

2.- Corresponde decretar la nulidad de todo lo actuado desde [...] y todo lo actuado en consecuencia; y devolver las actuaciones a origen, a fin de que se les otorgue el trámite correspondiente. Ello así, pues la ejecución –de honorarios- aquí intentada hubiese correspondido encausarla bajo el procedimiento correspondiente al juicio ejecutivo; por cuanto, a fin de ejecutar a la demandada no condenada en costas en los principales (Consult y Asociados S.A.), debió constituírsela en mora mediante el trámite del proceso ejecutivo.

**Texto completo:**

San Martín de los Andes, 23 de Junio del año 2015.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "DE CABOTEAU MARCELO FABIAN C/ CONSULT Y ASOCIADOS S.A. S/ EJECUCION DE HONORARIOS" (Expte. Nro. 531, Año 2014), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO; venidos a conocimiento de la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

CONSIDERANDO:

I.- Vienen las presentes a estudio de esta Sala II, para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto a fs. 27 por la parte actora contra la resolución interlocutoria dictada a fs. 22/23 de fecha 12/03/2015, en cuanto hace lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada y rechaza la ejecución de honorarios por ella intentada.

II.- Se agravia en primer término porque en la resolución se habría confundido la excepción de falta de legitimación para obrar con la de inhabilidad de título.

Considera que lo ampara la doctrina y la jurisprudencia en cuanto al cobro de los honorarios a quien no ha sido condenado en costas.

Relata los fundamentos utilizados por la accionada al plantear la excepción, los que no se basan –refiere- en que no es deudor, sino en la falta de constitución en mora; luego expone la contestación que efectuó al respecto, y en cuanto a lo resuelto por el juez, señala que éste hizo suyos los argumentos de la excepcionante, y que solo agregó que no es suficiente para constituirlo en mora el anoticiamiento de la regulación de estipendios a favor del perito.

Sostiene que la mora no es un requisito para ser deudor, que es la falta de cumplimiento de la obligación en tiempo oportuno.

Así, tiene como cierto que "Consult y Asociados S.A." es su deudor, con lo cual siendo sujeto pasivo de la obligación se

encuentra legitimado para ser parte de la acción judicial, aunque la obligación ejecutada (regulación de honorarios – título base de la acción) no sería exigible por falta de constitución en mora.

Seguidamente, discurre sobre la legitimación para obrar y sobre la inhabilidad de título, con citas doctrinarias y jurisprudenciales en sustento de su postura, concluyendo en que, la excepción deducida y acogida de falta de legitimación pasiva debió ser desestimada sin más porque el accionado es el deudor de la obligación y se encuentra entonces legitimado procesalmente para ser demandado. En este orden, señala que el juez habría confundido las excepciones mencionadas, y que el ejecutado debió haber deducido la excepción de inhabilidad de título cosa que omitió y no puede suplir el juez.

III.- A fs. 32/33/vta. contesta agravios la ejecutada. Sostiene, tal como lo hizo al excepcionar, que en el caso de autos existe una particularidad que no puede ser soslayada y que radica en que la sentencia estableció una salvedad a la imposición en costas a su cargo, colocando en cabeza de la actora el pago de los honorarios del perito ejecutante. Indica que al plantear la excepción, específicamente con tal argumento, consideró que debía hacerse lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva para obrar y rechazarse la ejecución.

Por ello, la excepción se fundó en no ser el obligado al pago, y la falta de obligación se deriva justamente de ser eximido de pagar costas al perito De Caboteau.

Reafirma que la falta de requerimiento hacia ella no resulta ser una cuestión de exigibilidad del título como expresa la recurrente, sino que atañe directamente a la existencia de la obligación sobre la ejecutada. Es otras palabras, dice que no existe obligación alguna de su parte en relación al perito De Caboteau sino hasta el momento en que este último exprese en forma fehaciente su voluntad de accionar contra ella, cosa que no hizo.

Por ende, y contrariamente a lo sostenido por la ejecutante, afirma que, dado que concretamente fue eximida del pago de las costas generadas por la actuación del perito, entonces, la interpelación previa de parte del perito era requisito ineludible para hacer nacer la obligación de ésta hacia aquél, puesto que su obligación es subsidiaria, como señala, asimismo, el sentenciante. Cita fallo en sustento de su posición.

Finaliza, redundando en que no estaba obligada ab initio con respecto a las costas generadas por la actuación profesional del perito De Caboteau, por ello, la facultad genérica de los peritos de cobrar sus estipendios profesionales a cualquiera de las partes ameritaba la interpelación previa para constituirla en sujeto obligado; lo que lleva a afirmar que, en el caso de autos, carecía de legitimación pasiva para obrar.

IV.- Las constancias relevantes de autos: las presentes se inician mediante el trámite de ejecución de sentencias contra "Consult y Asociados S.A." (demandada en los principales), por los honorarios allí regulados al perito calígrafo.

Se acompaña copia del auto interlocutorio, copia de la notificación de la misma a la ejecutada en éstos, y un saldo bancario correspondiente al expediente principal por sumas allí embargadas (fs. 4/7).

A fs. 10/vta., se certifica que en los autos "IRAL ROXANA C/ CONSULTA Y ASOCIADOS S.A. S/ COBRO DE HABERES" (Expte. 26.843/2010), la regulación de honorarios a favor del perito Marcelo Fabián De Caboteau, por la suma de $ 2.507,28.-; que los mismos se encuentran firmes, que las costas fueron impuestas a la parte actora y que no surge de dichas actuaciones que hayan sido abonadas. De seguido, se tiene por iniciada la ejecución de los honorarios, y se ordena embargo ejecutorio sobre el saldo de la cuenta perteneciente a los principales (no surge de las presentes quien es el titular de dicho saldo), conforme solicitara el ejecutante y en base al saldo bancario acompañado. Luego, se ordena citar de venta a la ejecutada.

A fs. 14/16 se presenta la ejecutada y opone la excepción de falta de legitimación pasiva, cuyo traslado, ordenado a fs. 20, es contestado por el perito ejecutante a fs. 21/vta., lo que es resuelto a fs. 22/23 mediante el auto interlocutorio aquí recurrido.

V.- Hecha la reseña de las posiciones asumidas por las partes y constancias de autos, previo a dar tratamiento al recurso sub análisis, y atendiendo a las facultades de este Cuerpo en torno a la verificación de la validez de los actos procesales de la primera instancia, advertimos –conforme relato precedente-, irregularidades que, a priori, deben ser analizadas bajo la óptica de la nulidad absoluta, la que es susceptible de ser declarada de oficio en cualquier estado y grado del juicio, sin gravitar ni ser óbice el silencio, omisión o pasividad de los litigantes. Entendiéndose que, será

absoluta, en el caso en que esté interesado el orden público (cfr. Este Tribunal, Sala I, en autos "BIANCHEDI ANA MARIA C/ CAINZOS ROBERTO Y OTROS S/INTERDICTO" -Expte. Nro. 2730, Año 2011, R.I. 61/2014, Fecha: 16/12/2014, también en autos "NARDI LUCIO CLEMENTE C/ SIGLIANO SONIA MARIANA S/EJECUCION DE SENTENCIA" (Expte. Nro. 2508, Año 2010, R.I. 45/2015, Fecha 10/06/2015).

A mayor abundamiento, son actos de nulidad absoluta aquellos cuyo defecto es de tal naturaleza que afecta principios sustanciales del sistema jurídico (Enrique M. Falcón – "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial" – Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, 2006, pág. 677).

Por otra parte, las nulidades procesales se orientan hacia un ámbito restrictivo que tiene como regla general la estabilidad de los actos jurisdiccionales, en tanto constituyen remedios de excepción que ceden frente al principio de conservación, basado en la seguridad y la firmeza. Por ello sólo cabe recurrir al instituto de las nulidades, únicamente cuando el desenvolvimiento del proceso devenga anormal y que tal irregularidad resulte trascendente por haberse afectado intereses tutelados, entendidos por tales el ejercicio de la defensa en juicio o los principios básicos del proceso (cfr. este Tribunal en autos, "CERRO BAYO S.A. C/ COLUSSI, ELIZABETH S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", Expte.N° 1.765, Año 2.014, R.I. 40/2015, Fecha: 8/5/2015).

"La nulidad de oficio es un remedio extremo no pergeñado para favorecer inconductas procesales sino para beneficiar el contradictorio y la cabal concreción del principio de bilateralidad, en definitiva, la adecuada materialización del debido proceso legal, garantía constitucional que asiste a todas las partes en el trámite procesal y no sólo a los sujetos pasivos de la pretensión. Todos tienen derecho a un proceso conducido en debida forma y a una resolución sin dilaciones indebidas que corporice la tutela efectiva en el caso" (SCBA LP AC 79931 S 22/10/2003 Juez PETTIGIANI (MA) - Carátula: A., K. E. s/ Adopción plena - Magistrados Votantes: Pettigiani-de Lázzari-Negri-Roncoroni-Hitters-Salas -Tribunal Origen: CU0000NE - Publicación: DJBA 167, 56).

En tal orden, este Tribunal, se encontraría autorizado a anular oficiosamente en uso de sus facultades indelegables.

Y si bien, atendiendo al principio de conservación antes citado, y en virtud del carácter restrictivo de la declaración de nulidad, debemos valorar si el procedimiento otorgado logró la finalidad a la que estaba destinada (art. 169 del C.P.C.C.), consideramos que ello no se verifica en los presentes.

En tal sentido, señalamos como irregularidad el trámite otorgado, el cual no puede ser soslayado, conforme seguidamente desarrollamos, ni saneado por la excepción opuesta por la ejecutante (receptada por el a quo), dado que no se encuentra prevista para el trámite de ejecución de sentencias (ver artículo 506 del CPCyC). Ello es así, por cuanto la etapa de ejecución de sentencias presupone un título hábil para ejecutar, no siendo el caso de autos.

Es que, para la que la sentencia revista el carácter de título ejecutorio y habilitar su ejecución, debe encontrarse consentida o ejecutoriada y vencido el plazo fijado al obligado para su cumplimiento y que éste haya incumplido (cfr. comentario art. 499 CPCCN, Roland Arazi – Jorge A. Rojas, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales, segunda edición actualizada, tomo II, RubinzalCulzoni Editores págs. 691/693).

Conforme ello, "Consult y Asociados S.A.", al no ser condenado en costas, no se encuentra en mora respecto del crédito reclamado. Más específicamente, la ejecución de sentencias prevista en el artículo 500 inciso 3° del CPCyC (ídem a nivel nacional), por el cual se dio curso a éstas, se refiere a los honorarios regulados en calidad de costas; por lo que dicha vía es procedente para el cobro compulsivo "solo" contra la parte condenada en costas, en tanto que, respecto del litigante que no fue incluido en la condena, el reclamo debe efectuarse mediante la promoción del correspondiente juicio ejecutivo (cfr. RolandArazi – Jorge Rojas, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales, segunda edición actualizada, tomo II, Rubinzal Culzoni Editores, pág. 712). En igual sentido, se estableció que para la ejecución de honorarios del letrado contra quien fue su patrocinado o mandante, no condenado en costas, debe aplicarse el procedimiento del juicio ejecutivo (cfr. Passarón Julio Federico – Pesaresi Guillermo Mario, "Honorarios judiciales", T. 2, pág. 335,Ed. Astrea, y sus citas).

Es claro el comentario al artículo en cuestión; por lo que, la ejecución aquí intentada hubiese correspondido encausarla bajo el procedimiento correspondiente al juicio ejecutivo; por cuanto, a fin de ejecutar a la demandada no

condenada en costas en los principales (Consult y Asociados S.A.), debió constituírsela en mora mediante el trámite del proceso ejecutivo.

Es que, si la ejecución se encamina contra quien resultó vencedor, es menester su previa interpelación a los efectos de constituirlo en mora. Ello por cuanto, 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 art. 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 (art. 509 citado)" (cfr. CCI Art. 509 | CCI Art. 527 | CC0201 LP A 43262 RSD-213-94 S 02/09/1994 Juez CRESPI (SD) - Carátula: González, Hugo Luis c/Ballesteros, María Esther s/Cobro de pesos - Magistrados Votantes: Crespi-Sosa).

Lo asentado no significa desconocer, la regla general por la cual, dada la función que corresponde al perito en su carácter de auxiliar del juzgador, puede perseguir el cobro de sus honorarios contra cualquiera de las partes y con abstracción del resultado del pleito; ello, fundamentado en el carácter de tercero del perito en el proceso, ajeno a los derechos de las partes (cfr. CPCB Art. 476 Ver Norma |CC0100 SN 7260 RSD-104-5 S 24/05/2005 Juez PORTHE (SD) - Carátula: González Julio Waldelmar c/Charcaro Carmen Edén y otros s/Cobro ejecutivo de honorarios - Observaciones: (Trib.Orig. JC 0101) - Magistrados Votantes: Porthé-Telechea-Rivero de Knezovich).

Tal como se indicó anteriormente, por la actuación del perito De Caboteau en los principales, las costas fueron impuestas expresamente a la actora, tal como reconoce, asimismo, el ejecutante (fs. 8), y como señala el sentenciante en la resolución cuestionada; por lo que, a fin de llevar adelante el cobro de sus acreencias contra Consult y Asociados S.A., corresponde imprimirle a la pretensión del perito la vía ejecutiva, conforme lo indicado.

Amén de ello, es dable señalar que en este trámite se ordenó "embargo ejecutorio" por sumas depositadas en los principales -conforme saldo bancario acompañado-, desconociéndose a quién pertenecen las mismas; por ello, no se entiende por qué, si la ejecución se promovió contra "Consult y Asociados S.A.", se embarguen sumas en los principales de las cuales se desconoce quién es su titular, cuando se debiera embargar bienes de la aquí ejecutada.

Así las cosas y sin más que abundar al respeto, corresponde decretar la nulidad de todo lo actuado desde fojas 10 y todo lo actuado en consecuencia; y devolver las actuaciones a origen, a fin de que se les otorgue el trámite correspondiente.

Sin costas en esta instancia, en virtud de la nulidad de oficio que por la presente se resuelve (art. 68 segundo párrafo del CPCyC).

Por todo lo argumentado, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Decretar la nulidad de oficio desde fs. 10 y todo lo actuado en consecuencia; y devolver las actuaciones a origen, a fin de que se les otorgue el trámite correspondiente.

II.- Sin costas en esta instancia (art. 68 segunda parte del CPCyC).

III.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Sentencias Interlocutorias Nro.: 53/2015

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

**"CERRO BAYO S.A. C/ COLUSSI ELIZABETH S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - 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.: 1765/2014) – Interlocutoria: 40/15 – Fecha: 08/05/2015

DERECHO PROCESAL: Nulidad procesal.

NOTIFICACION. DOMICILIO CONSTITUIDO. CAMBIO DE PATROCINIO. NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES. TRASCENDENCIA DE LA NULIDAD. AGRAVIO CONCRETO.

Tal como han sido plasmadas en el digesto de forma, las nulidades procesales se orientan hacia un ámbito restrictivo que tiene como regla general la estabilidad de los actos jurisdiccionales, en tanto constituyen remedios de excepción que ceden frente al principio de conservación, basado en la seguridad y la firmeza. Por ello cabe recurrir al instituto de las nulidades, únicamente cuando el desenvolvimiento del proceso devenga anormal y que tal irregularidad resulte trascendente por haberse afectado intereses tutelados, entendidos por tales el ejercicio de la defensa en juicio o los principios básicos del proceso. Por esta razón, es imprescindible demostrar el perjuicio real y el concreto interés de las partes en la fulminación del acto reputado viciado y la sanción será más producto de la gravedad del perjuicio derivado a la parte o al orden público que a la magnitud de la irregularidad constatada, porque en definitiva, no procede su declaración en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, ya que resulta inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de una nulidad por la nulidad misma.

**Texto completo:**

Cutral Có, 08 de Mayo del año 2015.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "CERRO BAYO S.A. C/ COLUSSI ELIZABETH S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 1.765, Año 2.014), del Registro del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Villa La Angostura y en trámite ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de la Cuarta Circunscripción Judicial sito en San Martín de los Andes, dependiente de esta Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia con competencia en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales; venidas a la Sala 2 integrada por los señores vocales Dres. María Julia Barrese y Pablo G. Furlotti, a los efectos de resolver y;

CONSIDERANDO:

I.- Que a fs. 249/251 obra presentación de la demandada con patrocinio letrado, mediante la que plantea revocatoria contra el llamado de autos para sentencia de fs. 245 y la nulidad de todo lo actuado a partir del día 13 de marzo de 2014 (entendemos que quiso decir junio).

Refiere que su anterior letrado Dr. ..., renunció al patrocinio en fecha 13/06/2014 y el señor Juez A quo dispuso notificarle tal renuncia a su domicilio real. Que conforme surge de la fotocopia certificada de su DNI que adjunta, hizo cambio de domicilio a Buenos Aires en enero de 2014. Agrega que su casa de Villa La Angostura se encuentra ocupada de manera clandestina por el socio de su ex letrado y la pareja de aquél, por lo que debió iniciar juicio de desalojo, el que ofrece como prueba ad effectum videndi.

Señala que su ex patrocinante conocía perfectamente esta situación, pero de todas formas decidió notificarle en dicho domicilio, por lo que nunca fue notificada fehacientemente de la renuncia de su abogado y perdió la oportunidad de contestar la expresión de agravios.

Sigue diciendo que viajó de Buenos Aires a Villa La Angostura en razón que el 26/03/2015 asistió a una audiencia por una denuncia penal que le inició el Dr. ... y al concurrir al mismo edificio en que se encuentra el Juzgado, se le ocurrió preguntar por estos obrados, anoticiándose allí de todo lo sucedido.

II.- A fs. 252 se dispone suspender el llamado de autos para sentencia y en virtud de ello, se rechaza el recurso de revocatoria. Asimismo se ordena el pertinente traslado de ley del incidente de nulidad articulado, el que es contestado por la contraparte a fs. 254, quien solicita su rechazo por extemporáneo, con costas.

III.- Tal como han sido plasmadas en el digesto de forma, las nulidades procesales se orientan hacia un ámbito restrictivo que tiene como regla general la estabilidad de los actos jurisdiccionales, en tanto constituyen remedios de excepción que ceden frente al principio de conservación, basado en la seguridad y la firmeza. Por ello cabe recurrir al instituto de las nulidades, únicamente cuando el desenvolvimiento del proceso devenga anormal y que tal irregularidad resulte trascendente por haberse afectado intereses tutelados, entendidos por tales el ejercicio de la defensa en juicio o los principios básicos del proceso.

Por esta razón, es imprescindible demostrar el perjuicio real y el concreto interés de las partes en la fulminación del acto reputado viciado y la sanción será más producto de la gravedad del perjuicio derivado a la parte o al orden público que a la magnitud de la irregularidad constatada, porque en definitiva, no procede su declaración en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, ya que resulta inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de una nulidad por la nulidad misma.

Que del legajo resulta que el Dr. ... renuncia al patrocinio de la demandada en fecha 8 de abril de 2014 –según escrito de fs. 230- y en providencia de fecha 13 de junio de 2014 -obrante a fs. 231-, se ordena notificarle en su domicilio real. La accionada denuncia recién el 30 de marzo del año 2015 haber cambiado su domicilio real en enero del año anterior (fs. 249/251).

Cabe recordar que el ordenamiento procesal es claro al establecer que "Si no se denunciare el domicilio real, o su cambio, las resoluciones que deban notificarse en dicho domicilio se notificarán en el lugar que se hubiese constituido y, en defecto también de éste, se observará lo dispuesto en el párrafo anterior." (último párrafo del art. 41 del C.P.C. Y C.).

Por ello estaba a cargo de la accionada denunciar su nuevo domicilio real, motivo por el cual no son válidos los argumentos expuestos por la nulidicente en el sentido que no se encuentra debidamente notificada.

Así también cabe observar que la cédula diligenciada que obra a fs. 233, fue suscripta por el letrado de la parte actora y no por el ex patrocinante de la recurrente; y ésta última no cuestiona la validez de dicho instrumento público por la vía idónea correspondiente, es más sólo se limita a "… solicitar la nulidad de todo lo actuado desde el día 13/03/2014 a la fecha…" (Textual, fs. 249).

Al respecto se ha sostenido que: "El litigante que pretende la declaración de nulidad de las actuaciones de conformidad con lo prescripto en el art. 169 y concs. del Cód. Procesal, debe necesariamente mencionar de un modo expreso el perjuicio que el vicio le causa y el interés jurídico que procura subsanar, siendo insuficiente a tal efecto la invocación genérica de principios o garantías constitucionales o el uso de fórmulas imprecisas (art. art. 172, Cód. citado)." (CNFed. Cont. Adm., Sala IV, 21/12/95, LL, 1998-246, DJ, 1999-2-880).

"La nulidad no puede ser alegada por quien dio lugar a ella o concurrió a producirla mediante la omisión de las diligencias o trámites instituidos en su propio interés, puesto que nadie puede alegar su propia torpeza." (ST Jujuy, 17/11/98, LLNOA, 2000-852). (Citadas en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Highton – Areán, T° 3, N° (24), pág. 613 y N° (2), pág. 605).

IV.- Por los fundamentos expuestos, disposiciones legales y jurisprudencia citadas, corresponde rechazar el incidente de nulidad articulado por la demandada a fs. 249/251, con costas a su cargo, (arts. 68, 69 y concs. del C.P.C. y C.).

Por todo ello, esta Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia con competencia en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales;

RESUELVE:

I.- Rechazar el incidente de nulidad interpuesto por la demandada a fs. 249/251.

II.- Imponer las costas a cargo de la accionada perdidosa, (arts. 68, 69 y concs. del C.P.C. y C.), difiriendo la regulación de honorarios para la oportunidad procesal correspondiente.

III.- REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE. Firme la presente, sigan los autos según su estado.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Sentencias Interlocutorias N°: 40/2015

Dra. Victoria Paula Boglio - Secretaria de Cámara

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

**"GARCIA OROZCO CINTIA SOLEDAD C/ MILLAPI RITA S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (SIN LESION)"** - 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.: 36947/2014) – Interlocutoria: 42/15 - Fecha: 15/05/2015

DERECHO PROCESAL: Excepciones procesales.

CONTRATO DE SEGURO. CITADA EN GARANTÍA. EXCLUSION DE COBERTURA. EXCEPCIONES PREVIAS. FALTA DE LEGITIMACION PASIVA. DIFERIMIENTO.

> Corresponde diferir para el momento de dictar sentencia el tratamiento de la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la compañía de seguros y que fue tratada en la instancia de origen como de previo y especial pronunciamiento. Ello es así, al no resultar manifiesta la falta de legitimación pasiva de la citada en garantía. Atento a que el fundamento de la oposición de la mencionada excepción por parte de la citada en garantía, es la exclusión de la cobertura del seguro, defensa que al ser resistida por la actora, exige en nuestra opinión, una discusión más amplia y en consecuencia, imposible de dirimir en este estado de la causa, [...].

**Texto completo:**

San Martin de los Andes, 15 de Mayo de 2.015.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "GARCIA OROZCO CINTIA SOLEDAD C/ MILLAPI RITA S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (SIN LESION)" (Expte. Nro. 36947 Año 2014),del Registro del Juzgado de Primera Instancia N° 2, Civil, Comercial, laboral y de Minería de la ciudad de Junín De los Andes y que tramitan ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martin de los Andes dependiente de esta Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia con competencia en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales; venidas a la Sala N° 1 integrada por las señoras vocales, Dres. Alejandra Barroso y Pablo Furlotti y;

CONSIDERANDO:

I.- Que llegan a conocimiento de esta Sala las presentes actuaciones, a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 134 y vta., contra la resolución de fs. 129/132, la cual hace lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la citada en garantía Compañía De Seguros Mercantil Andina S.A.

En su primer agravio señala la recurrente, que contrariamente a lo sostenido por el a quo, su parte no se ha limitado a destacar la función social del seguro, sino que lo que se ha hecho es atacar la cláusula del contrato que impone la exclusión de la cobertura para el caso de marras, siendo uno de los fundamentos o directrices de la interpretación la función social del seguro obligatorio de vehículos.

Señala que lo que cuestiona es la razonabilidad con la que dicha cláusula debe ser interpretada, que es en definitiva lo que determina su aplicación o no al caso concreto. Concluye que la interpretación literal, en el caso de autos, resulta irrazonable ya que las habilidades de la demandada para conducir al momento del siniestro eran las mismas que cuando obtuvo el respectivo carnet un mes después, con lo cual, el accidente hubiese ocurrido de igual modo, contara o no Millapi con el mismo.

Realiza referencias a la interpretación de las cláusulas de exclusión de cobertura y a la función social del seguro.

En su segundo agravio manifiesta que la resolución atacada resulta absolutamente arbitraria, carente de fundamento y por ende en desacato del deber que le impone al a quo el artículo 34 inc. 4 del C.P.C y C., utilizando precedentes que no se aplican a la situación fáctica del caso de marras.

Por último su queja radica en el tratamiento como de previo y especial pronunciamiento de la excepción opuesta. Considera al respecto que los elementos tenidos en cuenta para determinar, sin necesidad de producción de prueba, la exclusión de la responsabilidad constituyen una decisión anticipada del resultado el pleito, pues el requisito de la indudabilidad manifiesta, no existe a su criterio, en el presente caso desde que se encuentra controvertida, la aplicación del contrato que sirve a la exclusión.

Asimismo manifiesta que la decisión de tratar la excepción como de previo y especial pronunciamiento sin diferir su tratamiento para el momento de dictar sentencia, contraria el sentido de las normas del código procesal e implica prejuzgamiento al adelantar el a quo su opinión sobre una cuestión cuya resolución depende de las constancias probatorias que las partes arrimen al caso.

II.- Corrido el pertinente traslado la demandada y citada en garantía guardan silencio.

III.- Ingresando al estudio de la cuestión planteada en primer término debemos señalar que respecto de las críticas esbozadas por la recurrente en su primer agravio en orden a la razonabilidad de las cláusulas de exclusión, entendemos que en este estadio procesal no corresponde adentramos en ellas, ya que de hacerlo corremos entonces el riesgo de emitir prematuramente opinión al respecto.

IV.- Sentado ello y en referencia al segundo agravio razonamos que no le asiste razón a la quejosa ya que más allá de que se compartan o no los fundamentos esgrimidos por el Juez de Primer instancia, lo cierto es que dicho resolutorio cumple satisfactoriamente con la manda constitucional y legal que imponen a los jueces el deber de fallar fundadamente.

V.- Finalmente en relación al tercer agravio debemos adelantar que el mismo ha de merecer favorable acogida por los fundamentos que a continuación expondremos.

En autos se ha planteado la excepción de falta de legitimación pasiva como de previo y especial pronunciamiento. Sabido es que para que la misma prospere en estos términos debe ser manifiesta. Ello implica que de un simple examen de la causa y con los elementos que obran en ella, sin lugar a dudas e indefectiblemente se concluya en la imposibilidad de la parte –en este caso la citada en garantía- de estar en el polo pasivo de la relación procesal, situación que no acontece en autos.

En efecto, dado que el fundamento de la oposición de la mencionada excepción por parte de la citada en garantía, es la exclusión de la cobertura del seguro, defensa que al ser resistida por la actora, exige en nuestra opinión, una discusión más amplia y en consecuencia, imposible de dirimir en este estado de la causa, es que corresponde diferir su tratamiento para el momento de dictar sentencia.

La doctrina y la jurisprudencia de modo unánime sostienen que para que la falta de legitimación pasiva sea resuelta como una excepción de previo y especial pronunciamiento se requiere la certeza de que el demandado no debe estar en el polo pasivo de la relación sustancial. Con lo cual, dado la gravedad de las consecuencias que tal determinación trae aparejada, su procedencia debe ser examinada con extrema cautela y con criterio restrictivo, en concordancia con el principio constitucional de defensa en juicio.

En este sentido Enrique Falcon refiere que "para ser tratada como previa la "excepción", debe ser manifiesta, es decir que no se requiera otro trámite en el incidente de excepciones y pueda ser resuelta con los elementos obrantes en la causa, sin necesidad de aportar prueba. Si la falta de legitimación para obrar fuese tan evidente que excluyera la posibilidad de una sentencia favorable, habría que considerar si puede rechazar de oficio la demanda." (Cfr. Enrique Falcon Tratados de derecho procesal civil y comercial. t. 2, Avatares de la demanda. Oposicion. Prueba pag. 273, Editorial Rubinzal Culzoni. Año 2006).

Asimismo se ha sostenido: "…La falta de legitimación para obrar es excepción previa sólo cuando aparece inicialmente manifiesta, clara, indudable, inequívoca. Un código no debe autorizar excepciones previas si su elucidación es imposible o dificultosa dentro de la sumarísima posibilidad de conocimiento que es de la naturaleza de las mismas. Por consiguiente uno de los criterios para determinar si la falta de legitimación puede ser introducida como excepción previa consiste en establecer si es incuestionable que el proceso incoado tramitará inútilmente". (cfr. "Código procesal civil y comercial de la Nación, concordado con códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial." Dirección de Elena Highton. Beatriz Areán. Editorial Hammurabi tomo 6, pag. 788, edición 2006).

Es así que al no resultar manifiesta la falta de legitimación pasiva de la citada en garantía corresponde revocar la resolución del Juez de primera instancia y en consecuencia diferir su tratamiento para el momento de dictar sentencia.

VI.- Siendo que el Juez de grado ya se ha pronunciado sobre el fondo de la cuestión traída a debate, corresponde que una vez firme la presente pasen estos actuados al magistrado que siga en orden de subrogancia a fines de que el mismo se avoque al conocimiento de esta causa.

VII.- Atento como se resuelve y lo dispuesto por el artículo 279 del C.P.C y C corresponde readecuar el punto II de la resolución en crisis, imponiendo las costas de primera instancia en el orden causado. (Art. 68 inc. 2 del C.P.C y C).

En este sentido se ha sostenido que "La circunstancia de que no se admitió que la excepción de falta de legitimación para obrar en el demandado se la decidiera como previa no basta para imponer las costas al excepcionante. El fundamento de la imposición de costas es que ninguna persona se vea obligada a incurrir en gastos para su defensa en un pleito promovido sin razón. En el caso no se ha hallado aun de que lado está el derecho, y el gasto que ha debido hacerse para contestar el traslado de la excepción es el mismo tanto si se la considera manifiesta como si se difiere su solución para el momento de la sentencia". (Cfr. CNCIV Sala G 16/5/84 LL, 1985-A—450).

Idéntico temperamento deberá asumirse en relación a las costas de segunda instancia, las cuales también deberán ser impuestas en el orden causado.

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;

RESUELVE:

I.- Revocar en cuanto ha sido motivo de agravios para la parte actora, la resolución interlocutoria de fecha 3 de Febrero de 2015 dictada a fs. 129/132, difiriendo el tratamiento de la excepción de falta de legitimación pasiva para ser resuelta al momento de dictar sentencia.

II.- Firme la presente pasen estos actuados al Magistrado que corresponda de acuerdo con el orden legal de subrogancia.

III.- Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado de acuerdo con lo expuesto en los considerandos.

IV.- Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno.

V.- REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE y oportunamente vuelvan las actuaciones al Juzgado de origen.

Dr. Pablo Furlotti - Dra. Alejandra Barroso

Dra. Mariel Lazaro - Secretaria de Cámara

Registro de Interlocutorias N° 42
Folio - Año 2.015
Dra. Mariel Lazaro - Secretaria de Cámara

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

**"CAYULEF VICENTE S/ HOMICIDIO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte. OFIJU 550/2014) – Sentencia: 47/15 - Fecha: 27/07/2015

DERECHO PROCESAL: Juicio por Jurado.

VEREDICTO. APRECIACION DE LA PRUEBA.

1. Se descartó el agravio vinculado con la invocada ausencia de observación de la norma sobre integración plural del jurado (art. 198, inc. 6°, CPP) en atención a que en la oportunidad procesal correspondiente (audiencia de selección de jurados, art. 198 del CPP) la parte no efectuó planteo alguno y tampoco, al celebrarse la audiencia de impugnación, aportó información tendiente a acreditar la pertenencia de su asistido a una comunidad aborigen.

2. De haber existido el acto amenazante o coaccionante susceptible de incidir en el ánimo del jurado que debía decidir sobre la culpabilidad del imputado, a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en el ordenamiento (confr. art. 208, CPP) o incluso la anulación del juicio mismo, se debió efectuar el planeo en el momento mismo de su producción.

3. Cuando se habla de la prueba de los hechos que pertenecen al pasado, en modo alguno es posible hablar en términos de certeza matemática. En tal sentido Ferrajoli sostiene que la verdad procesal es una verdad aproximativa. La imposibilidad de formular un criterio seguro de verdad de las tesis judiciales depende del hecho de que la verdad "cierta", "objetiva" o "absoluta" representa siempre la "expresión de un ideal" inalcanzable.

4. Es improcedente pretender que se le diga al jurado qué "valoración" o "utilidad" se le debe dar a los alegatos o en su caso formular una instrucción sobre ello, máxime cuando a los ciudadanos se les hace saber que los alegatos que efectúan las partes no son prueba.

5. No corresponde al Juez introducir oficiosamente una instrucción más allá de una concreta propuesta de la defensa. Ello es así debido a que las instrucciones sobre la calificación legal guardan relación con la teoría del caso de las partes. Si la defensa

en ningún momento planteo la posible existencia del "exceso en la legítima defensa", de no surgir como probable su existencia, no puede el Juez técnico introducirla.

6. La calificación jurídica no se discute en la cesura, sino que -como lo establece el ordenamiento procesal-, el marco de los hechos se fija mediante las instrucciones sobre el derecho que el Juez técnico brinda al jurado (art. 206, CPP). En el mismo sentido confrontar voto de los Dres. Zvilling y Martini in re "Mendez", Leg. MPFNQ n° 10637/14.

7. El Jurado si bien no determina en forma concreta la calificación legal del caso debe decidir sobre conductas tipificadas en la ley, ya que tanto el ritual como la propia Constitución Nacional le otorgan la función de pronunciar su veredicto sobre todas la cuestiones introducidas en las 'instrucciones' que le entrega el Juez profesional para la deliberación, el debate y la decisión. Y en esas instrucciones deben estar contenidos todos los elementos que, tanto objetiva como subjetivamente, integran la figura penal en trato. Es decir, la subsunción de los hechos (a través de proposiciones fácticas) en el derecho (calificación legal).

8. Serán correctamente brindadas las instrucciones al Jurado en tanto contengan todos los elementos que configuren el delito de que se trate, para que luego en la audiencia de cesura, se concrete la calificación legal y la pena aplicable al caso (cfr. art. 206, CPP).

9. En caso de entender la defensa que existe un veredicto contrario a la prueba, necesariamente, debió llevar adelante un examen integral de las evidencias y/o pruebas producidas en el debate, para luego señalar las razones por las que un Jurado debidamente instruido no podría haber emitido un veredicto de culpabilidad.

10. Existe un error en pretender que la "reconstrucción del hecho" sea incorporada como "prueba material" mediante su exhibición. Si lo que la parte pretendía era ayudar la memoria del testigo debido a sus incompletas respuestas y su declaración previa estaba contenida en una filmación, debió dar lectura a la parte pertinente, ello de conformidad con lo normado en el art. 186 del CPP.

11. Conforme lo normado por los artículos 178 y 202 del CPP en todos los juicios (sean con jurados o no) es el juez profesional el que deberá determinar cuál es la calificación jurídica aplicable al caso, sin excepción. En el caso de los juicios por jurados el encuadre legal determinado por el juez técnico deberá adecuarse a la que corresponda en función de los hechos que tuvo por probados el jurado, estándole vedado al juez modificar éstos al momento de adecuar el hecho al tipo legal aplicable (del voto del Dr. Repetto).

Ver texto completo:

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

**"ARTERO SERGIO S/ HOMICIDIO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQN 11152/2014) - Sentencia S/N - Fecha: 06/08/2015

DERECHO PROCESAL. Recursos.

IMPUGNACION. AGRAVIO IRREPARABLE.

Se entendió que era inadmisible formalmente la impugnación deducida contra la resolución que rechazó el pedido de sobreseimiento pues por razones de economía procesal y seguridad jurídica se entendió que era de aplicación al caso lo sostenido por el TSJ in re "Guzmán", Acuerdo n° 11/15. En el mismo se estableció que los cuestionamientos vinculados con el plazo razonable no son materia de impugnación, ello es así debido a que continuar sometido a proceso no ocasiona perjuicio, salvo supuestos de tamaña arbitrariedad. Asimismo, recordando los lineamientos sentados por el Máximo Tribunal local, se sostuvo que conforme lo normado en el art. 227 del CPP son impugnables aquellos actos legislados en el ritual y no cualquier cuestión que la parte entienda que le causa un agravio irreparable.

Ver texto completo:

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

**"LIPTAK MARCELO RICARDO S/ DCIA."** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCH 12118/2014) - Sentencia S/N - Fecha: 11/08/2015

DERECHO PROCESAL. Resoluciones recurribles.

IMPUGNACION. AGRAVIO IRREPARABLE. MEDIDA CAUTELAR.

1. A la luz de lo normado en los artículos 227, 233 y 242, así como de conformidad con lo resuelto por el TSJ in re "Guzmán", Acuerdo n° 11/15 y R.I. n° 19/15 en virtud de los principios rectores en el nuevo ordenamiento ritual y al establecerse en el mismo plazos fatales, constituyendo la celeridad un valor axiológico y un principio rector del proceso penal, no todo es impugnable ni por cualquier parte. En función de ello y al no tratarse

la cuestionada de una medida de coerción sino una cautelar, que no causa estado, se declaró la inadmisibilidad formal del remedio intentado.

2. El concepto de "auto procesal importante" es una creación doctrinaria, jurisprudencial; su inserción en el art. 233 del CPP guarda relación con permitir una instancia inmediata de revisión en aquellos actos en los que exista un perjuicio que no pueda ser reparado en una instancia ulterior (confr. CIDH "Maqueda" y "Abella" y CSJN "Casal").

3. El art. 227 del CPP establece el principio de taxatividad de las impugnaciones y exige que el recurrente invoque el perjuicio que el agravio invocado le irroga. En el caso se declaró la inadmisibilidad de la impugnación también debido a la falencia referida.

Ver texto completo:

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

**"GARRIDO JOSÉ LUIS S/ DEFRAUDACION POR ADMINISTRACION INFIEL"** - Tribunal de Impugnación- (Expte.: MPFNQN 10984/2014) - Sentencia S/N - Fecha: 14/08/2015

DERECHO PROCESAL. Resoluciones recurribles.

DEFENSA EN JUICIO.

1. Se declaró la inadmisibilidad de la impugnación deducida por la defensa contra el pronunciamiento adoptado en el marco de la audiencia de control de la acusación (art. 168, CPP) pues el art. 172 del ritual en su último párrafo expresamente dispone la no impugnabilidad de las decisiones allí adoptadas.

2. No constituye "auto procesal importante", en los términos del art. 233 del CPP el pronunciamiento en virtud del cual se rechazó la pretensión de ofrecimiento de prueba tardío (art. 166, CPP a contrario sensu). En tal sentido, se recordó que la barrera infranqueable que establece el art. 172 del CPP ha sido superada en casos en que se advirtió una violación a la garantía de la defensa en juicio (confr. casos "Baigorria" y "Bella, Nahuel"); dicha circunstancia no se verifica en el presente en tanto, se destacó, el defensor particular que intervino previamente ofreció prueba en la oportunidad y término correspondiente. En función de ello se concluyó que la mera disconformidad con la línea de defensa trazada por el letrado antecesor no basta sino existe violación constitucional al derecho de defensa a los efectos de sortear el escollo formal de admisibilidad del remedio intentado.

Ver texto completo:

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

**"COMISARIA 41 S/ INVESTIGACIÓN PTO. HOMICIDIO (Victima Rojas...)"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQN 34013/2015) - Sentencia S/N - Fecha: 18/08/2015

DERECHO PROCESAL. Resoluciones recurribles.

SENTENCIA DEFINITIVA. IMPUGNACION.

1. En materia de impugnaciones contra decisiones que resuelven rechazar el pedido de sobreseimiento del imputado por insuficiencia probatoria en el marco de la audiencia de control de acusación (art. 168, CPP) la regla es la irrecurribilidad de las mismas (art. 172, últ. párr. CPP).

2. Durante la audiencia de control de acusación (confr. art. 168, penúltimo párrafo, CPP) es posible instar el sobreseimiento del imputado siempre que para ello no deban discutirse cuestiones que son propias del juicio oral. Con ello se pretende evitar debatir la totalidad de la prueba que no ha sido producida salvo que exista un supuesto de arbitrariedad.

3. En virtud de lo normado en los arts. 227 y 233 del digesto adjetivo, normas de las que se desprende el principio de máxima taxatividad de los recursos (confr. TSJ in re "Sobisch", "Temux"), sumado al criterio sostenido por el TSJ en punto a cuándo debe entenderse que nos encontramos frente a supuestos de "sentencia definitiva" (cfr. TSJ, Expte. 66/15, RI n° 75/15, "Jara") y dado que de lo que se trata es de continuar sometido a proceso penal debido al rechazo del pedido de sobreseimiento, se declaró la inadmisibilidad formal de la impugnación deducida.

4. Es criterio sentado por el TSJ que existen dos carriles recursivos (cfr. arts. 118/233, CPP) para cuestionar las decisiones vinculadas con la imposición o mantenimiento de una medida de coerción para la defensa (revisión e impugnación); pero para acudir a la instancia de impugnación se requiere cuestionar la decisión adoptada por el órgano pluripersonal horizontal.

Ver texto completo:

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

**"A.G.J.A. C/ G.U.N.I. S/ RESTITUCIÓN"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 6385/2014) – Interlocutoria: 239/15 – Fecha: 14/10/2015

DERECHO PROCESAL: Recurso extraordinario local.

RECUROS DE NULIDAD EXTRAORDINARIO. ARBITRARIEDAD DE SENTENCIA. REQUISITOS. TECNICA RECURSIVA. IMPUGNACION INSUFICIENTE. SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES. RESTITUCION. CONVENIO DE LA HAYA. EXHORTACION DEL TRIBUNAL.

1.- Es inadmisible el recurso de Nulidad Extraordinario interpuesto contra la sentencia que ordena la restitución a España de las dos menores. Los argumentos por los que se descalifica el fallo giran en torna a la falta de fundamentación y porque se omitió atender cuestiones oportunamente propuestas en el recurso de apelación. Sin embargo, la lectura de la sentencia lleva a concluir lo contrario. En efecto, no surge que la judicatura haya incurrido -a primera vista- en los vicios denunciados, puesto que se han dado las razones que -a juicio de los sentenciantes- justifican la restitución de las niñas a su lugar de residencia habitual. El tribunal de alzada puso de resalto que, en materia de restitución de menores, no debe resolverse sobre la cuestión de fondo y que las excepciones a tal orden son consideradas de admisibilidad restringida. Se juzgó que las pruebas ofrecidas por la impugnante son inconducentes a los efectos de acreditar las excepciones previstas en la Convención –de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores-, sino que atañen a la discusión sobre la tenencia, lo que –se agregó- debe hacerse por ante los tribunales de la residencia habitual de las niñas. Asimismo, que la documentación adjuntada no trasunta, en forma directa, episodios de violencia en relación con las nenas y, además, que data de 2010. Esto es, con anterioridad a los acuerdos a que arribaron los progenitores.

2.- EXHORTAR a A.G.J.A. Y G.U.N.I. a deponer intereses personales y a prestar la máxima colaboración para que las niñas puedan ser restituidas sin que ello les implique una experiencia aún más conflictiva y traumática.

3.- EXHORTAR al tribunal de familia interviniente en la causa, para que adopte, con la celeridad y premura del caso, las medidas que tiendan a salvaguardar los derechos e intereses de todos los intervinientes.

**Texto completo:**

RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA NRO.239

NEUQUÉN, 14 de octubre de 2015.

VISTOS:

Los autos caratulados: "A. G. J. A. C/ G. U. N. I. S/ RESTITUCIÓN" (Expte. Nro. 6385 - Año 2014) del Registro de la Secretaría Civil de Recursos Extraordinarios del Tribunal Superior de Justicia, venidos a conocimiento de la Sala Civil para resolver, y

CONSIDERANDO:

I. A fs. 217/238 vta., mediante gestor procesal –Art. 48 del C.P.C. y C.-, la señora G.U.N.I. -madre de las niñas N. y C.- interpone recurso de Nulidad Extraordinario, contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad –Sala I-, obrante a fs. 207/2011 vta., que confirma el fallo de Primera Instancia que ordena la restitución de N. y C. a España.

La quejosa alega que la construcción de la sentencia es defectuosa y que carece de motivación acorde con la garantía de defensa en juicio lo que –dice- la torna arbitraria. Cita el Art. 238 de la Constitución Provincial.

Denuncia que el citado pronunciamiento carece de lógica jurídica, que omite razonamientos adecuados para apoyar sus conclusiones y que interpreta en forma dogmática y aparente ciertos artículos del Código Procesal.

También invoca omisión de cuestiones esenciales sometidas por las partes de modo expreso y oportuno al órgano jurisdiccional, refiriendo a la denegación de producción de prueba.

Asimismo, que la ausencia de motivación, vicia a la decisión judicial, tornándola inhábil desde el punto de vista del debido proceso constitucional.

Manifiesta que formula reserva del caso federal.

II. Corrido el pertinente traslado, es contestado a fs. 242/243 vta. por el Defensor Oficial, en representación del actor, quien peticiona se rechace el recurso impetrado.

III. A fs. 247 dictamina el Sr. Defensor General, quien ratifica lo peticionado por la señora Defensora del Niño, Niña y Adolescente, a fs. 149/150 vta. Esto es, que se ordene el inmediato reintegro de las Infantes a su país de origen –España.

A fs. 249/250 vta. el Sr. Fiscal General, considera que los elementos agregados a los presentes no acreditan que se ponga en riesgo a las niñas; por lo que tiene en cuenta el marco procesal del trámite de restitución, y propicia que se rechace el recurso extraordinario incoado.

IV. Corresponde, a tenor de lo prescripto por el Art. 5° del Ritual, examinar si se encuentran cumplidos los recaudos legales que posibiliten declarar admisible el remedio intentado.

Al efectuar tal examen, se deduce que el escrito recursivo ha sido interpuesto en tiempo y ante el Tribunal que dictó el fallo impugnado. La recurrente también cumplió las cargas atinentes a la constitución de domicilio y adjunción de copias para traslado.

Respecto del depósito previsto por la ley de Rito en su Art. 2°, la recurrente lo efectúa –conforme surge de la constancia fs. 216-. Asimismo, cabe destacar que lo fue a la orden de este Tribunal Superior cuando debió hacerse a la del que dictó el decisorio impugnado.

V. Respecto de la nota de definitividad exigible, la sentencia recurrida resulta equiparable a tal en los términos del art. 1° del Ritual aplicable (cfr. R.I. N° 204/2006 del Registro de la Secretaría Civil).

VI. Ello no obstante, a distinta conclusión debe arribarse en punto a los restantes recaudos exigidos por los Arts. 16° y 20° de la Ley Casatoria.

En lo atinente a la autonomía que debe observar un escrito como el intentado, es necesario advertir que el adecuado cumplimiento del requisito demanda que de la misma pieza surja un relato autónomo que permita la comprensión veraz, objetiva y cabal de lo acontecido en las instancias anteriores, sin necesidad de compulsar las piezas del expediente.

Tal exigencia no se cumple mediante la transcripción literal de los antecedentes. Pues tal exceso, también evidencia la ausencia del recaudo bajo análisis, desde que no habría diferencia sustancial entre transcribir completamente aquellas actuaciones con la remisión a su lectura, que es justamente lo que se debe evitar (cfr. R.I. Nros. 215/12, 294/12,86/13, 105/13, 201/13, 131/14, 31/15, entre otras, del Registro de la Secretaría Civil).

En consonancia con ello, tampoco se verifica la fundamentación recursiva exigida por la Ley Casatoria.

En efecto, al resultar el intentado un recurso de naturaleza extraordinaria, la carga que pesa sobre el recurrente es mayor y debe extremar los recaudos que hacen a dicha exigencia.

Su observancia, exige que se demuestre el modo en que los vicios denunciados afectan el decisorio. A la vez, esa comprobación debe hacerse tomando como premisa las proposiciones y conclusiones sentadas en la sentencia atacada.

En el caso, la impugnante, descalifica el fallo por falta de fundamentación y porque –a su criterio- se omitió atender cuestiones oportunamente propuestas en el recurso de apelación. Sin embargo, la lectura de la sentencia lleva a concluir lo contrario.

En efecto, no surge que la judicatura haya incurrido -a primera vista- en los vicios denunciados, puesto que se han dado las razones que -a juicio de los sentenciantes- justifican la restitución de las niñas a su lugar de residencia habitual.

El tribunal de alzada puso de resalto que, en materia de restitución de menores, no debe resolverse sobre la cuestión de fondo y que las excepciones a tal orden son consideradas de admisibilidad restringida. Se juzgó que las pruebas ofrecidas por la impugnante son inconducentes a los efectos de acreditar las excepciones previstas en la Convención, sino que atañen a la discusión sobre la tenencia, lo que –se agregó- debe hacerse por ante los tribunales de la residencia habitual de las niñas. Asimismo, que la documentación adjuntada no trasunta, en forma directa, episodios de violencia en relación con las nenas y, además, que data de 2010. Esto es, con anterioridad a los acuerdos a que arribaron los progenitores.

En ese orden de ideas, se ha dicho que, a quien busca por medio de su queja obtener el pronunciamiento que se cree con derecho, le compete la carga de consignar categóricamente el cumplimiento de los recaudos necesarios para ello, máxime cuando se trata de poner en movimiento el recurso de Nulidad Extraordinario, procedimiento de contralor constitucional que versa exclusivamente sobre el quebrantamiento de las formalidades exigibles para la sentencia. (cfr. R.I. Nros. 28/12, 82/12, 150/13, 104/14, del Registro del Actuarial).

De ello se sigue que por la naturaleza propia del remedio analizado, su examen debe ser riguroso y estricto, y el vicio que se alega debe surgir –a primera vista- configurado, para que la falencia denunciada acarree la extrema sanción de nulidad, lo que no ocurre en la especie.

En igual senda, debe destacarse que para la motivación del recurso de casación no es suficiente la exposición del agravio, sino que es preciso que el defecto o error que se imputa a la resolución recurrida esté expresamente tipificado por la ley (cfr. HITTERS, JUAN CARLOS, Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación, Librería Editora Platense, 2° edic., pág. 213, Buenos Aires 2002).

En el caso –reitérase-, carecen de sustentación suficiente las causales invocadas por la quejosa y los motivos en que las funda. En concreto, no logra demostrar -prima facie- las tachas en las que –según estima- incurrieron los magistrados de grado. En suma, no ha logrado demostrar el cumplimiento de los recaudos específicos exigidos por el Art. 20° del Ritual casatorio (cfr. R.I. Nros.60/09, 174/09, 136/12, 98/13, 154/14, entre otras, del citado Registro).

Cabe reiterar, que la exigencia de una buena técnica recursiva responde a la necesidad de no restarle al recurso su carácter extraordinario, lo que conlleva el cumplimiento de obligaciones inexcusables para evitar que en la práctica se concluya por desvirtuarlo (cfr. R.I. 130/99, 179/08, 7/09, 134/10, 8/11, 235/11, 305/11, 1/12, 93/13, 147/14, entre otras, del Registro de la Secretaría Civil).

En este punto, cabe decir que la doctrina sentada por este Tribunal Superior de Justicia en anteriores resoluciones (cfr. R.I. N° 780/92, entre otras) a partir del caso "STRADA", que autoriza a superar los escollos formales prescriptos en la ley procesal provincial reglamentaria de los recursos extraordinarios locales, sólo será aplicable siempre y cuando los recurrentes realicen un planteo concreto y serio de la cuestión constitucional que entienden suscitada en la causa. Pero ésta no es la hipótesis de autos, por cuanto no se demostró la violación alegada.

Conforme lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "[...] el reproche revela desconocimiento de la materia debatida en el presente litigio, esto es, un pedido de retorno de la menor mediante el procedimiento establecido en la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, adoptada en la Conferencia de La Haya del 25 de octubre de 1980, aprobada por ley 23.857, vigente en la República Argentina

a partir del 1 de junio de 1991, y que tiene por finalidad garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante (art. 1, a).

"No se trata, en el caso, de la ejecución de una suerte de medida cautelar dictada en un proceso judicial, sino de un procedimiento autónomo respecto del contencioso de fondo, que se instaura a través de las llamadas "autoridades centrales" de los estados contratantes. Dicho procedimiento se circunscribe al propósito de restablecer la situación anterior, jurídicamente protegida, que le fue turbada, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante" (FALLOS: 318:1269).

A esta altura corresponde precisar que, entre la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención de La Haya de 1980, existe compatibilidad de la obligación de restituir que surge de la última, con el principio contenido en el art. 3.1 de la primera, en tanto ambos instrumentos tienden a la protección del interés superior del niño (cfr. FALLOS: 318:1269 y S. 1741. XXXIX. S. 1619. XXXIX. "S. A. G. s/restitución internacional solicita restitución de la menor", 20/12/05 T. 328, L.L. 13-02-06, nro. 110.017, E.D. 20-02-06, nro. 53.851 y J.A. 8-03-06, con nota).

Por otro lado, que quien se opone a la restitución de las niñas al Estado de la residencia habitual que tenía antes del hecho, tiene el derecho y la carga de probar, en forma concreta y suficiente, la existencia de alguna de las causales que justifican el rechazo de la solicitud, extremo que –conforme se adelantó- ha sido desestimado en ambas instancias anteriores. (cfr. Najurieta, María Susana, Cooperación Jurisdiccional Internacional en conflictos relativos a los niños (Desplazamientos y retenciones ilícitas, obstáculos al mantenimiento de relaciones personales con los progenitores, cobro de alimentos), VI Jornadas de Derecho Internacional Privado, Mendoza 4 y 5 de agosto de 2006),

La Convención de La Haya de 1980 regula los aspectos civiles del traslado o retención ilícitos de los menores. Establece un procedimiento autónomo mediante las autoridades centrales que designan los estados partes (cfr. FALLOS: 318:1269, ya citado) encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el convenio. Dicho procedimiento es independiente del proceso sobre la custodia del niño o niña y del trámite de reconocimiento de decisión extranjera. Es decir, se prevé la intervención de un órgano específico facultado para prestar cooperación internacional.

La finalidad del citado convenio es la restitución del menor ilícitamente trasladado o retenido al lugar de su residencia habitual, para que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estaos contratantes se respeten en los más Estados (artículo 1.b.).

VII. Por último -en consonancia con lo resuelto recientemente por el Máximo Tribunal de la República-, teniendo en mira el interés superior de las niñas –que debe primar en éste y todo proceso en que se hallen involucradas- y a fin de evitar una mayor dilación de su trámite que frustre la finalidad para la que fue concebido, corresponde exhortar a A.G.J.A. Y G.U.N.I. a deponer intereses personales y a prestar la máxima colaboración para que las niñas puedan ser restituidas sin que ello les implique una experiencia aún más conflictiva y traumática.

Igual exhortación cabe dirigir al tribunal de familia interviniente en la causa, para que adopte, con la celeridad y premura del caso, las medidas que tiendan a salvaguardar los derechos e intereses de todos los intervinientes (C.S.J.N., "B., D. P. c/ A., A. S. s/ exhortos y oficios", del 14 de abril de 2015).

Por ello, a la luz de la normativa y jurisprudencia citadas y conformidad de los Ministerios Públicos de la Defensa y Fiscal, SE RESUELVE:

I. Declarar INADMISIBLE el recurso de Nulidad Extraordinario deducido, a fs. 217/238 vta., por la demandada G.U.R.I., con costas a su cargo (cfr. art. 12° Ley 1.406).

II. EXHORTAR a A.G.J.A. Y G.U.N.I. a deponer intereses personales y a prestar la máxima colaboración para que las niñas puedan ser restituidas sin que ello les implique una experiencia aún más conflictiva y traumática.

III. EXHORTAR al tribunal de familia interviniente en la causa, para que adopte, con la celeridad y premura del caso, las medidas que tiendan a salvaguardar los derechos e intereses de todos los intervinientes.

IV. Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en esta instancia en un 25% de la suma que deba fijarse para retribuir lo actuado en la instancia de origen (conf. Art. 15° de la Ley 1.594).

V. Disponer la pérdida del depósito efectuado, cuya constancia obra a fs. 216 (Art. 10° Ley Casatoria), dándosele el destino fijado por la Ley de Autarquía Judicial N° 1.971.

VI. Regístrese. Notifíquese y remítanse los autos a origen sin más trámite.
Dr. RICARDO T. KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI
Dra. MARÍA T. GIMENEZ de CAILLET-BOIS - Secretaria

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

**"A. G. J. A. C/ G.U.N.I. S/ RESTITUCION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 6385/2014) – Interlocutoria: 47/15 – Fecha: 24/02/2015

DERECHO DE FAMILIA: Tenencia.

SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES. CONVENIO DE LA HAYA SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES. RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES. EXCEPCIONES A LA INMEDIATA RESTITUCION. PRUEBA DE LAS EXCEPCIONES. INTERPRETACION DEL CONVENIO.

Corresponde confirmar la resolución de la instancia de grado que le ordena a la progenitora que sus dos hijas menores sean restituidas a su lugar de residencia habitual en La Coruña, España. Ello así, es claro que las pruebas ofrecidas no son conducentes a los efectos de acreditar las excepciones previstas en la Convención –de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores-, sino que son atinentes a la discusión sobre la tenencia, lo que debe ser discutido y decidido ante los jueces de la residencia habitual de los menores. Justamente, lo que no es posible discernir aquí, es cuál padre es más apto para convivir con el niño, ni tampoco puede aquí cambiarse la situación que tenían las niñas antes del traslado ilícito. De allí que la cuestión planteada bajo el título "Régimen de Visitas", tampoco pueda ser abordada. Por lo demás, como indica el magistrado y no ha sido desvirtuado, la documentación que se adjunta no trasunta en forma directa episodios de violencia en relación a las niñas y data del año 2010, siendo que, con posterioridad a ello, las partes suscriben acuerdos que, incumplidos, originan este proceso.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 24 de febrero de 2015
Y VISTOS:
En acuerdo estos autos caratulados "A. G.J.A. C/ G.U.N.I. S/RESTITUCION" (EXP Nº 6385/2014) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN TODOS LOS FUEROS de RINCON DE LOS SAUCES a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. El Sr. Juez ordena que la Sra. G.U.N.I. restituya a las menores N. y C.

Para así hacerlo, se fundamenta en los siguientes extremos:

a) que el traslado fue ilegítimo, en tanto se infringieron los derechos de custodia establecidos en su lugar de residencia habitual, en este caso la Coruña. Expone que la madre no acreditó el consentimiento paterno para el traslado a la Argentina.

b) Que no se dan las causales que exceptúan la orden de reintegro: sostiene que el grave riesgo denunciado con relación a las menores no se encuentra acreditado, en tanto sólo es afirmado sin aportar pruebas, pues todas las consideraciones esgrimidas se refieren a la relación quebrantada con el progenitor, pero de ninguna de ellas surge el peligro psíquico o físico para las menores;

c) Pondera que las cuestiones alegadas para oponerse son de fondo, las que deben debatirse en otro ámbito jurisdiccional y en otro proceso distinto y ajeno a lo que corresponde que sea debatido en un proceso de restitución internacional.

2. Contra dicho pronunciamiento apela la Sra. G.U..

Expresa sus agravios a fs. 190/193.

Se queja de que el Juez considere que no existen elementos suficientes para poner en peligro la salud física o psíquica de las menores. Sostiene que no se le ha permitido acreditar tales extremos y por lo tanto, requiere que se produzca en esta Alzada la prueba ofrecida.

Indica que, pese a existir verosimilitud entre las afirmaciones y la documental que en copia acompaña, no recibe la prueba. Describe que ambas niñas concurren al Jardín de Infantes, se encuentran inscriptas para el periodo 2015 y difícilmente, puedan tener en España una situación afectiva estable y sustentable como aquí.

Como segundo agravio, se queja por la imposición de costas, en los siguientes términos:"no sólo por el hecho de que el debido proceso garantido ha sido vulnerado en la imposibilidad de producir prueba, sino como corolario de lo dicho anteriormente respecto de la posibilidad del mantenimiento de vida de los hijos menores por parte del progenitor, pues si no puede afrontar los gastos de un reclamo judicial que con este derecho se cree tener, difícilmente pueda aportar los recursos para la alimentación, vestimenta, educación, recreación, etc."

Por último, sostiene que, a fin de garantizar el contacto y vínculo paterno con sus hijas, ofrece un amplio régimen de visitas en su favor, con la adecuada intervención y asistencia jurídica necesaria, y en la medida que no se menoscaben los intereses de los menores.

Los agravios son contestados a fs. 196/201.

La Sra. Defensora de los Derechos del Niño y de los Adolescentes reitera los conceptos vertidos a fs. 149/150 y, en consecuencia, solicita que se ratifique el fallo, ordenándose la inmediata restitución de las niñas a su lugar de residencia habitual, España.

3. Así planteada la cuestión, es claro que el recurso no podrá prosperar: como se advierte del simple confronte de las razones de la decisión, con las críticas efectuadas, éstas últimas no son suficientes para revertir lo decidido.

En efecto: como bien indica el magistrado, la interpretación mayoritaria en materia de instrumentos internacionales para la restitución de los menores, entiende que ella debe hacerse inmediatamente, no debe resolverse sobre la cuestión de fondo y las excepciones a tal orden, son consideradas de admisibilidad restrictiva.

Es que, como indica Graiewski: "…A la hora de decidir, se parte de la base que la finalidad de este instrumento es "garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante", según reza el inciso a del primer artículo, y cita en apoyo de su postura jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Va más allá cuando sostiene que el cabal cumplimiento de la Convención se da con solamente verificar los recaudos formales de la solicitud de restitución, y que lo que la Convención de La Haya fija simplemente una obligación de resultado: el retorno del niño.

Recuerda que la Corte tiene dicho que las excepciones previstas en la Convención son de carácter taxativo, y refiere al informe explicativo del Convenio en cuanto establece una interpretación restrictiva de las causales de excepción.

Una vez dicho ello, la sentencia considera que en los autos no resulta acreditada la existencia de un riesgo de peligro grave físico o psíquico o una situación intolerable a la que los menores quedarían expuestos de proceder a su restitución, según los estándares que exige nuestra Corte Suprema, es decir daños que excedan el inevitable padecimiento normal que implica el alejamiento de uno de sus padres, la separación del lugar en que se aquerenciaron, y la ruptura con el nuevo grupo social al que se han integrado.

Resalta el fallo -con todo acierto- que las desavenencias entre los padres que motivaron las peleas presenciadas por los menores debieron ser encaradas por las vías legales en el país de residencia habitual, y no resueltas a la fuerza, recurriendo a la vía de hecho de la retención ilícita.

Pone de manifiesto que no es dable debatir y valorar en la jurisdicción del juez exhortado la cuestión de fondo que pudiera presentar el caso, la que se reserva para el juez de la causa…"

Y se agrega, más adelante:

"…Cuando la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado aprobó la convención de la que estamos hablando, decidió que uno de sus miembros, la profesora Elisa Pérez Vera, elaborara un informe explicativo que precisara el sentido de la misma.

El informe Pérez Vera (1981) es terminante respecto al carácter limitado que debe darse a las excepciones del Art. 13: "... parece necesario subrayar que las excepciones, de los tres tipos examinados, al retorno del menor deben ser aplicadas como tales. Esto implica ante todo que deben ser interpretadas de forma restrictiva si se quiere evitar que el Convenio se convierta en papel mojado", y termina enfatizando que "... una invocación sistemática de las excepciones mencionadas, al sustituir la jurisdicción de la residencia del menor por la jurisdicción elegida por el secuestrador, hará que se derrumbe todo el edificio convencional al vaciarlo del espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado."

En los primeros años de aplicación del Convenio, los representantes de la Autoridad Central en la Argentina, señalaban que la mayoría de los expertos había informado en la reunión de Autoridades Centrales de 1993 que "en sus jurisdicciones se le había dado al artículo 13 b) una interpretación limitada y que por lo tanto muy pocas defensas fundadas en estos argumentos resultan exitosas. Muchos de los expertos sugirieron que el art. 13 b) no debería ser usado para proteger al menor de uno de los padres, ya que de esto se ocupa el Estado requirente".

A pesar de que en el caso que estamos comentando la magistrada de grado, ante las meras manifestaciones de la madre en el sentido de que el retorno implicaría peligro para sus hijos decidió la realización de una pericia psicológica entendemos -y varios fallos internacionales así lo han decidido- que no basta una mera denuncia en tal sentido del padre que está resistiendo la aplicación del Convenio para poner en marcha un mecanismo probatorio tendiente a comprobar sus afirmaciones.

En efecto, creemos insuficiente la sola invocación de riesgo por parte del padre que está en infracción para asumir una tarea probatoria que excede el marco del Convenio: éste no tiene ningún artículo referente a prueba, pero sí dice expresamente que al evaluar las excepciones el juez requerido "tendrá en cuenta la información que sobre la situación social del menor, proporcione la autoridad central o otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor".

Ello nos lleva a concluir que a la hora de oponerse a la restitución de un menor, el padre sustractor deberá aportar pruebas o semiplenas pruebas emanadas de las autoridades del país de residencia habitual (denuncias, sentencias, decisiones administrativas o policiales) que den la pauta al órgano decisor que el riesgo ya existía antes de la mudanza, que las medidas de protección oficial en aquel país fueron nulas o insuficientes, y que es eso lo que determina que el retorno dejaría expuesto al menor a los daños a que se refiere el artículo 13 b)…."(cfr. Graiewski, Mónica J. "Alcance de las excepciones a la restitución internacional de menores en la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", Publicado en: DFyP 2012 (noviembre), 126. Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2012-08-22 ~ G., P. C. c. H., S. M. s/reintegro de hijo. Ver también: CSJN, "Wilner, Eduardo Mario c. Osswald, María Gabriela", junio 14-1995, considerando 6, Actualidad Jurídica de Córdoba, familia y minoridad, abril 2007, Año III, vol. 36, pp. 3803/3823; CSJN, "G.S.A.", diciembre 20-2005, considerando III, La Ley, 2006-C, 272; TSJ Cba, "R.B.F.H. c. M.A.C.", diciembre 22-2006, considerandos 5 y 6, Actualidad Jurídica de Córdoba, familia y minoridad, junio

2007, Año III, vol. 38, pp. 4030/4040; CSJN, "R., M.A. c. F., M.B. s/reintegro de hijo", diciembre 21-2010, considerando 16, sent. cit., entre otras decisiones).

3.1. Traídas estas consideraciones al caso en estudio, es claro que las pruebas ofrecidas no son conducentes a los efectos de acreditar las excepciones previstas en la Convención, sino que son atinentes a la discusión sobre la tenencia, lo que debe ser discutido y decidido por ante los jueces de la residencia habitual de los menores.

Justamente, lo que no es posible discernir aquí, es cuál padre es más apto para convivir con el niño, ni tampoco puede aquí cambiarse la situación que tenían las niñas antes del traslado ilícito.

De allí que la cuestión planteada bajo el título "Régimen de Visitas", tampoco pueda ser abordada.

Por lo demás, como indica el magistrado y no ha sido desvirtuado, la documentación que se adjunta no trasunta en forma directa episodios de violencia en relación a las niñas y data del año 2010, siendo que, con posterioridad a ello, las partes suscriben acuerdos que, incumplidos, originan este proceso.

4. Por último y con relación a las costas, las consideraciones que se efectúan y que han sido transcriptas, en nada guardan relación con el tópico decidido.

En este aspecto, el recurso presenta también falencias que impiden que pueda ser analizado.

En definitiva, por las razones que se han dado para agotar la respuesta jurisdiccional adversa al recurrente, a partir de las cuales se patentiza la insuficiencia recursiva, propongo al Acuerdo la confirmación del fallo apelado, con costas en la Alzada a cargo de la vencida. TAL MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto

SE RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución de fs. 174/179 en cuanto fue materia de recursos y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 68 del CPCC).

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Mónica MORALEJO – SECRETARIA

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

**"QUIROGA MABEL C/ I.P.V.U. S/ INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 280105/2012) – Sentencia: 141/15 – Fecha: 01/10/2015

DERECHO CIVIL: Incumplimiento contractual.

INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO. CASA. DEFICIENCIAS ESTRUCTURALES. INFORME PERICIAL. VALORACION DE LA PRUEBA. REPARACION. EXCEPCION DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. RECHAZO.

1.- Cabe confirmar la sentencia que hace lugar parcialmente a la demanda que condena al Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo, a que en el plazo de 180 días lleve a cabo las tareas de reparación indicadas por el perito ingeniero, como así

las necesarias para solucionar los daños sufridos en la vivienda de la actora con motivo de las fallas estructurales y de mala construcción indicadas por el experto. Ello es así, pues, de la pericia analizada se desprende con facilidad que, conforme tipo de suelo que detallan los diferentes informes [...], la construcción de las viviendas debieron haberse hecho teniendo en cuenta una serie de factores como ser la estructura del suelo a fin de evitar los distintos problemas que se podrían llegar a presentar frente a una posible acumulación de agua (sea ésta provocada por rotura de caño o por cuestiones de índole natural: lluvias, nieve etc.). [...] En definitiva, pese a las objeciones de la demandada (respondidas por el perito), considero que el dictamen cuenta con plena eficacia probatoria porque los principios científicos y técnicos en los que se basa, en modo alguno logran conmoverse por las referidas impugnaciones que importan generalidades o meras discrepancias con la opinión del experto.

2.- También corresponde desestimar el agravio relativo al rechazo de la excepción de incumplimiento contractual alegada oportunamente por la demandada, [...] Ello así, pues se limita a esbozar una serie de consideraciones generales sobre el instituto en cuestión, transcribiendo jurisprudencia, sin atacar clara y concretamente los requisitos tenidos en cuenta por la a-quo al momento de rechazar dicha excepción, [...].

**Texto completo:**

NEUQUEN, 01 de octubre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "QUIROGA MABEL C/ I.P.V.U. S/ INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL", (Expte. Nº 280.105/2002), venidos en apelación del Juzgado Civil Nº 1 a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia de fs. 469/475 vta. hace lugar parcialmente a la demanda y en consecuencia condena al Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo, a que en el plazo de 180 días de quedar firme la presente lleve a cabo las tareas de reparación indicadas por el perito ingeniero, como así las necesarias para solucionar los daños sufridos en la vivienda de la actora con motivo de las fallas estructurales y de mala construcción indicadas por el experto. Asimismo, para el caso que resulte de imposible realización tal reparación, deberá abonar a la actora una indemnización por daños y perjuicios cuyo monto se determinará en la etapa de ejecución de sentencia.

A fs. 480 el I.P.V.U., interpone recurso de apelación contra esa sentencia de primera instancia, expresando agravios a fs. 489/493 y vta., los que no fueron contestados por la actora.

II.- Manifiesta que, existe una incongruencia entre lo peticionado en la demanda y el fallo atacado. Aduce que, el I.P.V.U, ha dado cumplimiento al objeto del contrato y finalmente que las averías en la vivienda han sido consecuencia de caso fortuito.

Sostiene que, la actora en su demanda alegó como incumplimiento contractual que la vivienda se encontraba sin terminar, con deficiencias edilicias, consistiendo estas últimas en "falta de revestimiento, ausencia de pisos, diferencias entre el grosor de las paredes, problemas con las instalaciones de gas, luz y agua. Indicando además que, el deterioro producido se debe a que el proceso constructivo no se ajustó a las reglas del arte de la construcción.

Aclara que no se trata de vicios redhibitorios sino de una demanda por cumplimiento de contrato.

Sostiene que, tanto la pericia como la propia sentencia, concluyen que, de acuerdo al marco normativo "no era obligación de la actora la entrega de la vivienda con terminaciones tales como revestimientos, y artefactos completos, ya que el proyecto tuvo como meta la entrega de viviendas incompletas construidas de acuerdo a las condiciones establecidas".

Concluye que, la primigenia pretensión de la accionante no ha sido acreditada, ya que no se encontraba a cargo del I.P.V.U, el otorgamiento de una vivienda en las condiciones pretendidas en la demanda y que, los materiales utilizados y la construcción en general se ajustó a lo que se denomina "el buen arte de la construcción", cuestión que es expresada en la propia pericia.

Luego de una serie de consideraciones previas acerca de la actividad de la demandada, centra su queja concreta en afirmar que existió una importante pérdida de agua que no puede serle atribuida, que duró treinta días y fue lo que ocasionó las roturas de la vivienda.

Afirma que, la sentencia resulta contradictoria, pues previamente había establecido que el I.P.V.U., no estaba obligada a la entrega de una vivienda terminada, que cumplió además con la reglamentación en cuanto a los materiales y tipo de construcción, y tuvo como cierto que el asentamiento del suelo fue provocado por una pérdida de agua (ajena a su parte), por lo que en función de ello resulta fuera de toda lógica que se le endilgue un incumplimiento por falta de entrega de una vivienda en las condiciones convenidas.

Con respecto al asentamiento del suelo provocado por el agua, señala que solo se ha manifestado en un mínimo sector del barrio, no registrándose inconvenientes en otros lugares.

Se agravia por el rechazo de la excepción de incumplimiento contractual interpuesta.

Destaca que, la actora nunca intimó a este organismo a cumplir con el contrato firmado, por lo que al no constituirlo en mora, no ha otorgado oportunidad para que el I.P.V.U., subsanara los defectos a que hiciera mención en su demanda.

Indica que, quién primero incumple el contrato no es su mandante sino la actora, por lo que mal puede esta pedir el cumplimiento del contrato a la otra si en definitiva ella no cumple con sus obligaciones, ni ofrece cumplirlas.

III.- Ingresando al tratamiento de la primera cuestión planteada, adelanto que la sentencia no resulta incongruente tal como expresa el apelante. Así si bien en la misma, se hizo referencia al informe pericial obrante a fs. 164, en donde se estableció: "En el caso en análisis, si bien el perito ingeniero informó que los materiales utilizados para la construcción del departamento de la actora son adecuados de acuerdo a los requisitos técnicos especificados en las Resoluciones Reglamentarias del Fonavi N° 121 Y 130, así como los pisos, revestimiento de pintura, si bien son del tipo económico superan las previsiones de las mentadas resoluciones, halló que los revoques de los muros exteriores no han tenido suficiente hidrófugo por lo que hay problemas de humedad; que hay algunos detalles de mala terminación en los cielorrasos aplicados sobre la losa de cubierta y en algunos revoque (conf. fs. 163 y vta.) así como ha podido constatar algunas lesiones que tienen su origen en los problemas de asentamiento diferenciales por colapso del suelo sobre el que están fundadas las viviendas del barrio".

De conformidad con los fundamentos transcriptos, la Jueza de grado ha fallado teniendo en cuenta una serie de circunstancias que no se circunscriben a las indicadas por la demandada, sino que apuntan a una serie de defectos originados en la fas constructiva de la vivienda, con base en el informe pericial de autos, como la insuficiencia de hidrófugo en los muros exteriores; mala terminación en los cielorrasos y falta de medidas necesarias para evitar el aumento de la humedad, lo que dio como resultado importantes asentamientos en muchas viviendas del complejo.

Por lo tanto, no existe una verdadera contradicción en la sentencia, como indica el apelante, pues el fundamento de condena no se centra ni en las terminaciones faltantes, ni en la mala calidad de los materiales, sino precisamente en hechos puntuales, circunscritos a ciertas deficiencias edilicias, conforme lo señalado en el párrafo anterior.

Debo resaltar que la pericia obrante en autos (fs. 156/167), es lo suficientemente clara acerca de los defectos de construcción en que incurriera la accionada, conforme lo detalla la sentencia en el correcto y meduloso análisis que en ella se formula.

Si bien se advierte que la pericia en cuestión fue impugnada (ver fs. 177/179), entiendo que ello comporta una mera discrepancia con la opinión del experto y que en función de los argumentos expuestos en la pericia, los antecedentes allí adjuntados y las normas legales aplicables, ella no resulta suficiente para apartarnos de la opinión técnica a la que arriba el profesional en su informe de fs. 156/167.

Del mentado informe, surge que: "El tipo de suelo sobre el que se ha construido el barrio al que pertenece la vivienda ha sido objeto de numerosos estudios geotécnicos, los que han sido realizados tanto con anterioridad a su construcción como con posterioridad, conforme se fueron presentando los inconvenientes debido a la aparición de lesiones en las viviendas del plan..."

"...En el caso que nos ocupa, se ha considerado al suelo como un suelo seco sobre el que se podría tomar medidas efectivas para que no aumente la humedad.

Esto no ha sido así, ya que no se tomaron todas las medidas necesarias para evitar el aumento de la humedad, lo que ha dado como resultado importantes asentamientos en muchas viviendas del complejo...".

"El suelo debió haberse considerado que iba a estar sujeto a humedecimiento, ya que es muy difícil alegar toda sus posibles causas. Para ello deberían haberse proyectado drenajes y conducciones de aguas pluviales, canalizaciones en correspondencia con las cañerías de provisión de agua y drenajes cloacales para prevenir eventuales pérdidas, aumentar la profundidad de cimentación para alejar la influencia de aportes de agua, etc. Estas previsiones no fueron tomadas en cuenta, a lo que se suma que, tanto el tipo de construcción que se iba a ejecutar, de viviendas económicas, como el perfil económico de los futuros habitantes en lo que respecta a la posibilidad de mantenimiento de instalaciones y reparación inmediata de cualquier pérdida, aumentaba el riesgo de humedecimiento. El procedimiento correcto para lograr que este tipo de suelo reciba adecuadamente las cargas de la vivienda es, descartada la posibilidad de provocar el colapso antes de construir la estructura, mediante fundaciones profundas por pilas o pilotes que trasladen la carga hacia estratos resistentes, tomando las precauciones del caso para evitar distorsiones en las conexiones de las instalaciones y asentamiento de los pisos de las viviendas...".

Vale decir, que de la pericia analizada se desprende con facilidad que, conforme tipo de suelo que detallan los diferentes informes de INGEO SRL, la construcción de las viviendas debieron haberse hecho teniendo en cuenta una serie de factores como ser la estructura del suelo a fin de evitar los distintos problemas que se podrían llegar a presentar frente a una posible acumulación de agua (sea ésta provocada por rotura de caño o por cuestiones de índole natural: lluvias, nieve etc.).

Finalmente el perito ingeniero refiere que: "...al elegir el tipo de cimientos a utilizar debió haberse considerado que el suelo iba a estar sujeto a humedecimiento, ya que no era posible alejar todas sus posibles causas. El procedimiento correcto para lograr que este tipo de suelo reciba adecuadamente las cargas de las viviendas es mediante la utilización de fundaciones profundas, pilas o pilotes, que trasladen la carga hacia extractos resistentes...".

En definitiva, pese a las objeciones de la demandada (respondidas por el perito), considero que el dictamen cuenta con plena eficacia probatoria porque los principios científicos y técnicos en los que se basa, en modo alguno logran conmoverse por las referidas impugnaciones que importan generalidades o meras discrepancias con la opinión del experto.

En función de las consideraciones y compartiendo los fundamentos expuestos por la jueza de grado –basados principalmente en el informe pericial obrante en autos-, propondré al acuerdo el rechazo del presente agravio.

En cuanto el agravio relativo al rechazo de la excepción de incumplimiento contractual alegada oportunamente por la demandada, diré que precisamente en el caso de autos al no darse los requisitos expuestos procedencia de dicho instituto, tal como como bien lo señala la jueza de grado, propiciare su confirmación del fallo en ese sentido.

Las consideraciones volcadas por el apelante en sus agravios (punto 2 fs. 492/493 vta.) resultan insuficientes para revocar lo decidido en la instancia de grado, pues se limita a esbozar una serie de consideraciones generales sobre el instituto en cuestión, transcribiendo jurisprudencia, sin atacar clara y concretamente los requisitos tenidos en cuenta por la a-quo al momento de rechazar dicha excepción, por lo que siendo insuficiente dichos agravios, como ya lo adelantara, propiciare la confirmación del fallo apelado.

IV.- Por las razones esgrimidas, y al compartir los fundamentos expuestos en la sentencia, propongo al Acuerdo se confirme la sentencia en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios, con costas de Alzada a cargo de la demandada.

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. 469/475 vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"VISCARDI DIEGO ADRIAN C/ SUC. DE LEYNNEN GUILLERMO Y OTRO S/ ACCIÓN REVOCATORIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 427708/2010) – Sentencia: 142/15 – Fecha: 01/10/2015

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

COMPRAVENTA DE INMUEBLE. FRAUDE EN LOS ACTOS JURIDICOS. ACCION REVOCATORIA. CONDICIONES DE PROCEDENCIA. VALORACION DE LA PRUEBA.

1.- En cuanto a los requisitos para el ejercicio de la acción revocatoria o pauliana, el art. 339 dispone: "Son requisitos de procedencia de la acción de declaración de inoponibilidad: a) Que el crédito sea de causa anterior al acto impugnado, excepto que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores, b) que el acto haya causado o agravado la insolvencia del deudor, c) que quién contrato con el deudor a título oneroso haya conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia.

2.- Es procedente la demanda que hace lugar a la acción pauliana dirigida contra el sucesorio y declara inoponible al actor la venta del inmueble que en su oportunidad fue concertada entre el deudor -causante- y un pariente -tía- debido al perjuicio que le irrogó la citada operación. Ello esa así, pues, en primer lugar el crédito reclamado por el actor es de causa o fecha anterior a la enajenación perpetrada por el demandado. En segundo lugar, el precio indicado en las tasaciones referenciadas por el recurrente, [...] (U$S60.000) y [...] ($200.000 de febrero de 2011), no guardan la más

mínima proporción con el valor de plaza del inmueble que determina la pericia [...], mediante la cual el perito tasador, [...], determina que el departamento [...], en marzo del 2012 tendría un valor venal que rondaría los $956.250. Finalmente, teniendo en cuenta el grado de parentesco existente entre el deudor y la Sra. E. C. F., (tía del demandado), hecho no negado por éste, este particular vínculo permite afirmar, salvo prueba en contrario, que en su condición de tía y compradora del bien en litigio, la Sra. F., conocía o al menos tomando los mínimos recaudos debió conocer que el acto de enajenación del único inmueble de su sobrino a un precio sensiblemente inferior ($130.000) que el precio de adquisición ($180.000) era un acto que evidentemente agravaba su insolvencia.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 01 de octubre de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "VISCARDI DIEGO ADRIAN C/ SUC. DE LEYNNEN GUILLERMO Y OTRO S/ ACCIÓN REVOCATORIA" (EXPTE. NRO. 427708/2010) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Nro. 3 a esta Sala III integrada por el Dr. Fernando Marcelo GHISINI y el Dr. Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina TORREZ, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia dictada a fs. 535/541 vta. hace lugar a la demanda entablada por Diego Adrián Viscardi en toda sus partes, contra Gustavo Cesar Lynen y Alicia Cristina Cobian –en su carácter de herederos del Sr. Guillermo Nicolás Lynen-, y Elisa Cristina Fogliata, declarando en consecuencia inoponible al actor la compraventa de la nuda propiedad concertada entre ellos sobre el inmueble individualizado catastralmente como: NC. 09-20-058-1155-0023. Matrícula: 73471/23 Confluencia, operación instrumentada mediante Escritura Traslativa de Dominio N° 97 Folio N° 222, de fecha 4 de agosto de 2010 del Registro Notarial N° 14 de la ciudad de Neuquén, con costas a cargo de los demandados, difiriendo la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

Contra dicho fallo a fs. 548 y vta., interpone recurso de apelación en subsidio el Dr. ..., sosteniendo que la falta de regulación de sus honorarios profesionales le genera un claro y gravoso perjuicio. Sostiene que, en función de la tasación obrante a fs. 280/290, se cuenta con parámetros para su determinación, por lo que no corresponde diferir su regulación.

A fs. 549, interpone recurso de apelación la parte demandada.

II.- En su presentación de fs. 569/572 vta., expresa que le causa agravios la apreciación que efectúa el a quo para declarar procedente la acción pauliana, referida a que la venta del inmueble perjudicó al actor, cuando de las pruebas colectadas en la causa, inclusive de los propios testigos del actor, surge que la mayor parte del dinero obtenido con la venta del inmueble fue para él, conforme reconociera este último en forma expresa.

Sostiene que, conforme declaración testimonial del Sr. Lomazzi, antes de efectuar las inversiones el actor tenía conocimiento que el inmueble era el único bien que poseía el demandado y que el mismo poseía un usufructo a favor de sus padres.

Agravia a su parte, que el juez afirme que el deudor se encuentra en estado de insolvencia para afrontar los gastos, ya que, conforme se acreditó en autos, el Sr. Guillermo Lynen era titular de una inmobiliaria y poseía trabajo para hacer frente a sus deudas. Por otro lado, menciona que el mismo falleció en el año 2012, por lo que ignora su parte sobre que base efectúa tal afirmación carente de toda seriedad.

Cuestiona que el juez alegue en su sentencia que el inmueble se vendió a un precio vil irrisorio, sin otro parámetro que la pericial elaborada en autos e impugnada por su parte en dos oportunidades, obviando toda consideración al respecto.

Por otra parte, controvierte el hecho de que el juez no haya explicado cuales fueron precisamente sus parámetros o estudio de mercado realizados para aseverar que los precios eran iguales en 2010 y 2012, más aun el perito ni siquiera tuvo en cuenta tampoco el usufructo que pesa sobre el inmueble.

Critica que el a-quo haya manifestado que las tasaciones acompañadas en oportunidad de contestar la demanda sean manifestaciones unilaterales de una de las partes, ya que, entiende, ello implica desconocer el valor de la prueba prevista expresamente en nuestro Código Procesal Civil y Comercial, máxime cuando la misma fue reconocida expresamente sin que el actor objetara tal prueba ni su validez.

Aduce que, cada una de las tasaciones acompañadas hacen referencia expresa al hecho del usufructo y al estado de construcción del inmueble.

Se agravia por la manifestación del juez de grado respecto a que en autos no se acreditó la buena fe del tercero. Sostiene que, hubiera sido importante que el a-quo denunciara cuales eran esas pruebas que estima que no se ofrecieron o produjeron para demostrar la buena fe de una persona. Señala que, la buena fe se presume y quién debía probar la mala fe de la Sra. Fogliata era el actor, quien no lo hizo.

Asimismo, le causa agravios que se haya tenido por probado que Guillermo Lynen vivía en el departamento una vez vendido porque lo vieron ingresar en una oportunidad con un perrito; obsérvese que solo fue en una oportunidad y el reclamante no demostró que haya sido también en otras. Agrega que, ello se condice con los testimonios de Oliva, Aguilar y Maximilian Mamet.

Critica que el juez estime como sospechable ab initio una venta de un inmueble entre parientes, sin más fundamentos que "la única conclusión lógica posible es que la Sra. Fogliata sabía del estado de insolvencia de su sobrino".

A fs. 574/580 el actor contesta agravios. En primer lugar, solicita que se declare desierto el recurso por no reunir los requisitos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente, contesta los agravios y pide el rechazo de los mismos con costas.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, el Código de Vélez, en su art. 962 establecía que: "Para ejercer esta acción es preciso: 1.- Que el deudor se halle en estado de insolvencia. Ese estado se presume desde que se encuentra fallido. 2.- Que el perjuicio de los acreedores resulte del acto mismo del deudor, o que antes ya se hallase insolvente. 3.- Que el crédito, en virtud del cual se intenta la acción, sea de fecha anterior al acto del deudor".

El nuevo Código Civil trata el tema relativo al fraude en los artículos 338 a 342 (ex artículos 962 y siguientes).

Así, el art. 338 del C. C. establece: "Todo acreedor puede solicitar la declaración de inoponibilidad de los actos celebrados por su deudor en fraude a sus derechos, y de las renuncias al ejercicio de derechos o facultades con lo que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna".

En cuanto a los requisitos para el ejercicio de la acción revocatoria o pauliana, el art. 339 dispone: "Son requisitos de procedencia de la acción de declaración de inoponibilidad: a) Que el crédito sea de causa anterior al acto impugnado, excepto que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores, b) que el acto haya causado o agravado la insolvencia del deudor, c) que quién contrato con el deudor a título oneroso haya conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia.

Conforme lo dispuesto en el nuevo Código, en consonancia con el anterior, diré que la acción revocatoria o pauliana, es en esencia aquella que disponen los acreedores para reclamar judicialmente que se declaren ineficaces, respecto de ellos, los actos de disposición o gravamen realizados por sus deudores con los cuales les cause un perjuicio, imposibilitando o dificultando el recupero de su crédito.

Siguiendo estos conceptos generales, y a tenor de los agravios expuestos por el demandado, corresponde analizar, en primer lugar, si el crédito del actor es de causa anterior o, conforme la terminología del Código Civil y Comercial, si el deudor actuó con el propósito de defraudar a su futuro acreedor.

En el caso concreto, este último requisito no es necesario, pues de las constancias obrantes en la causa y conforme son contestes las partes, el crédito reclamado por el actor es de causa o fecha anterior a la enajenación perpetrada por el demandado. Por tanto, a los fines de la acción revocatoria, este primer requisito exigido por el art. 339, inc. a) del nuevo Código Civil y el inc. 3 del art. 962 del Código de Vélez, está cumplido.

En segundo lugar, despejada la primer cuestión, corresponde verificar si en autos la venta del inmueble objeto de autos, puede o no reputarse como un acto realizado en perjuicio del acreedor (art. 962, inc. 2 Cód. Vélez y art. 339 inc. b) CCC).

Para ello, es necesario verificar el valor del inmueble a los fines de determinar si el precio obtenido por su venta es acorde o no con el valor de plaza de uno de las características del departamento enajenado. Esta circunstancia se relaciona con los argumentos expuestos por el apelante en lo que respecta al cuestionamiento de lo dispuesto en la instancia de grado al considerar que el inmueble ha sido vendido a precio vil o irrisorio.

A los fines de la valuación de la unidad funcional objeto de esta litis, considero que el precio indicado en las tasaciones referenciadas por el recurrente, que lucen a fs. 106 (U$S60.000) y a fs. 107 ($200.000 de febrero de 2011), no guardan la más mínima proporción con el valor de plaza del inmueble que determina la pericia de fs. 280/289, mediante la cual el perito tasador, martillero ..., determina que el departamento ubicado en Calle ..., Piso .. y ..., en las condiciones constructivas descriptas en la pericia, en marzo del 2012 tendría un valor venal que rondaría los $956.250.

A su turno, de la valuación realizada por Elissetche & Asociados Inmobiliaria, de fecha abril de 2012 (ver fs. 317/320) surge que el valor ascendería a la suma de U$S 230.000.

El escaso período de tiempo entre las tasaciones adjuntadas por el demandado y las dispuestas a través de la prueba realizada en autos (pericia de fs. 280/289 e informe de fs. 317/320), como así la amplia brecha que existe entre los valores anunciados descriptos en todos estos informes, me persuaden para calificar de irrisorio el precio de la venta ($130.000) pactado entre el Sr. Guillermo Lynen y la Sra. Elisa Cristina Fogliata, por la venta de la unidad mencionada, conforme da cuenta la escritura de compraventa de fecha 4 de agosto de 2010, que en copia certificada se encuentra glosada a fs. 267/272 vta.

De lo expuesto, surge que el segundo de los requisitos establecidos en el art. 339 inc. b) del Código Civil y Comercial (ex art. 962, inc. 2 del Cod. Civ.), referido a que, el acto haya causado o agravado la insolvencia del deudor, se encuentra debidamente acreditado en autos, pues al enajenar el único bien inmueble del cual era titular el deudor, a un precio sensiblemente inferior al valor de plaza que tenía dicho inmueble, el perjuicio resulta evidente, pues con ello ha disminuido su patrimonio y por ende la garantía de su acreedor de poder cobrar su crédito.

Tal circunstancia no sólo se desprende de la comparación del valor que arrojan las tasaciones a las que hiciera referencia anteriormente, sino también de la diferencia que existiría entre el precio en que el demandado compró ese mismo departamento en fecha 16 de noviembre de 2009, $180.000 (ver escritura de fs. 110/115) y al que lo vendió el 4 de agosto de 2010, $130.000. (escritura de fs. 267/272)-

Todas estas consideraciones resultan suficientes a los fines de tener por acreditado el segundo de los requisitos enunciados en el art. 339, inc. b) del CCC (antiguo art. 962, inc. 2 del Cód. Civ.), por lo tanto, este agravio será rechazado.

El art. 968 del Código Civil anterior, expresaba que: "Si la acción de los acreedores es dirigida contra un acto del deudor a título oneroso, es preciso para la revocación del acto, que el deudor haya querido por ese medio defraudar a sus acreedores, y que el tercero con el cual ha contratado, haya sido cómplice en el fraude".

Dicho artículo se complementaba con lo dispuesto por el art. 969 del Código de Vélez, "...La complicidad del tercero en el fraude del deudor, se presume también si en el momento de tratar con él conocía su estado de insolvencia...".

El tercer requisito mencionado por el artículo 339 del Código nuevo es que quién contrato con el deudor a título oneroso haya conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia. Como se puede apreciar, tanto en el Código anterior como en el actualmente vigente, lo que adquiere trascendencia a los fines de la viabilidad de la acción revocatoria es que el tercero contratante del deudor, haya conocido el estado de insolvencia de éste o en los términos del nuevo código, haya debido conocerlo.

En el caso puntual, teniendo en cuenta el grado de parentesco existente entre el deudor y la Sra. Elisa Cristina Fogliata, (tía del demandado), hecho no negado por éste, este particular vínculo permite afirmar, salvo prueba en contrario, que en su condición de tía y compradora del bien en litigio, la Sra. Fogliata, conocía o al menos tomando los mínimos recaudos debió conocer que el acto de enajenación del único inmueble de su sobrino a un precio sensiblemente

inferior ($130.000) que el precio de adquisición ($180.000) era un acto que evidentemente agravaba su insolvencia. Ello, por la sencilla razón que aun en la hipótesis de que la tía del deudor no conociera la deuda que se le reclamaba a su sobrino, el solo hecho de adquirir un departamento por un precio mucho menor que el que pago éste resulta ser un indicio suficiente para tener por acreditado el requisito en cuestión, máxime si se tiene en cuenta el contexto inflacionario que afecta la economía del país.

Por otra parte, los motivos personales –que da cuenta el testimonio al que alude el apelante (Dr. Ferrera)- que tuvo la Sra. Fogliata, para comprar el departamento (sea ahorro o a fin de que la inflación no le licue el valor o poder adquisitivo de su dinero) es una cuestión de índole personal de la compradora que nada aporta a la causa, pues la finalidad de la compra no es un requisito para la procedencia de la acción revocatoria o pauliana, sino que lo que aquí interesa es, en los términos del art. 969 del Código anterior y art. 339 del Código Civil actual, es que quién contrato con el deudor a título oneroso haya conocido su estado de insolvencia o al menos debió, tomando los recaudos mínimos del caso, conocer que dicho acto provocaba o agravaba la misma.

En orden a las consideraciones efectuadas por el recurrente en relación a que gran parte de la venta del inmueble fue destinado al pago de la deuda, como bien afirma el actor, es una cuestión que cae por su propio peso, ya que el reconocimiento del pago de U$S25.000, fue efectuado el 22 de julio de 2010; por lo que habiéndose efectuado la venta del departamento con posterioridad a esa oportunidad (4 de agosto de 2010), mal puede imputarse el producido de la venta al pago de una deuda abonada con anterioridad a esa fecha.

En cuanto a las demás consideraciones sobre la ocupación del inmueble por parte del demandado, interpreto que en función del tipo de acción que se ejercita ello no resulta ser un elemento relevante, siendo suficiente para su procedencia las consideraciones volcadas precedentemente.

Por todas las consideraciones expuestas, y por compartir los fundamentos dados por el Juez de Grado, se rechazaran la totalidad de los agravios del demandado, confirmándose la sentencia de primera instancia en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios, con costas a cargo del demandado atento a su condición de vencido.

Respecto al recurso del Dr. ... (fs. 548 y vta.), el profesional cuestiona que se haya diferido la regulación de sus honorarios, cuando al haber sido tasado el inmueble objeto de litigio (tasación de fs. 280/290), ya se cuentan con pautas para ello.

En relación a este agravio, independientemente de lo que se decida en la instancia de origen sobre la validez o no de la cesión de honorarios de fs. 506/507, considero que habiendo pautas para proceder a su regulación (tasación de fs. 280/289, 310/320), no corresponde diferir la misma.

Por lo tanto, habrá de hacerse lugar al recurso articulado por el Dr. ... y deberá procederse en la instancia de grado a regular sus honorarios profesionales, con la salvedad mencionada en el párrafo anterior.

IV.- Por todo lo expuesto, es que corresponde rechazar la apelación interpuesta por el demandado en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios, con costas a su cargo; y hacer lugar a la apelación de honorarios del Dr. ..., debiendo en la instancia de grado proceder a su regulación.

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.- Rechazar el recurso interpuesto por el demandado, confirmándose en consecuencia la sentencia dictada a fs. 535/541 vta. en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Hacer lugar a la apelación de honorarios del Dr. ..., debiendo en la instancia de grado proceder a su regulación, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"QUERCI NATALIA PAOLA Y OTRO C/ CERNA ISIDRO MARCELO S/ INCIDENTE DE APELACIÓN DE MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 503114/2014) – Interlocutoria: 384/15 – Fecha: 29/09/2015

DERECHO PROCESAL: MEDIDA CAUTELAR.

DAÑOS Y PERJUICIOS. EMBARGO PREVENTIVO. CONTRACAUTELA. CAUCION JURATORIA. CAUCION REAL. DISIDENCIA.

1.- Resulta suficiente que la contracautela de los actores consista en prestar caución juratoria. Así, pues, atendiendo a los efectos que el art. 356 inc. 1° del CPCyC atribuye al silencio de la parte -omitió contestar la demanda-, y aún cuando por la omisión señalada no queda consagrada automáticamente la verosimilitud del derecho de los actores, y considerando los términos del responde del otro co demandado (...) todo ello en relación al carácter por el que son perseguidos y vinculaciones que les atribuyen los actores (...), se encuentran acreditada de manera suficiente la probabilidad de éxito de los últimos, situación que habilita mitigar la carga de la caución. (Del voto del Dr. MEDORI, en mayoría).

2.- Resulta adecuada como contracautela la exigencia de caución real para trabar el embargo. Ello así, pues si bien la caución no implica desconocer el beneficio provisional que prescribe el art. 83 del Código Procesal, pero éste sólo alcanza a la eximición del pago de impuestos y sellados de actuación. [...] Por lo tanto, teniendo en cuenta el estadio en que se encuentra el presente proceso, como así el grado de verosimilitud del derecho, sin perjuicio de la posibilidad de ampliar oportunamente la medida decretada, entiendo ajustado a derecho la medida en la forma decretada en la instancia de grado, por lo que propiciare su confirmación. (Del voto del Dr. GHISINI, en minoría).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 29 de septiembre de 2015
Y VISTOS:
En acuerdo estos autos caratulados: "QUERCI NATALIA PAOLA Y OTRO C/ CERNA

ISIDRO MARCELO S/ INCIDENTE DE APELACIÓN DE MEDIDA CAUTELAR", (E/A: 503114/14), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL 3 a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,

El Dr. Ghisini, dijo:

I.- Vienen estos autos a estudio del Cuerpo en mérito al recurso de apelación en subsidio interpuesto a fs. 4/7 por las actoras contra el decisorio del 13 de febrero de 2015 (fs. 3 y vta.), que otorga el embargo por un monto inferior al solicitado, previo otorgamiento de caución real de aquellos.

Indica que, si bien constituye una tribución del juzgador la modificación del monto de embargo, consideran que el a-quo ha adoptado un criterio restrictivo en demasía, acotando el monto a poco más del 10% del reclamado en la demanda.

Sostienen, que el a-quo ha omitido considerar que en el caso de autos son dos los actores y tres las personas que reclaman que se les reconozcan los daños causados por la muerte de Cuello. Por otra parte, señala que siendo tres los demandados como responsables del fallecimiento del joven nombrado, podría requerirse el pago total de la eventual condena a cualquiera de ellos.

Manifiesta que, el requisito de caución previa, no corresponde en el caso en función de que los actores son personas de muy bajos recursos económicos a los que se les ha concedido provisoriamente el beneficio de litigar sin gastos, por lo que la contracautela real de $120.000, resulta de cumplimiento imposible para su parte.

II.- Analizada la cuestión se adelanta que el recurso no ha de prosperar.

En efecto: el artículo 200 del Código Procesal establece, al hablar de la exención de la contracautela, que: "no se exigirá caución si quien obtuvo la medida:..2° Actuare con beneficio de litigar sin gastos". Es decir, que el accionante debe encontrarse actualmente imposibilitado y dicho impedimento debe haber sido reconocido por un acto jurisdiccional.

Al respecto esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse (PI 2008-T°I-F°185/187) diciendo que:

"La carencia de recursos no es obstáculo para obtener la medida precautoria toda vez que en esos casos se puede eximir al solicitante de la caución...ello es así siempre que haya una resolución que le acuerde el beneficio de litigar sin gastos..."

Y también ha dicho que: "El solicitante del beneficio de litigar sin gastos no está eximido de rendir contracautela al pedir la traba de la medida precautoria. Es que la caución como requisito de admisibilidad de las cautelares, concreta el principio de igualdad, ya que contrarresta la ausencia de contradicción inicial, asegurando al actor un derecho aún no actuado, y al demandado la efectividad del resarcimiento de los daños si aquel derecho no existiera o no llegare a actualizarse, manteniendo así el Juez el equilibrio que debe buscar en la protección de los intereses de ambas partes".

Por otra parte se debe tener en cuenta que la dificultad argumentada por el requirente para afrontar la contracautela exigida, puede superarse con la garantía de terceros (art. 199 CPCC) o en su caso con la obtención del beneficio de litigar sin gastos.

Cabe agregar que lo antes señalado no implica desconocer el beneficio provisional que prescribe el art. 83 del Código Procesal, pero éste sólo alcanza a la eximición del pago de impuestos y sellados de actuación.

En cuanto al monto por el que prospera el embargo, diré que el juez, en función de lo dispuesto por el art. 204 del CPCyC, tiene las facultades para acordar una medida distinta a la peticionada o limitarla en forma adecuada a la naturaleza del derecho a proteger.

Por lo tanto, teniendo en cuenta el estadio en que se encuentra el presente proceso, como así el grado de verosimilitud del derecho, sin perjuicio de la posibilidad de ampliar oportunamente la medida decretada, entiendo ajustado a derecho la medida en la forma decretada en la instancia de grado, por lo que propiciare su confirmación.

Por lo expuesto, se ha de confirmar el auto de fs. 3 y vta. en lo que ha sido materia de recurso y agravios, sin costas de Alzada por tratarse de una cuestión suscitada con el juzgado y no mediar intervención de la contraria.

El Dr. Medori, dijo:

I.- Habré de disentir parcialmente con el vocal del primer voto y a propiciar que a los fines del embargo preventivo decretado se tenga por suficiente contracautela la caución juratoria de los actores, atendiendo a las circunstancias del caso y estado del trámite de la causa, y en particular, la incontestación de la demanda por parte del accionado titular del bien al que se dirige la medida (conf. arts. 199, 209, 212 inc. 1° y 356 inc. 1° del CPCyC).

II.- Que la finalidad o fundamento del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución definitiva que debe recaer en otro proceso, señalando que sus recaudos de fundabilidad son la prueba de la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la contracautela suficiente, y a su respecto, mediante la reforma al art. 195 del CPCyC, el legislador local ha introducido un cambio novedoso en las normas generales aplicables a todas las medidas, otorgando relevancia al último, cuando establece que debe ser prestada la garantía para cubrir los daños y perjuicios y las costas en caso de haberse pedido la tutela sin derecho, y agrega sobre las dos primeras: "el escrito deberá expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, las disposiciones de la ley en que se funde y el cumplimiento de los requisitos que correspondan en particular a la medida requerida".

La ley, entonces, faculta al juez a que sopese o equilibre las exigencias que hacen procedente la protección, de tal forma de que imponga, en su caso, una mayor carga en la caución en proporción a la menor certeza en los otros dos recaudos.

En orden la critica contenida en el memorial, cabe atender que el demandado al que afecta la medida no se hallaba rebelde al momento del dictado de la resolución apelada (conf. 66/67), tal lo que surge de las actuaciones principales que tengo a la vista ("QUERCI NATALIA PAOLA Y OTRO C/ MENDEZ RAUL ANTONIO Y OTROS S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES -CON LESION O MUERTE -Exte. 503114/2014), habiéndose comprobado que omitió contestar la demanda.

De todas formas, atendiendo a los efectos que el art. 356 inc. 1° del CPCyC atribuye al silencio de la parte, y aún cuando por la omisión señalada no queda consagrada automáticamente la verosimilitud del derecho de los actores, y considerando los términos del responde del otro co demandado (fs. 72/76) todo ello en relación al carácter por el que son perseguidos y vinculaciones que les atribuyen los actores (fs. 34/46), se encuentran acreditada de manera suficiente la probabilidad de éxito de los últimos, situación que habilita mitigar la carga de la caución.

III.- Como anticipara, en orden al plexo fáctico y jurídico descripto, estimo que el recurso de apelación debe prosperar parcialmente, debiéndose revocar la resolución de grado en punto a la caución real exigida, teniendo por suficiente la juratoria de los actores; sin costas atento tratarse de una cuestión suscitada con el tribunal (art. 68, 2da. Parte del CPCyC).

Existiendo disidencia parcial en los votos que anteceden, se integra Sala con el Dr. Jorge Pascuarelli, quien manifiesta:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto del Dr. Medori, adhiero al mismo.

Por todo ello, la SALA III POR MAYORIA,

RESUELVE:

1.- Revocar parcialmente la resolución dictada el 13 de febrero de 2015 en punto a la caución real exigida, teniendo por suficiente la juratoria de los actores, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran el presente pronunciamiento.

2.- Sin costas, atento tratarse de una cuestión suscitada con el tribunal (art. 68 2° parte del C.P.C.C.).

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr. Jorge Pascuarelli

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"RIFFO ROSA ESTHER C/ GALICIA SEGUROS S.A."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 23313/2015) – Interlocutoria: 412/15 – Fecha: 01/10/2015

DERECHO PROCESAL: MEDIDA CAUTELAR.

CUENTAS BANCARIAS. EMBARGO. OFICIO. BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA.

Corresponde admitir la solicitud de embargo sobre fondos depositados en cuentas bancarias mediante oficio dirigido al Banco Central de la República Argentina (B.C.R.A.). Ello, en atención a la existencia del trámite en la página Web del Banco Central (http://www.bcra.gov.ar/index.asp), como consecuencia de la nueva carta orgánica del BCRA (ley 26739 del 06/04/12) y que bajo el título (en margen izquierdo) "oficios judiciales", brinda instrucciones para acceder a tal mecanismo. Así, la propia institución ha delineado su propio camino para acceder a una medida como la solicitada por el ejecutante, y sin otras obligaciones distintas a las referidas en la normativa citada informa la medida al sistema a través de una Comunicación "D", la cual es de carácter reservado y se dirigen exclusivamente a las entidades financieras, quienes son las que, en definitiva, proceden a trabar la medida.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 01 de octubre de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "RIFFO ROSA ESTHER C/ GALICIA SEGUROS S.A.", (Expte. INC Nº 23313/2015), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 2 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante, Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

I.- Contra la providencia dictada a fs. 4 que rechaza la diligencia de embargo sobre fondos depositados en cuentas bancarias mediante oficio dirigido al Banco Central, el ejecutante interpone recurso de revocatoria con apelación en subsidio a fs. 6/7 vta., rechazándose el primero y concediéndose el de apelación.

Se agravia por el rechazo afirmando que nada impide que se solicite la traba del embargo al Banco Central, conforme las constancias que en copia simple acompaña y que extrajo de la página web correspondiente a la entidad bancaria señalada.

Establece que el mecanismo peticionado se encuentra dispuesto dentro de los medios del Banco, el que se informa a través de la Circular D, siendo de carácter reservado y protectorio del secreto bancario. Cita jurisprudencia de esta Cámara en tal sentido.

II.- Entrando al estudio de la cuestión planteada, esta Cámara ha tenido oportunidad de pronunciarse en autos: "Arriaga Burgos Alberto c/ Aseguradora Federal Argentina s/ incidente embargo preventivo" (Inc. Nº 23269/2015) y "Tarjeta Cuyanas S.A. c/ Matas Maximiliano Damian s/ Prep. Vía Ejecutiva" (Inc. 63054/2014), admitiendo que la traba del embargo a entidades bancarias se efectivice a través de la diligencia al Banco Central.

Ello, en atención a la existencia del trámite en la página Web del Banco Central (http://www.bcra.gov.ar/index.asp), como consecuencia de la nueva carta orgánica del BCRA (ley 26739 del 06/04/12) y que bajo el título (en margen izquierdo) "oficios judiciales", brinda instrucciones para acceder a tal mecanismo.

Así, la propia institución ha delineado su propio camino para acceder a una medida como la solicitada por el ejecutante, y sin otras obligaciones distintas a las referidas en la normativa citada informa la medida al sistema a través de una Comunicación "D", la cual es de carácter reservado y se dirigen exclusivamente a las entidades financieras, quienes son las que, en definitiva, proceden a trabar la medida.

En función de lo señalado y con los alcances establecido por el BCRA y fundamentalmente los resaltados por nuestra parte, consideramos que corresponde hacer lugar al recurso del actor, revocándose el auto de fs. 4, ordenándose en la instancia de grado la medida solicitada a través del oficio al Banco Central de la República Argentina.

Las costas se impondrán por su orden, por resultar una cuestión suscitada entre la parte y el juzgado y no medió intervención de la contraria.

Por ello esta Sala III

RESUELVE:

1.- Revocar el auto de fs. 4., disponiéndose que la instancia de grado se ordene la medida solicitada a través del oficio al Banco Central de la República Argentina, de conformidad con los Considerandos de la presente.

2.- Costas de alzada por su orden, atento los motivos expresados (art. 71 C.P.C.C.).

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"JUKI SACIFIYA C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ INC. ART.533 (E/A: 487983/12)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 929/2015) – Interlocutoria: 413/15 – Fecha: 13/10/2015

DERECHO PROCESAL: MEDIDA CAUTELAR.

EMPLEADO MUNICIPAL. EMBARGO DE HABERES. FALTA DE CUMPLIMIENTO. BIENES EN PODER DE UN TERCERO. OBLIGACIONES DEL TERCERO. RESPONSABILIDAD. INCIDENTE. RECHAZO DE LA CAUTELAR.

Cabe confirmar el proveido que deniega dentro del incidente promovido en los términos del art. 533, 2do.ap. del C.P.C.y C. el embargo solicitado contra la Municipalidad de Plottier por no haber cumplido con la retención ordenada en los principales sobre los haberes del dependiente. Ello es así, pues, si bien podría tenerse por cierto que la Municipalidad fue debidamente informada de que debía proceder al embargo de haberes, no se advierte que el incumplimiento al que alude el actor al inicio del presente incidente se encuentre mínimamente acreditado en orden a la responsabilidad de la parte demanda. Asimismo, y fundamentalmente tomando en consideración el objeto de toda cautelar, el monto reclamado y que la demandada es un Municipio, no se ha evidenciado que exista peligro en la demora, atento a que

no es razonable suponer que, frente a una eventual condena, aquel pueda evadir su responsabilidad patrimonial.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 13 de octubre del año 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "JUKI SACIFIYA C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ INC. ART. 533 (E/A: 487983/12)" (Expte. INC Nº 929/2015) venidos en apelación del JUZGADO JUICIOS EJECUTIVOS 2 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Federico GIGENA BASOMBRIO, por apartamiento del Dr. Fernando Marcelo Ghisini, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

Viene la presente causa a estudio, en virtud del recurso articulado subsidiariamente por la incidentista a fs. 17 y vta., contra el proveído de fs. 16. en cuanto deniega el embargo preventivo solicitado por su parte, contra la Municipalidad de Plottier.

Los agravios formulados reúnen mínimamente los requisitos que exige el art. 265 del ritual, no obstante lo cual procederemos a su tratamiento.

En el caso, se promueve incidente en los términos del art. 533, 2do.ap. del CPCyC contra el referido Municipio por no haber cumplido con la retención ordenada en los principales sobre los haberes de su dependiente, solicitándose embargo preventivo sobre las cuentas cajas de ahorro, plazos fijos y por cualquier concepto que posea en el Banco de la Provincia del Neuquén.

Como se anticipara, en la instancia de grado se desestima la medida atendiendo a lo dispuesto por el art. 155 de la Constitución Provincial.

Abordando la cuestión traída a entendimiento, cabe señalar en forma liminar que la invocación de oficio de la norma constitucional por parte del juez no resulta pertinente toda vez que, tratándose de una excepción al principio general de la responsabilidad por obligaciones contraídas, la invocación del privilegio que goza el Estado debe ser introducida por éste en el momento procesal oportuno, precisamente en orden a su naturaleza restrictiva.

De todas formas, en el caso, no se encuentran reunidos los recaudos de procedibilidad de la medida cautelar tal como lo estipulan los arts. 195 s.s. y c.c. del CPCyC, conforme doctrina y jurisprudencia de esta Cámara, respecto a la acreditación de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, cuyo análisis debe ser más riguroso cuando se pretende embargar sumas de dinero.

En punto a tales requisitos, si bien podría tenerse por cierto que la Municipalidad fue debidamente informada de que debía proceder al embargo de haberes, no se advierte que el incumplimiento al que alude el actor al inicio del presente incidente se encuentre mínimamente acreditado en orden a la responsabilidad de la parte demanda.

Asimismo, y fundamentalmente tomando en consideración el objeto de toda cautelar, el monto reclamado y que la demandada es un Municipio, no se ha evidenciado que exista peligro en la demora, atento a que no es razonable suponer que, frente a una eventual condena, aquel pueda evadir su responsabilidad patrimonial.

Por las consideraciones expuestas, ausencia de los requisitos que hacen viable la medida, el recurso habrá de ser desestimado, confirmándose la resolución apelada.

Sin costas de Alzada por tratarse de una cuestión suscitada con el juzgado y no mediar intervención de la contraria.

Por lo expuesto, esta SALA III

SE RESUELVE:

1.- Confirmar el auto de fs. 16, en lo que ha sido materia de recurso y agravios.

2.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

**"BANCO HIPOTECARIO S.A C/ TERAN DORA S/ EJECUCION HIPOTECARIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 502038/2013) – Sentencia: 157/15 – Fecha: 13/10/2015

DERECHO PROCESAL: Actos procesales.

SENTENCIA. NULIDAD DE SENTENCIA. APERTURA A PRUEBA. PRUEBA INFORMATIVA. DERECHO DE DEFENSA.

> Debe ser anulada la sentencia de grado que al rechazar las excepciones de litispendencia y de pago parcial, manda llevar adelante la ejecución, toda vez que corresponde disponer la apertura a prueba de la causa con el objeto de diligenciar la prueba informativa ofrecida por la parte demandada. Ello es así, ya que si bien la habilidad del título no se encuentra controvertida, si lo está la existencia y exigibilidad del crédito, dado que se denuncia un trámite procesal vigente y promovido con antelación a esta ejecución (radicado en el Juzgado Civil N° 1), tendiente a readecuar el monto de la deuda como así también el dictado de una medida cautelar que determinó el importe de la cuota mensual que los aquí ejecutados tenían que abonar, en el marco del mutuo que se ha garantizado con la hipoteca que se ejecuta en autos. [...] De otro modo estamos cercenando indebidamente el derecho de defensa de los ejecutados.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 13 de octubre de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BANCO HIPOTECARIO S.A C/ TERAN DORA S/ EJECUCION HIPOTECARIA", (Expte. N° 502038/2013), venidos en apelación del JUZGADO JUICIOS EJECUTIVOS Nro. 3 a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 63/66, que rechaza las excepciones de litispendencia y de pago parcial, y manda llevar adelante la ejecución, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia por entender que la sentencia apelada viola su derecho de defensa en juicio.

Señala que la a quo no abrió la causa a prueba, pese a haberse opuesto excepciones y que, al contestar el traslado de las excepciones, la actora también ofreció prueba.

Dice que el expediente sobre reajuste de prestación, ofrecido como prueba, en trámite por ante el Juzgado Civil n° 1, contiene una medida cautelar vigente que ordena la suspensión de los pagos al banco acreedor y, además, los recibos de los pagos realizados a la hoy ejecutante.

Afirma que se trata de una prueba de sencilla producción, y que consiste en un instrumento público por emanar del mismo Poder Judicial.

Concluye que de acuerdo con las constancias del expediente civil, la deuda que se ejecuta no era ni exigible ni líquida al momento de iniciarse la ejecución, por lo que la excepción de inhabilidad de título debió prosperar.

Formula queja por el rechazo de la excepción de litispendencia. Agrega que es evidente el acaecimiento del escándalo jurídico, pues la sentencia apelada modifica la resolución cautelar del juez civil que ordena la suspensión de los pagos, desde el momento que ordena llevar adelante la ejecución y pagar todo, aún lo indebido, puesto que la pericia obrante en la causa civil determina exactamente el importe que eventualmente se debería a la demandada.

Sigue diciendo que estamos en presencia de un juicio ordinario anterior, y que la sentencia de autos produce coas juzgada formal, en tanto que la sentencia que recaerá en el juicio civil ha de producir cosa juzgada material.

Afirma que la improcedencia de la discusión sobre la causa no es una regla absoluta.

Considera que existe en autos un exceso de rigor formal.

Manifiesta que la regla que limita el examen del título a sus formas extrínsecas no puede llevarse al extremo de admitir una condena fundada en una deuda inexistente. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Subsidiariamente se agravia por la tasa de interés fijada por la a quo.

Sostiene que no estamos en presencia de una deuda comercial, sino de carácter social.

Solicita también en forma subsidiaria que se suspenda el trámite ejecutivo hasta que recaiga sentencia definitiva en el juicio ordinario por reajuste de prestación. Peticiona también la acumulación de ese juicio al que tramita en sede civil.

Finalmente se agravia por la imposición de las costas procesales, entendiendo que la a quo no ha merituado las particularidades de esta causa.

b) La ejecutante contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 77/79.

En primer lugar, denuncia que el memorial de su contraria no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Luego afirma que la apertura a prueba en un juicio ejecutivo desnaturaliza el proceso, siendo, por otra parte, inconducente la prueba ofrecida porque excede lo vinculado a las formas extrínsecas del título, y pretende adentrarse en aspectos causales de la obligación.

Manifiesta que la litispendencia sólo puede prosperar cuando se funda en la existencia de otro juicio, en este caso ejecutivo, no concluido entre las mismas partes y en virtud del mismo título. Agrega que la litispendencia por conexidad en el juicio hipotecario debe ser evaluada muy estrictamente por el sentenciante.

Concluye que en autos la defensa no resulta procedente por tratarse de un juicio ejecutivo y un juicio ordinario.

Con referencia a la excepción de pago parcial, el código exige que éste debe resultar de los propios documentos acompañados, y estar referido en forma clara y concreta a la deuda que se ejecuta, y ello se encuentra ausente en autos.

Defiende la imposición de costas al vencido.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación formulado por la parte demandada, considero que el memorial que fundamenta su recurso se adecua a los términos del art. 265 del CPCyC, por cuanto se señala y critica fundadamente cuales son los puntos del resolutorio de grado con los cuales no se acuerda.

III.- Luego, y analizadas las constancias de la causa y los planteos de las partes no cabe sino concluir en que el fallo de grado debe ser anulado.

Esta Sala II siempre ha tenido un criterio estricto respecto a la apertura a prueba en los juicios ejecutivos, en el entendimiento que tratándose de procesos abreviados y expeditos, aquella tiene carácter excepcional (cfr. autos "Orejas c/ Speranza Cassino", expte. n° 452.817/2011, P.S. 2013-III, n° 94, entre otros).

Pero la apertura a prueba de las excepciones se encuentra prevista en el CPCYC (art. 549), en tanto que la estrictez del análisis no puede llevar a desconocer circunstancias que aconsejan la producción de la prueba ofrecida, conforme sucede en autos.

La jurisprudencia ha sostenido que la apertura a prueba del juicio ejecutivo resulta procedente si en la causa existen elementos que ponen en duda la habilidad del título (cfr. Cám. Apel. Civ. y Com. Necochea, "Dr. V. s/ recurso de apelación", 10/6/2014, LL on line AR/JUR/27342/2014).

En el presente caso, si bien la habilidad del título no se encuentra controvertida, si lo está la existencia y exigibilidad del crédito, dado que se denuncia un trámite procesal vigente y promovido con antelación a esta ejecución, tendiente a readecuar el monto de la deuda como así también el dictado de una medida cautelar que determinó el importe de la cuota mensual que los aquí ejecutados tenían que abonar, en el marco del mutuo que se ha garantizado con la hipoteca que se ejecuta en autos.

Adviértase que la ejecutante no desconoce la existencia de este proceso, como tampoco podría desconocer –por tratarse de la misma persona jurídica- las alternativas de dicho trámite, por lo que, por razones de buena fe, debió expedirse concretamente sobre el mismo y no limitar su defensa a cuestiones procesales.

En estos términos, el planteo de la ejecutada abre dudas fundadas respecto de la procedencia de la ejecución conforme fue planteada por la actora, que habilitan, a mi juicio, la apertura a prueba de la causa como paso previo ineludible al dictado de la sentencia. De otro modo estamos cercenando indebidamente el derecho de defensa de los ejecutados.

Cabe señalar que en un supuesto similar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en juicio de ejecución fiscal que perseguía el cobro de multas, determinó que "…en tanto la demandada sostuvo –al oponer excepciones- haber promovido… sendas demandas contenciosas contra aquellas resoluciones, denunció dichos autos y ofreció la prueba pertinente, una adecuada decisión de la causa imponía considerar debidamente tal extremo, puesto que, de verificarse, determinaría la inexigibilidad de las multas…" (cfr. "Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Gervasini", 11/7/2007, Fallos 330: 3.045).

De lo dicho se sigue que corresponde nulificar el resolutorio apelado y disponer la apertura a prueba de la causa con el objeto de diligenciar la prueba informativa ofrecida por la parte demandada.

IV.- Dado lo resuelto en el apartado anterior, me encuentro eximida de analizar los restantes agravios de la apelante.

V.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de autos y nulificar la sentencia de grado, remitiendo los autos al juez que sigue en orden de intervención, a efectos que se abra la causa a prueba para el diligenciamiento de la prueba informativa ofrecida por la demandada, y se dicte una nueva sentencia.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la ejecutante perdidosa (art. 68, CPCyC), difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, ésta Sala II

RESUELVE:

I.- Nulificar la sentencia de grado, remitiendo los autos al juez que sigue en orden de intervención, a efectos que se abra la causa a prueba para el diligenciamiento de la prueba informativa ofrecida por la demandada, y se dicte una nueva sentencia.

II.- Imponer las costas de Alzada a la ejecutante perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Diferir la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin (Art. 15, Ley arancelaria).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA

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

**"T. R. E. C/ C. G. S/ FILIACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 249156/2000) – Sentencia: 159/15 – Fecha: 13/10/2015

DERECHO DE FAMILIA: Filiación.

PRUEBA DE FILIACION. PRUEBA DE HISTOCOMPATIBILIDAD. NEGATIVA. PRESUNCIONES.

1.- Cabe confirmar la sentencia que hace lugar a la demanda de filiación. Ello es así, pues, al responder la demanda en momento alguno cuestionó la procedencia del examen de ADN peticionado por la actora y mucho menos argumentó que ello invadiera su privacidad o constituyera una declaración en su contra. Pero de las constancias de la causa resulta clara su evidente negativa a realizarse el análisis de referencia, y por cierto que fueron varios los intentos para que compareciera ante el organismo pertinente sin que ello diera resultado. [...] Ante la negativa, la conducta procesal seguida apreciada en función de los términos en que contestara la demanda y las declaraciones testimoniales, entiendo que acreditan la procedencia de la pretensión. (Del voto del Dr. GIGENA BASOMBRIO).

2.- Adhiero a la opinión y solución propuestas por el señor Vocal que me precede en orden de votación. Agrego que el art. 579 del Código Civil y Comercial de la Nación determina que la negativa a la aportación de material genético para la producción de la prueba genética constituye indicio grave contrario a la posición del renuente, por lo que el legislador ha persistido en las consecuencias a otorgar a la negativa a la realización del estudio de A.D.N., agravando la calificación del indicio (ahora es grave), justamente por los intereses no sólo individuales, sino también sociales, que se encuentran comprometidos en el derecho a la identidad de las personas. (Del voto de la Dra. CLERICI).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 13 de Octubre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "T. R. E. C/ C. G. S/ FILIACION", (Expte. Nº 249156/2000), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 4 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 282/290 hace lugar a la demanda de filiación, y en consecuencia, declara que la menor A. A. T. es hija de G. O. C., con costas.

La decisión es apelada por la demandada en los términos que resultan del escrito de fs. 301/307, cuyo traslado fue contestado a fs. 309/311.

A fs. 313 el Sr. Fiscal propicia se confirme la sentencia, y en el mismo sentido se expide la Defensora del Niño a fs. 315.

Sostiene el quejoso que la presunción del artículo 4 de la ley 23.511 establece un indicio y no una presunción legal tasada, señalando que la cita jurisprudencial mencionada en la sentencia no resulta de aplicación al caso en análisis ya que en el precedente se encontraba acreditada la relación de noviazgo y convivencia, lo que no ocurre en autos.
Afirma que existió una deficiente valoración de la prueba testimonial y señala que la negativa a realizar la prueba no es suficiente como para fundar una sentencia favorable al reclamante ya que se trata de una presunción y nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.
II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, considero que la sentencia cuestionada resulta ajustada a derecho.
Tal como sostuviéramos hace unos años, en un precedente de esta Sala II del 22 de marzo del 2.011:
En primer lugar y adelantando que la suerte del recurso será adversa, no es posible perder de vista que este tipo de procesos, que hasta hace pocos años resultaban el clásico ejemplo de la prueba difícil o diabólica, con una actividad probatoria muy dificultosa, en los que en la mayoría de los casos era complicado alcanzar certeza, en la actualidad y debido al avance de la ciencia, la prueba técnica resulta determinante y el resto del material probatorio, francamente está en camino de ser prácticamente innecesario.
A lo dicho concurren dos valores que actualmente –al margen de la importancia que le atribuya cada uno- aparecen fundamentales: la duración de los procesos, y la importancia del derecho a la identidad.
Luego, y con respecto a la valoración de su negativa a la extracción de sangre debo decir que efectivamente el artículo 4º de la ley 23.511 impone que la negativa a la realización de la prueba es un indicio en contra de lo alegado por quien se niega.
Señala la norma: "Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia. La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente."
Al contestar la demanda el accionado señala: "…Respecto de la prueba biológica ofrecida, esta parte se reserva el derecho de sometimiento o denegación de la producción de la misma para el momento procesal pertinente…", y nada dice acerca de su estado de salud, el cual, siendo tan delicado como dan cuenta los certificados, no resulta verosímil que al momento de contestar demanda no lo hubiera sabido.
Valorando la circunstancia alegada respecto a la situación de estrés que le provocaría comparecer tanto a la absolución como a la extracción de sangre, tampoco encuentro que ello resulte atendible pues bajo esa circunstancia directamente debería habérsele impedido a la actora promover la acción y notificar las distintas instancias procesales, pues lo que el cardiólogo señala es que el actor debe evitar situaciones que le generen stress psicofísico y lo cierto es que los procesos de estas características, en la mayoría de las ocasiones generan estrés.
Volviendo a la cuestión del indicio, señala Devis Echandía en su obra "Teoría general de la prueba judicial": "La voz latina indicium es una derivación de indicere, que significa indicar, hacer conocer algo. Esta función la cumple el indicio en virtud de la relación lógica que exista entre el hecho indicador y el hecho indicado, es decir, sin que medie ninguna representación de éste… De acuerdo con esto entendemos por indicio un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos" ("Teoría General de la Prueba Judicial" Hernando Devis Echandía-Tomo II-pág. 601Zavalía Editor-1974)
Continúa el autor: "En virtud de ese argumento probatorio que suministra el hecho indicador, el juez infiere con mayor o menor seguridad, es decir, como algo cierto o simplemente probable, la existencia o inexistencia del hecho que investiga: esa inferencia se conoce como presunción judicial que es diferente del argumento probatorio, que le sirve de causa… el indicio suministra un argumento y la parte o el juez deducen de él un argumento, siempre que el hecho consienta y el hombre realice dicha construcción…"
"Indicio puede ser cualquier hecho… siempre que de él sea posible obtener un argumento probatorio, fuerte o débil, pleno o incompleto, para llegar al conocimiento de otro hecho que es objeto de la prueba, mediante una operación

lógica-crítica…" (pág. 602).

El autor citado adopta la postura de que los indicios son medios de prueba, precisando que el hecho de que el hecho indiciario sea objeto de prueba no excluye su condición de medio de prueba respecto al hecho indicado, agregando que el juez nunca percibe el hecho que constituye su objeto, sino, hechos que a través de una operación mental se relacionan con aquél.

Asimismo los indicios admiten clasificaciones anteriores o concomitantes al hecho desconocido; necesarios o contingentes y estos últimos a su vez en graves, leves, próximos o remotos; de modo tal que el indicio derivado de la negativa a la extracción de sangre es posible caracterizarlo como un indicio grave del hecho indicado.

Esta circunstancia es puesta de relieve en el voto del Dr. Pettigani en el antecedente de la SCBA: "… Hoy es posible afirmar que el juicio de filiación resulta netamente de corte pericial (Verruno, Luis; Hass, Emilio y Raimondi, Eduardo, "La filiación. El H.L.A., los jueces, los abogados y la ciencia", La Ley, 1990-A, 799). Aun cuando la prueba de la filiación denominada Human Lynphocite Antigen (H.L.A.) no obliga a los jueces, que son soberanos en la ponderación de la prueba, para prescindir de ella se requiere cuanto menos que se le opongan otros elementos no menos convincentes (C.S.J.N. in re "Recurso de hecho deducido por N. N. D., en representación de su hijo menor E. J. D. en la causa 'D., N. N. c. C., E. J.'", del 1/IX/1987, consid. 12, Fallos 310:1699).

a. Se ha dicho que "en nuestros días dos pruebas biológicas constituyen el centro de atención científica: las basadas en el diagnóstico inmunogenético (conocido como sistema del H.L.A.) y las de huellas genéticas que, a través del procedimiento de la electroforesis, se hace de segmentos o secuencias del ácido desoxirribonucleico (o tipificación del A.D.N.). La primera consiste en la determinación de los antígenos humanos leucocitarios (H.L.A.) en los linfocitos de la sangre... La segunda parte del descubrimiento de que en el A.D.N. existen pequeñas secuencias de nucleótidos dispersos en los cromosomas que constituyen cadenas de tamaño extremadamente variable, ... secuencias o bandas que constituyen una suerte de huella genética; cada persona hereda un 50% del material genético del padre y el otro 50% de la madre... El análisis consiste, pues, en comparar el patrón de bandas presente en el hijo con el patrón de bandas de cada uno de los progenitores... La posibilidad de que dos individuos sin vínculo biológico entre sí compartan un mismo patrón de bandas es menor a la relación de 1 a 100.000.000.000" (Zannoni, Eduardo, "Identidad personal y pruebas biológicas", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, Nro. 13, págs. 163/164).

Así, si bien para llevar adelante la primera de las pruebas mencionadas es preciso obtener una muestra de sangre del potencial padre del menor; para llevar adelante la segunda de ellas basta con una muestra de su epidermis, cabello o mucosa salival. Y el hisopado bucal otorga una certeza equivalente a la que proporciona el estudio que se realiza en sangre (conf. Chieri, Primarosa - Zannoni, Eduardo, "Prueba de A.D.N.", 2ª edic. actualiz. y ampliada, Astrea, Bs. As., 2001, pág. 231).

El reconocimiento de la eficacia de las pruebas basadas tanto en el sistema H.L.A. como en el A.D.N. para la determinación positiva de la paternidad se ha consolidado en los últimos veinte años; no se trata de una evidencia más, es una prueba segura, aceptada ya por toda la comunidad científica nacional e internacional, es un método principal y autosuficiente que aporta datos con una certeza casi absoluta sobre el vínculo filiatorio de los individuos respecto de quienes se emplea, sin dejar librado dicho resultado a la duda (conf. Bosch, Alejandro -h.-, "La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas", La Ley, 2003-B, 1116).

En efecto, el índice de exclusión de paternidad es sin dudas del 100%, y el de inclusión es aproximado a la certeza, del 99,98% (Verruno, Luis; Hass, Emilio y Raimondi, Eduardo, "La filiación. El H.L.A., los jueces, los abogados y la ciencia", La Ley, 1990-A, 799; Leonardo, Danilo A., "El A.D.N. puede colaborar con la administración de justicia", La Ley, 1990-A, 934). Incluso en algunos países, como en el caso de Colombia, tales porcentajes han sido plasmados en la normativa aplicable a la materia (conf. ley 721 del 24/XII/2001, cit. por Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, "La identidad en serio: Sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación", Revista Derecho de Familia, marzo/abril 2006, pág. 73 y citas). Frente a estos porcentajes de probabilidad en la determinación del emplazamiento filiatorio de un individuo, parece hoy irrazonable prescindir de los beneficios que la ciencia (biología, genética) aporta en una materia tan cara a los intereses de la sociedad.

Tal vez el ámbito de actuación del magistrado, ante esta realidad científica, y en consonancia con la señalada doctrina del Tribunal cimero, deba reducirse a constatar o asegurar la legalidad del procedimiento e idoneidad de los partícipes en la referida experticia. "El magistrado podría prescindir del informe técnico si descubre defectos en su realización, alteraciones en las muestras, anomalías en los sueros testigos, deficiencias técnicas de laboratorio, errores en los cálculos, inadecuada interpretación de los datos, etc.; en suma, variadas imperfecciones intrínsecas de la pericia realizada" (Grosman, Cecilia, "Valoración de las pruebas biológicas en los procesos de filiación" La Ley, 1988-II-b. Por otro lado, estos avances científicos otorgan un grado de certeza inimaginable hasta hace poco tiempo atrás. Es por esta razón que los métodos tradicionales, las presunciones, las pruebas tendientes a acreditar la relación al tiempo de la concepción se debilitarán frente al adelanto que la ciencia proporciona (Méndez Costa, M.J., "Importancia de los criterios tradicionales en la prueba de la filiación extramatrimonial", La Ley, 1992-B, 465).

Si las conclusiones de una pericia biológica arrojan un índice de paternidad probada superior al 99,98%, resulta en cierta medida ocioso pretender indagar acerca de otras circunstancias de las que en todo caso, podrían derivar sólo presunciones hominis (conf. Zannoni, Eduardo, "Identidad personal y pruebas biológicas", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, Nro. 13, pág. 167). La pluralidad de concúbitos ya resulta ineficiente ante la contundencia del resultado de la prueba biológica (H.L.A. y A.D.N.). El aporte técnico científico elimina la arbitrariedad. Ya no es posible pretender ampararse en una presunción para reconocer una situación difusa -en relación con la norma del art. 4º, ley 23.511- (conf. Bosch, Alejandro F. -H.-, "La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas", La Ley, 2003-B, 1119). El sistema de indicios o presunciones no se corresponde con los avances científicos, pues tal esquema era válido cuando la ciencia no tenía respuestas, y no ahora en que con los estudios se puede lograr la certeza absoluta (conf. Mizrahi, Mauricio, "La compulsión en la ejecución de la prueba genética para determinar la identidad de origen", El Derecho, 206-851).

La presunción que se deriva del indicio constituido por la negativa infundada del demandado a someterse a la prueba biológica (art. 4º, ley 23.511), ciertamente perdería su propósito, quedaría descontextualizada (conf. Mendonca, Daniel, "Presunciones", Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante, 1998, nº 21-I, págs. 94/95) y debería ceder -habida cuenta su carácter instrumental en pos de posibilitar el proceso decisorio o limar ciertas situaciones de incertidumbre- frente a la efectiva posibilidad de obtener verdaderos elementos de juicio genuinos a favor o en contra de la concreta determinación de la filiación de origen de un individuo, cuestión sustancial, procurándose así evitar que por su intermedio puedan obtenerse soluciones inadmisibles o erradas." (G., A.N. C. S., R. J. LL On Line AR/JUR/67478/2009 16-12-2009).

En el caso de la negativa a la extracción de sangre consagrada como indicio, contra lo afirmado por quien se niega, es posible señalar que del hecho conocido –negativa a la extracción- es posible realizar la inferencia de presumir en contra de lo que manifestó el demandado y en esa senda atribuir la paternidad reclamada, tal como lo decidiera la instancia de grado, pues, no es posible perder de vista que ello se hizo valorando la postura del demandado a contestar y el resto de la prueba.

Por otra parte, con respecto a la desprolija cita de jurisprudencia en la que el demandado pretende asentar sus afirmaciones se puede colegir que se trata de fallos que se han dictado hace ya algunos años los cuales a la luz del desarrollo que han tenido este tipo de pruebas para la determinación de la filiación, resulta difícil trasladar sin más esas conclusiones; lo cierto es que en la actualidad se encuentran cada vez más voces a favor de la misma tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional.

Pues bien, aplicando los conceptos que en relación al tema ha sentado esta Sala, considero que las argumentaciones vertidas por el quejoso resultan inadmisibles.

En primer lugar, se destaca que al responder la demanda en momento alguno cuestionó la procedencia del examen de ADN peticionado por la actora y mucho menos argumentó que ello invadiera su privacidad o constituyera una declaración en su contra.

Pero de las constancias de la causa resulta clara su evidente negativa a realizarse el análisis de referencia, y por cierto que fueron varios los intentos para que compareciera ante el organismo pertinente sin que ello diera resultado.

La manifestación que ahora se formula en la expresión de agravios en el sentido que no fue debidamente notificado carece de todo asidero en las constancias del proceso, y en todo caso debió plantearlo en su oportunidad y no como pretende ahora en forma extemporánea.

Por otro lado si su intención fuera de realizarse el análisis, que por las razones que fuera no pudo hacer con anterioridad, lo hubiera planteado en la expresión de agravios, lo que no se realizó y por el contrario queda claro que no va a aceptar su realización.

Ante la negativa, la conducta procesal seguida apreciada en función de los términos en que contestara la demanda y las declaraciones testimoniales, entiendo que acreditan la procedencia de la pretensión.

Destaco, en cuanto a las declaraciones testimoniales que el testigo Pastoriza reconoce que se conocieron en un boliche y que siempre se juntaban en grupo si bien no vio que tuvieran relación sentimental, con lo cual está reconocida la existencia de una relación que al menos tuvo varios encuentros, toda vez que señaló que siempre se juntaban en grupo.

En cuanto a las manifestaciones de Delgado González, es clara acerca de la intimidad entre las partes ya que relata con precisión la existencia de un encuentro o salida en Villa Pehuenia.

III.- Por todo ello, propongo se confirme la sentencia apelada en todas sus partes, con costas a la demandada vencida, debiendo regularse los honorarios en base a lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 1.594.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Adhiero a la opinión y solución propuestas por el señor Vocal que me precede en orden de votación.

Agrego que el art. 579 del Código Civil y Comercial de la Nación determina que la negativa a la aportación de material genético para la producción de la prueba genética constituye indicio grave contrario a la posición del renuente, por lo que el legislador ha persistido en las consecuencias a otorgar a la negativa a la realización del estudio de A.D.N., agravando la calificación del indicio (ahora es grave), justamente por los intereses no sólo individuales, sino también sociales, que se encuentran comprometidos en el derecho a la identidad de las personas.

II.- Si bien en autos existe prueba que abona el indicio contrario a la postura del demandado, por lo que él se corrobora con las constancias de la causa, conforme se indica en el voto que antecede, entiendo pertinente aclarar que adhiero a la opinión de quienes postulan que el indicio en contra del renuente constituye una presunción idónea por sí sola para el progreso de la demanda, a menos que resulte desvirtuada por prueba en contrario (por ejemplo, esterilidad absoluta, alejamiento físico de los posibles padres en la época de la concepción).

Conforme lo postulan Cecilia Grosman y Carlos Arianna ("Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial", LL 1992-B, pág. 1.193), la actitud renuente del demandado produce una inversión de la carga de la prueba, asimilándose la hipótesis a una confesión ficta que constituye plena prueba en ausencia de otros elementos que la contradigan: "Frente al riesgo de que la conducta negativa del demandado convierta en ilusoria la posibilidad de acreditar la filiación, debe valorarse la actitud de obstrucción que impide llegar a la determinación de la verdad biológica como un reconocimiento de los hechos aducidos en la demanda, salvo prueba en contrario, aún cuando no hubiese ningún otro elemento de comprobación de la filiación alegada".

Es que, como lo afirma Marisa Herrera, con cita de jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, no es razonable suponer que quién de buena fe entiende no ser el padre del hijo que se le atribuye, se niegue a la demostración fehaciente de ese extremo; sólo el afán de frustrar la prueba de su paternidad puede inducir al demandado a negarse a la prueba biológica (cfr. aut. cit., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", dirig. por Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. III, pág. 603).

Con la aclaración antedicha, que no importa disidencia porque como ya lo he señalado existe en autos prueba corroborante, adhiero al voto de mi colega de Sala.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 282/290 en todas sus partes, con costas a la demandada vencida.

II.- Regular los honorarios profesionales de los Dres. ...z –por la actora- y ... –por el demandado- en el 30% de los estipendios determinados en la primera instancia (art. artículo 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

**"PETRACCA JOSE ALBERTO C/ INDALO S. A. Y OTRO S/ D. Y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESION)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 472234/2012) – Sentencia: 160/15 – Fecha: 13/10/2015

DAÑOS Y PERJUICIOS. Accidente tránsito.

COLISION ENTRE COLECTIVO Y AUTOMOVIL. BOCACALLE CON SEMAFORO.

Cabe confirmar la condena por los daños y perjuicios derivados del accidente de tránsito, toda vez que no encuentro controvertidos los hechos expuestos en la sentencia, de manera tal que tengo por sucedido que el colectivo cruzó con luz roja y el automotor, que circulaba por la calle Belgrano, lo hizo estando la luz amarilla del semáforo funcionando en forma intermitente. En tal sentido, y dada la gravedad de la falta cometida por el conductor del colectivo de no respetar la señal luminosa, ninguna duda puede caber acerca de su total responsabilidad en el hecho dada la manifiesta imprudencia en que incurrió.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 13 de octubre de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "PETRACCA JOSE ALBERTO C/ INDALO S. A. Y OTRO S/ D. Y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESION)", (Expte. Nº 472234/2012), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 4 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 245/251 hace lugar a la demanda, y en consecuencia, condena a Indalo S.A. a abonar la suma de $37.337 con más sus intereses y las costas del juicio.

La decisión es apelada por la demandada en los términos que resultan del escrito de fs. 258/260, y cuyo traslado fue respondido a fs. 262/263.

Sostiene el quejoso que, si bien, la sentencia reconoce la intervención de un tercero en el accidente considera que no es responsable del hecho, sin tener en cuenta que el automotor cruzó la intersección con semáforo con luz amarilla intermitente, por lo que debía circular con precaución conforme las disposiciones de la Ley de tránsito que cita.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, señalo que los agravios no prosperarán.

En efecto, no encuentro controvertidos los hechos expuestos en la sentencia, de manera tal que tengo por sucedido que el colectivo cruzó con luz roja y el automotor, que circulaba por la calle Belgrano, lo hizo estando la luz amarilla del semáforo funcionando en forma intermitente.

En tal sentido, y dada la gravedad de la falta cometida por el conductor del colectivo de no respetar la señal luminosa, ninguna duda puede caber acerca de su total responsabilidad en el hecho dada la manifiesta imprudencia en que incurrió.

Ello sin perjuicio de señalar que, frente a la víctima, resulta irrelevante la mecánica del hecho siendo solidariamente responsables ante ella.

Pero tal como señalé y dada la entidad de la falta y lo expresamente dispuesto por la Ley de tránsito, en el sentido que debió respetar la luz roja y si esta era intermitente igual debía detenerse, es que estimo adecuado que la responsabilidad sea del causante del hecho, sin que se advierta que se haya acreditado la culpa de un tercero.

III.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia apelada, con costas de Alzada a la demandada. Los honorarios se diferirán para su oportunidad.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 245/251, con costas de Alzada a la demandada, difiriéndose la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (art. 68 del CPCyC, art. 15 de la ley 1594).

II.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES – SECRETARIA

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

**"VANNICOLA EDUARDO DANIEL C/ IBAÑEZ DANIEL ALFREDO Y OTRO S/ DETERMINACION DE HONORARIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial - Sala II – (Expte.: 449727/2011) – Sentencia: 161/15 – Fecha: 15/10/2015

DERECHO CIVIL: INTERESES.

CORREDOR INMOBILIARIO. HONORARIOS. INTERESES MORATORIOS. CONSTITUCION EN MORA. DEUDA EN MONEDA EXTRANJERA. TASA DE INTERES. TASA PASIVA.

1.- [...] tal como surge del art. 509 citado, el acreedor debía interpelar a sus deudores para constituirlos en mora. El actor ha acompañado con su demanda una carta documento dirigida a los demandados, intimando la cancelación de la obligación, pero al contestar la demanda los accionados negaron la recepción de la misiva, no habiéndose acreditado que esta comunicación haya ingresado efectivamente en la esfera de conocimiento de sus destinatarios, por lo que no puede ser tenida en cuenta a efectos de la constitución en mora. No existiendo en autos otro elemento que permita conocer cuando se produjo la interpelación a los deudores –si es que ésta se

produjo antes de la interposición de la demanda-, debe estarse como momento de la constitución en mora a la fecha de notificación de la demanda de autos: 25 de junio de 2012. Consecuentemente los intereses moratorios corren a partir de ese momento

2.- Conforme se ha determinado en el precedente de esta Sala II que cita el apelante (autos "Candelero c/ Zurich Interna. Life Ltd Suc. Arg.", expte. n° 313.314/2005, P.S. 2011-II, n° 42), "toda vez que al mantenerse la paridad con la moneda extranjera se elimina el componente inflacionario de nuestra economía que se pretende neutralizar mediante la aplicación de la tasa activa. Consecuentemente para el capital a abonar en moneda extranjera o su equivalente en pesos a la fecha de cancelación, los intereses se liquidarán de acuerdo con la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén S.A.".

**Texto completo:**

NEUQUEN, 15 de Octubre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "VANNICOLA EDUARDO DANIEL C/ IBAÑEZ DANIEL ALFREDO Y OTRO S/ DETERMINACION DE HONORARIOS", (Expte. Nº 449727/2011), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 3 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 369/376, que hace lugar a la demanda, determinando los honorarios correspondientes al actor en la suma de U$S 20.000, restando abonar la suma de U$S 17.000, pago que deberá hacerse en moneda de curso legal con más sus intereses, imponiendo las costas del proceso a los vencidos.

a) Los recurrentes sostienen que la relación jurídica entablada entre las partes encuadra en una típica relación de consumo.

Dice que los litigantes se vincularon a raíz del ofrecimiento en alquiler/venta de un local comercial efectuado por el actor, conforme se acreditó con las publicaciones del diario Río Negro del mes de febrero de 2010.

Sigue diciendo que el actor –corredor y martillero público- es sujeto pasivo obligado a dar cumplimiento al estatuto del consumo, toda vez que publicitó sus servicios, quedando así excluido de la excepción prevista por el art. 2 de la Ley 24.240.

Señala que el a quo desestimó este encuadramiento, por considerar que el actor como profesional independiente queda excluido de la Ley 24.240, por lo que peticiona se encuadre correctamente la relación jurídica de autos.

Luego, formula agravio respecto de los intereses, cuestionando el momento a partir del cual se ordenó la liquidación y la tasa aplicable.

Sostiene que la obligación de abonar los honorarios al actor careció de plazo para su cumplimiento, siendo la sentencia dictada la que fija el monto a abonar y el plazo para su pago. Agrega que los demandados nunca fueron constituidos en mora, ni intimados a abonar, judicial ni extrajudicialmente, la suma de U$S 17.000, por lo que entienden que no deben ser condenados al pago de intereses moratorios.

Afirma que el crédito del actor nace con la sentencia. Señala que de los recibos acompañados a autos surge que en cada uno de ellos el actor indicaba un saldo a abonar, pero no precisó nunca plazo para abonar ese saldo.

Pone de manifiesto que la carta documento remitida por el actor intima a los demandados para que dentro de las 48 horas de recibida la comunicación, concurran a acordar el monto y cancelar sus obligaciones, bajo apercibimiento de promover las acciones legales tendientes a la fijación judicial de la comisión y ejecución de su importe.

Agrega que el libelo de demanda transita por el mismo carril. Destaca que el actor optó por la vía del art. 509 del Código Civil, acumulando las acciones de determinación del monto de honorarios y la consiguiente fijación judicial del plazo para el pago.

Subsidiariamente se agravia por la tasa de interés impuesta, en atención a que el capital de condena ha sido fijado en moneda extranjera.

Considera lesivo del derecho de propiedad de su parte, confiscatorio y que causa lesión patrimonial a los demandados, soportar el pago de los intereses aplicando la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, la que ronda un 30% anual. Cita jurisprudencia de esta Sala II.

También formula queja por la imposición de las costas procesales.

Dice que su parte se vió obligada a articular una excepción de pago, acogida en la sentencia por el a quo.

Entiende que, por otra parte, se encuentra probado las variaciones de conducta del actor, en tanto que su parte actuó de buena fe, exhibiendo la instrumental necesaria para poder reconstruir los hechos sucedidos.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 410/411.

Señala que la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor no fue planteado como un agravio, por lo que entiende que carece de efecto a los fines de la resolución del recurso.

Sin perjuicio de ello, considera que la sentencia ha hecho un correcto encuadramiento jurídico de la relación habida entre las partes.

En relación a la fecha de la mora, dice que los demandados, de acuerdo con los recibos acompañados, conocían la existencia de la deuda y la obligación de pago.

Agrega que, no habiéndose acordado un plazo, los intereses se adeudan desde la fecha en que se generó la obligación, por lo que es acertado que, existiendo pagos parciales, la fecha de la mora sea la del último pago realizado.

Sigue diciendo que los demandados fueron intimados al pago por carta documento.

En cuanto a la tasa de interés, solicita que la Cámara resuelva conforme su criterio dado que la obligación fue fijada en dólares estadounidenses.

Finalmente y en lo que refiere a las costas, defiende lo decidido en la sentencia apelada, afirmando que los demandados no se allanaron a la demanda, sino que solicitaron su rechazo.

II.- Los demandados no cuestionan la condena al pago de los honorarios, ni su monto, sino solamente la fecha de la mora, la tasa de interés y la imposición de las costas procesales.

En primer lugar, no se advierte que la inclusión o no de la relación jurídica habida entre las partes en la Ley de Defensa del Consumidor sea de utilidad para la resolución de los agravios planteados por la apelante, por lo que esta Cámara de Apelaciones no está obligada a tratar el tema.

La sentencia de grado excluye de la Ley 24.240 a la contratación que existió entre las partes, pero tal decisión lo fue a efectos de desestimar la defensa de los demandados referida a que el actor debió informar clara y exactamente en torno a sus servicios y los costos de éstos; cuestión que se vincula con el monto de los honorarios determinados, extremo firme y consentido por las partes (mas aún, la demandada ha pagado el monto de condena, fs. 388).

Por ende, no ha de tratarse la petición de encuadramiento legal de la relación jurídica de autos por inconducente para la resolución del recurso de apelación.

III.- Sentado lo anterior, el a quo fija la fecha de mora el día del otorgamiento del último recibo de pago (10 de febrero de 2011). No estoy de acuerdo con esta decisión.

Conforme surge de las constancias de autos, y se señala expresamente en el resolutorio apelado, las partes nada han pactado por escrito respecto al tiempo en que debía hacerse el pago.

El art. 618 del Código Civil establece que: Si no estuviese determinado en el acto por el que se ha constituido la obligación, el día en que debe hacerse la entrega del dinero el juez señalará el tiempo en que el deudor deba hacerlo…".

Por su parte, el art. 509 del mismo Código determina que "…Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora…".

El primero de los artículos citados refiere a la exigibilidad del pago, que no es igual que la mora. En autos, la exigibilidad del pago fue reconocida por los mismos demandados al abonar los importes a cuenta que surgen de los recibos de fs. 322/329.

Ahora bien, la mora, que es lo que aquí nos ocupa, en nuestro sistema jurídico (aspecto que no ha sido alterado por el Código Civil y Comercial) no es el mero incumplimiento material de la obligación, sino que es una omisión de cumplimiento cualificada por determinadas circunstancias. Conforme lo enseña Jorge Joaquín Llambías, el incumplimiento material del deudor sólo es jurídicamente relevante si promedia su estado de mora (cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho Civil – Obligaciones", Ed. AbeledoPerrot, 2012, T. I, pág. 99).

Ramón D. Pizarro sostiene que la configuración de la situación jurídica de mora requiere de algo más que un retraso imputable al deudor, que no quite la posibilidad del cumplimiento tardío. Es preciso que el deudor quede constituido en mora; constitución que puede operar por un acto del acreedor (interpelación), o automáticamente, por el mero transcurso del tiempo (cfr. aut. cit., "La mora del deudor en el proyecto de código", LL 2012-E, pág. 872).

En autos, el plazo para la cancelación de los honorarios profesionales del actor no estuvo expresamente pactado, lo que descarta la existencia de mora automática. Esto nos coloca ante la necesidad de determinar si se trata de un plazo indeterminado propiamente dicho, o de un plazo tácito. La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (integrada a la época de la sentencia por los Dres. Abelleyra, Llambías y Borda) sostuvo que para diferenciar un supuesto del otro había que estar a la voluntad de las partes y determinar si lo que ellas efectivamente quisieron fue integrar el convenio con una decisión judicial relativa al momento preciso en que la obligación debía cumplirse (plazo indeterminado propiamente dicho), o, simplemente, diferir los efectos hacia el futuro, sin tener en cuenta intervención judicial alguna (plazo indeterminado tácito) –sentencia del 28 de febrero de 1963 (ED 5, pág. 754)-.

Entiendo que en autos nos encontramos ante el segundo supuesto –plazo indeterminado tácito-, ya que más allá de la inexistencia de cláusulas escritas, va de suyo, por el origen de la obligación, que nunca fue intención de las partes someter a la judicatura la fijación del plazo de cumplimiento de la obligación. Intención que, por otra parte, también ha sido reconocida por los accionados al efectuar los pagos a cuenta a los que ya me he referido.

De todos modos, siguiendo el criterio de Ramón Pizarro y Carlos Vallespinos, en caso de duda se debe considerar el plazo como indeterminado tácito, ya que ello es lo que mejor responde a la dinámica negocial moderna y, por lo general también, a la voluntad de las partes (cfr. aut. cit., "Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones", Ed. Hammurabi, 2007, T. 2, pág. 539).

Por ende, y tal como surge del art. 509 citado, el acreedor debía interpelar a sus deudores para constituirlos en mora.

El actor ha acompañado con su demanda una carta documento dirigida a los demandados, intimando la cancelación de la obligación, pero al contestar la demanda los accionados negaron la recepción de la misiva, no habiéndose acreditado que esta comunicación haya ingresado efectivamente en la esfera de conocimiento de sus destinatarios, por lo que no puede ser tenida en cuenta a efectos de la constitución en mora.

No existiendo en autos otro elemento que permita conocer cuando se produjo la interpelación a los deudores –si es que ésta se produjo antes de la interposición de la demanda-, debe estarse como momento de la constitución en mora a la fecha de notificación de la demanda de autos: 25 de junio de 2012 (fs. 62 vta. y 64 vta.).

Consecuentemente los intereses moratorios corren a partir de ese momento: 25 de junio de 2012.

IV.- En lo que respecta a la tasa de interés, asiste razón al recurrente.

Conforme se ha determinado en el precedente de esta Sala II que cita el apelante (autos "Candelero c/ Zurich Interna. Life Ltd Suc. Arg.", expte. n° 313.314/2005, P.S. 2011-II, n° 42), "toda vez que al mantenerse la paridad con la moneda extranjera se elimina el componente inflacionario de nuestra economía que se pretende neutralizar mediante la aplicación de la tasa activa.

Consecuentemente para el capital a abonar en moneda extranjera o su equivalente en pesos a la fecha de cancelación, los intereses se liquidarán de acuerdo con la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén S.A.".

De ello se sigue que no corresponde la aplicación en el sub lite de la tasa activa, sino que los intereses moratorios entre la fecha de la mora y la del pago deben ser liquidados de acuerdo con la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén.

V.- Finalmente, y en lo que a la imposición de las costas procesales refiere, el a quo ha respetado el principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCyC) desde el momento que, más allá de los pagos parciales, que fueron descontados del capital de condena, la pretensión del actor en orden a la existencia de la obligación –extremo negado por los accionados- ha prosperado.

Por ende, ha de confirmarse la imposición de las costas determinada en el fallo de grado.

VI.- En mérito a lo antedicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte demandada y modificar, también parcialmente, el resolutorio apelado, disponiendo que la fecha de la mora es el día 25 de junio de 2012 y que los intereses moratorios se liquidarán de acuerdo con la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia, en atención al éxito obtenido, se imponen en el orden causado (art. 71, CPCyC), difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Modificar el resolutorio de fs. 369/376, disponiendo que la fecha de la mora es a el día 25 de junio de 2012 y que los intereses moratorios se liquidarán de acuerdo con la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, en atención al éxito obtenido, en el orden causado (art. 71, CPCyC), difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin (art. 15, ley 1594).

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA

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

**"MAUTI LINA C/ LOPEZ GUSTAVO GABRIEL S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 395998/2009) – Interlocutoria: 461/15 – Fecha: 13/10/2015

DERECHO PROCESAL: MEDIDA CAUTELAR.

MEDIDAS CAUTELARES. EMBARGO. JUBILACIÓN. BIENES INEMBARGABLES. JUICIO EJECUTIVO. JURISPRUDENCIA. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

1.- Corresponde confirmar la providencia que no hace lugar al embargo de los haberes jubilatorios del demandado. Ello es así, toda vez que la norma citada –art. 22

de la Ley nacional n° 22.919-, al igual que sus semejantes de distintos regímenes previsionales, establece que los haberes de retiro y de pensión para el personal militar son bienes inembargables, por lo que quedan comprendidos en la previsión del art. 219 inc. 3° del CPCyC. (Del voto de la Dra. CLEERICI).

2.- Adhiero al voto que antecede, señalando que si bien en reiteradas oportunidades me pronuncié respecto a la procedencia de los embargos sobre las jubilaciones con la limitación del porcentaje del 20%, habiendo quedado en minoría en esta Cámara, y a partir del último antecedente sobre el tema, en los autos: "ASTOUL ENRIQUE ALEJANDRO C/ GARMENDIA MIGUEL SAVERIO S/ COBRO EJECUTIVO" (Expte. n° 336.219/6; PI-2006-III-556/558- Sala II), luego de un nuevo análisis de la jurisprudencia y doctrina en esta temática, teniendo en cuenta la decisión en contrario de nuestro Tribunal Superior de Justicia en los autos caratulados: "HERNANDO CARINA S/ INCIDENTE DE EJECUCIÓN DE HONORARIOS" en autos "FREIDOS NORA MARTA c/ C.P.E s/ A.P.A." (Expte. N° 516 Año 2002) RI N° 3.493 25/11/02 (voto por mayoría) por la inembargabilidad de los haberes jubilatorios, y también de la Corte Suprema de Nación, el mismo decidió adoptar igual criterio. (Del voto del Dr. GIGENA BASOMBRIO).

**Texto completo:**

NEUQUEN, 13 de Octubre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MAUTI LINA C/ LOPEZ GUSTAVO GABRIEL S/ COBRO EJECUTIVO", (Expte. N° 395998/2009), venidos en apelación del JUZGADO JUICIOS EJECUTIVOS 2 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y, puestos los autos para resolver, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora interpone recurso de apelación contra la providencia de fs. 66, que no hace lugar al embargo de los haberes jubilatorios del demandado.

a) El recurrente señala que, conforme surge del art. 56 de la Ley n° 611 las jubilaciones y pensiones son inembargables, pero entiende que esa inembargabilidad absoluta se convierte en una protección excesiva e injusta, que resulta incompatible con los principios constitucionales de igualdad y de propiedad.

Manifiesta que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores y se conforma con todos sus bienes, créditos e ingresos, incluido su haber jubilatorio.

Dice que cuando el deudor contrae una obligación y ofrece su salario como garantía del crédito, como en el caso de autos, tal garantía debe mantenerse puesto que estos beneficios forman parte de su patrimonio, que sigue siendo la prenda común de los acreedores. De lo contrario, afirma el apelante, se crea una categoría especial de acreedores que deberán asumir conductas diferentes a las ordinarias para asegurar sus créditos.

Cita jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones.

b) La parte demandada no contesta el traslado de la expresión de agravios.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, cabe señalar que insiste la apelante en un error que ya le fue señalado por la a quo y que refiere al marco legal aplicable.

El demandado no es beneficiario de un haber de retiro por haber sido efectivo de la Policía de la Provincia, sino que es retirado de las Fuerza Armadas de la Nación (Ejército Argentino), conforme surge de fs. 47.

Por ende resulta de aplicación en autos la Ley nacional n° 22.919.La ley nacional referida, en su art. 22, determina que "los haberes de retiro, indemnizaciones y de pensión de los beneficiarios, y asimismo iguales prestaciones otorgadas de conformidad con regímenes legales anteriores, son inalienables e inembargables, cualesquiera fueren sus causas, salvo en los casos de alimentos, obligaciones a favor de la Nación o del Instituto y listisexpensas derivadas de esos juicios…".
La norma citada, al igual que sus semejantes de distintos regímenes previsionales, establece que los haberes de retiro y de pensión para el personal militar son bienes inembargables, por lo que quedan comprendidos en la previsión del art. 219 inc. 3° del CPCyC.
Si bien el actor alega una cierta contrariedad entre este precepto legal y la Constitución Nacional, aunque no plantea en forma concreta la inconstitucionalidad de la norma, cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fallado ya a favor de la constitucionalidad de este tipo de restricciones.
Así en autos "Castilla s/ ejecución" (sentencia del 24 de abril de 2003) el máximo tribunal de la Nación determinó que no es inconstitucional el art. 14 incs. b) y c) de la Ley 24.241 en cuanto dispone la inembargabilidad de los beneficios previsionales –doctrina que resulta de aplicación en autos en tanto la norma del art. 22 de la Ley 22.919 es similar a la validada por la Corte Nacional-, con fundamento en la naturaleza de los beneficios establecidos por las leyes jubilatorias, que se asemeja al derecho alimentario, puesto que ambos tienden a cubrir las primeras necesidades de los beneficiarios (cfr. Fallos 267:336; 239:429; 293:26, entre otros).
Por su parte la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala A, 12/6/1998, "Camjalli c/ Torino", DT 1999-B, pág. 2.157) resolvió que la inembargabilidad de los beneficios previsionales no resulta violatoria de la garantía de igualdad consagrada por la Constitución Nacional, ya que no coloca en situación de privilegio a un determinado sector de los habitantes del país, limitándose a proteger sus ingresos y dejando intacto el derecho de los acreedores para perseguir el cobro de sus créditos mediante la ejecución de otros bienes.
A nivel provincial, el Tribunal Superior de Justicia, en autos "Hernando s/ Inc. ejecución honorarios" (R.I. n° 3.493/2002 del registro de la Secretaría de Demandas Originarias) y en el fallo citado por la a quo sostuvo la inembargabilidad de los haberes jubilatorios.
En cuanto al fallo citado por el recurrente que pertenece a esta Sala II en anterior composición, refiere a una legislación –retiro policial provincial- con una redacción distinta a la norma nacional de aplicación, la que contempla restringidas excepciones a la inembargabilidad que consagra como regla general.
De lo dicho se sigue que no existen elementos en esta causa que permitan modificar la posición unánime de las tres Salas de esta Cámara de Apelaciones en orden a la inembargabilidad de los haberes previsionales, cuando ella está expresamente consagrada por la legislación correspondiente.
III.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la ejecutante y confirmar el decisorio apelado.
Las costas por la actuación ante la Alzada se imponen a la actora perdidosa (art. 68, CPCyC), regulando los honorarios profesionales del Dr. ..., en doble carácter por la ejecutante, en la suma de $ 870,00 de acuerdo con lo establecido por los arts. 9, 10, 15 y 40 de la Ley 1.594.
El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:
Adhiero al voto que antecede, señalando que si bien en reiteradas oportunidades me pronuncié respecto a la procedencia de los embargos sobre las jubilaciones con la limitación del porcentaje del 20%, habiendo quedado en minoría en esta Cámara, y a partir del último antecedente sobre el tema, en los autos: "ASTOUL ENRIQUE ALEJANDRO C/ GARMENDIA MIGUEL SAVERIO S/ COBRO EJECUTIVO" (Expte. n° 336.219/6; PI-2006-III-556/558- Sala II), luego de un nuevo análisis de la jurisprudencia y doctrina en esta temática, teniendo en cuenta la decisión en contrario de nuestro Tribunal Superior de Justicia en los autos caratulados: "HERNANDO CARINA S/ INCIDENTE DE EJECUCIÓN DE HONORARIOS" en autos "FREIDOS NORA MARTA c/ C.P.E s/ A.P.A." (Expte. N° 516 Año 2002) RI N° 3.493 25/11/02 (voto por mayoría) por la inembargabilidad de los haberes jubilatorios, y también de la Corte Suprema de Nación, el mismo decidió adoptar igual criterio.

Allí se expresó que la inembargabilidad por ley sobre determinados bienes es de orden público y aún cuando es cierto que debe interpretarse restrictivamente, en orden a su carácter excepcional, en tanto contraría la regla de que "el patrimonio es la prenda común de los acreedores", no lo es menos que no debe ser aprehendida como un medio para evitar el cumplimiento puntual de las obligaciones sino con fundamento en elementales sentimientos humanitarios y en el sentido de la función social en que corresponde que se desenvuelvan los derechos de índole patrimonial, y que impide que sean ejercidos como verdaderas armas contra los sujetos pasivos de la obligación (cfr. Novellino, Norberto José, "Embargo y desembargo y demás medidas cautelares", Ed. Abeledo Perrot, Tercera Edición Actualizada, pág. 204).

"En este orden, y en el caso específico de los haberes previsionales, por su propia naturaleza, razones de solidaridad y amparo de riesgo de subsis-tencia y ancianidad, aconsejan un criterio de suma estrictez para admitir excepciones a las disposiciones legales mencionadas en el inicio, vértice desde el cual, aún cuando los honorarios que aquí se ejecutan pudieran ser entendidos como un crédito de "corte alimentario", no es este el concepto ni la finalidad de la norma cuando se refiere a "Cuotas por alimentos", expresión que intrínsecamente se refiere al ámbito del derecho de familia".

"...y como ya lo señaláramos, no escapa a nuestro criterio que los casos de inembargabilidad son excepciones a la regla general consagrada por los artículos 505, 955, 961, 1196, 3474, 3797, 3922 y ccs. del Código Civil, extremo desde el cual se podría reparar en que la facultad para fijarla pertenecería al Congreso de la Nación y no a las Legislaturas Provinciales, por ser materia de fondo sustancial y, consecuentemente, reservada en forma exclusiva al Estado Nacional (conf. S.C.Mendoza, La Ley 152-499; en igual sentido C.S. Salta La Ley T. 145-404 citados por Novellino, op. cit.,pág. 236/237)." (También en PI-2004-N°166 -T°II F°300/301- Sala I).

En orden a ello, corresponde atenerse a la finalidad tuitiva de dicha norma y desestimar disquisiciones parciales no previstas por el legislador, imponiéndose el rechazo de la medida solicitada.

También se expresó en el antecedente de esta Sala que: "Sin embargo entendemos en este punto, que en tal tacha no sería subsumible el supuesto analizado, a poco que se advierta que la ley provincial no hace sino receptar en el ámbito local lo que se estatuyera en el ámbito nacional mediante las leyes 18.037 y 18.038 y que, posteriormente, fuera asimismo receptado por la ley nacional del sistema integrado de jubilaciones y pensiones 24.241, en su Capítulo IV-Artículo 14 "Caracteres de las prestaciones". Y en este sentido si bien la Corte Suprema tiene resuelto que, en principio, la igualdad ante la ley no resulta afectada por la existencia de regímenes diferentes en las distintas Cajas, en orden a los beneficios que ellas acuerdan (Fallos 250:652; 269:279, entre otros) dicho tribunal ha hecho excepción a tal regla cuando, a través de una norma contenida en un determinado régimen, se conculcan principios esenciales instituidos con carácter general en el sistema previsional argentino (Fallos 266: 299, 269:177), sosteniendo que la facultad del legislador para establecer las condiciones a las cuales debe sujetarse el otorgamiento de la jubilación debe ejercitarse dentro de límites razonables, es decir, sin alterar fundamentalmente los derechos de las personas comprendidas en los regímenes pertinentes. (cfr. SCBA, "Boese Irme", DT 1997-A-826).

"...que teniendo el sistema previsional local la misma naturaleza tuitiva y finalidad eminentemente social que el nacional, la recepción de la norma de inembargabilidad en este ámbito, lejos de ser inconstitucional, evita tal tacha, a poco que se advierta que -contraria y justamente- un tratamiento dispar vulneraría el principio de igualdad consagrado constitucionalmente".

Por lo expuesto, la jurisprudencia y doctrina citada, teniendo en cuenta la decisión de nuestro Tribunal Superior de Justicia y también de la Corte Suprema de Nación, corresponde desestimar el recurso en estudio.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Confirmar el decisorio apelado.

II.- Imponer las costas por la actuación ante la Alzada a la actora perdidosa (art. 68, CPCyC), regulando los honorarios profesionales del Dr. ... , en doble carácter por la ejecutante, en la suma de $ 870,00 de acuerdo con lo establecido por los arts. 9, 10, 15 y 40 de la 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

**"ACUDEN C/ EPAS S/ INCIDENTE DE APELACION E/A 509057/2015"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 53265/2015) – Interlocutoria: 465/15 – Fecha: 15/10/2015

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. JUSTICIA GRATUITA. ALCANCE.

Entendemos que, en la línea de sus anteriores pronunciamientos ("Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A." y "Cavalieri c/ Swiss Medical S.A."), la Corte Federal ha asumido postura, con mayor claridad, a favor de la interpretación más amplia del término "justicia gratuita", equiparándola al beneficio de litigar sin gastos. [...] Por ende, siendo conveniente en aras de la economía procesal y por el prestigio técnico y moral de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, adherir a los criterios que ella sustenta, corresponde dejar sin efecto la resolución recurrida en cuanto hace saber que el beneficio de justicia gratuita no incluye costas ni honorarios del proceso.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 15 de Octubre del año 2015
Y VISTOS:
En acuerdo estos autos caratulados: "ACUDEN C/ EPAS S/ INCIDENTE DE APELACION E/A 509057/2015", (INC Nº 53265/2015), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 5 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y,
CONSIDERANDO:
I.- Mediante el auto de fs. 29 de este cuadernillo, la magistrada de grado rechaza el recurso de revocatoria que interpuso la parte actora a fs. 22/28 vta. contra la providencia de fs. 23/24, y considera que el beneficio de justicia gratuita dispuesto por el art. 12 párrafo 2° de la ley 2268 sólo comprende únicamente la exención del pago de la tasa de justica y de la contribución al Colegio de Abogados.
Asimismo, concede la apelación planteada en subsidio.
II.- Ingresando al análisis de la cuestión y a partir de la resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 30 de diciembre de 2014, dictada en autos "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Nuevo Banco de Entre Ríos S.A." (LL, diario del 23/2/2015, pág. 11), ha quedado definitivamente zanjada la controversia en torno al alcance de la expresión "justicia gratuita" contenida en los arts. 53 y 55 de la Ley 24.240, reproducida a nivel local por la Ley 2.268 (art. 12).

En el precedente señalado, la Corte Nacional revoca parcialmente su propia sentencia, en estos términos: "….en el fallo del 11 de febrero de 2014 se omitió valorar que en el caso resultaba plenamente aplicable el art. 55, último párrafo de la Ley 24.240, en cuanto otorga a las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva el beneficio de justicia gratuita… Por ello… se deja sin efecto lo resuelto en materia de costas… disponiéndose que, en virtud de lo previsto en el artículo 55, último párrafo de la Ley 24.240, no corresponde en el caso imponer las costas a la parte vencida".

Entendemos que, en la línea de sus anteriores pronunciamientos ("Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A." y "Cavalieri c/ Swiss Medical S.A."), la Corte Federal ha asumido postura, con mayor claridad, a favor de la interpretación más amplia del término "justicia gratuita", equiparándola al beneficio de litigar sin gastos.

Esta es la interpretación que también realiza Alejandro Alberto Fiorenza, comentando este último fallo de la Corte Suprema. El autor citado señala que "No fue sino hasta el año 2008, con la reforma de la ley, que aprovecharon los legisladores nacionales para agregar un segundo párrafo y establecer, en concordancia con el art. 53, el beneficio de justicia gratuita en los supuestos de acciones judiciales iniciadas por las mencionadas asociaciones en defensa de intereses de incidencia colectiva…. Sucede, sin embargo, que como bien lo señala Vázquez Ferreyra, la técnica legislativa empleada… no fue la mejor y ello generó ciertas incertidumbres… tenemos lo relativo al alcance del beneficio de gratuidad reconocido por la Ley 24.240, y nos encontramos con dos posturas:… a) Una de tinte más restrictivo, conforme la cual dicho beneficio se limita exclusivamente a la exención de tasas, sellados de actuación y otros cargos que por lo general se abonan al inicio del procedimiento…, y b) Otra de carácter más amplio, puesto que considera que la justicia gratuita de la Ley de Defensa del Consumidor no se agota en la sola exención de la tasa de justicia y de los sellados de actuación, sino que comprende incluso a las restantes costas del proceso… Tesis –la amplia- que es seguida en la actualidad por la gran mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia nacional, incluida la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación…" (cfr. aut. cit., "Dudas y certezas en torno al criterio adoptado por la CSJN con respecto al alcance del beneficio de justicia gratuita reconocido a los consumidores", DJ, fascículo del 3/6/2015, pág. 24).

Por ende, siendo conveniente en aras de la economía procesal y por el prestigio técnico y moral de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, adherir a los criterios que ella sustenta, corresponde dejar sin efecto la resolución recurrida en cuanto hace saber que el beneficio de justicia gratuita no incluye costas ni honorarios del proceso.

Sin costas en la Alzada por tratarse de una cuestión suscitada con el Juzgado.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Dejar sin efecto la resolución de fs. 23/24 en cuanto hace saber que el beneficio de justicia gratuita no incluye costas ni honorarios del proceso.

II.- Sin costas de Alzada, por tratarse de una cuestión suscitada con el Juzgado.

II.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA

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

**"CIPRESSI MARGARITA C/ JAUREGUI VICTOR RODOLFO Y OTRO S/ EJECUCION DE HONORARIOS EA 469054"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 63168/2014) – Interlocutoria: 476/15 – Fecha: 20/10/2015

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

COSTAS. LITISCONSORCIO. SOLIDARIDAD. NATURALEZA DE LA OBLIGACION.

1.- [...] la existencia de un litisconsorcio pasivo no genera por sí la solidaridad de la obligación de los demandados de pagar las costas causídicas, sino que debe atenderse a la naturaleza de la relación jurídica sustancial.

2.- Corresponde confirmar la resolución en donde la magistrada de grado rechaza el planteo de que las costas que aquí se ejecutan sean distribuidas por cada litisconsorte. Ello es así, pues, el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio dispuesto por la a quo constituye una obligación de hacer de carácter indivisible, configurativa, y por ende, de un acto jurídico cuya concreción exige la concurrencia conjunta de todos los vendedores y no sólo de alguno de ellos para tener plena eficacia. Y justamente, esta indivisibilidad es la que habilita a que el total de la condena pueda ser reclamado por el acreedor a cualquiera de los obligados al pago, dado que los sujetos pasivos deben en forma conjunta la totalidad de las costas que les fueron impuestas, sin perjuicio de las acciones que posteriormente les correspondan recíprocamente contra el otro.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 20 de Octubre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CIPRESSI MARGARITA C/ JAUREGUI VICTOR RODOLFO Y OTRO S/ EJECUCION DE HONORARIOS E/A 469054", (INC N° 63168/2014), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 6 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y,

CONSIDERANDO:

I.- La codemandada Claudia Jáuregui apela el resolutorio de fs. 56/57, mediante el cual la magistrada de grado rechaza su planteo de que las costas que aquí se ejecutan sean distribuidas por cada litisconsorte.

Expresa sus agravios mediante el memorial de fs. 61/63 vta., cuyo traslado es contestado a fs. a fs. 65/67 vta. por la letrada ejecutante.

II.- En punto a la distribución de las costas en los casos de litisconsorcio, el art. 75 del Código Procesal determina que se distribuirán entre los litisconsortes, salvo que por la naturaleza de la obligación correspondiere la condena solidaria y siempre que tenga ese carácter la derivada de la obligación controvertida en el proceso.

Es así que la existencia de un litisconsorcio pasivo no genera por sí la solidaridad de la obligación de los demandados de pagar las costas causídicas, sino que debe atenderse a la naturaleza de la relación jurídica sustancial.

De las constancias de la causa, surge que la sentencia dictada en la causa principal N° 469054 condenó a los herederos de Rodolfo Jáuregui: Víctor Hugo, Estela Mabel Beatriz, Claudia Gabriela todos de apellido Jáuregui y Laura Luciana López Jáuregui, a que otorguen la escritura traslativa de domino del 50% indiviso de los inmuebles que allí se individualizan, e impuso las costas a cargo de los demandados, con excepción de las costas generadas por la actuación de la codemandada Laura Luciana López Jáuregui, las que se determinaron por su orden; decisión que fue confirmada por esta Sala.

Así, el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio dispuesto por la a quo constituye una obligación de hacer de carácter indivisible, configurativa, y por ende, de un acto jurídico cuya concreción exige la concurrencia conjunta de todos los vendedores y no sólo de alguno de ellos para tener plena eficacia.

Y justamente, esta indivisibilidad es la que habilita a que el total de la condena pueda ser reclamado por el acreedor a cualquiera de los obligados al pago dado, dado que los sujetos pasivos deben en forma conjunta la totalidad de las costas que les fueron impuestas, sin perjuicio de las acciones que posteriormente les correspondan recíprocamente contra el otro.

Por otro parte, no ignoramos que la condena en costas excluyó a la codemandada Laura Luciana López dada su conducta procesal, ello no obsta a otra solución que la aquí propuesta, toda vez que la indivisibilidad de la obligación principal no puede acarrear la responsabilidad por costas en las que no ha incurrido con su proceder.

III.- Por los fundamentos expuestos propiciaremos el rechazo del recurso de apelación interpuesto, y por ende, la confirmación de la resolución recurrida en cuanto fue materia de agravios, con costas en esta instancia al apelante vencido (art. 68 del Código Procesal), regulándose los honorarios de los profesionales intervinientes por la labor cumplida ante la Alzada en el 30% de lo que en se tarife la labor de Primera Instancia (art. 15 de la Ley 1594).

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar de la resolución de fs. 56/57, en cuanto fue materia de agravios.

II.- Imponer las costas en esta instancia al apelante vencido (art. 68, Código Procesal), regulándose los honorarios de los profesionales intervinientes por la labor cumplida ante la Alzada en el 30% de lo que en se tarife la labor de Primera Instancia (art. 15, Ley 1594).

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

**"R. O. R. S. C/ M. C. S/ INCIDENTE DE ELEVACION" (E/A: 71436/15)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 817/2015) – Interlocutoria: 482/15 – Fecha: 22/10/2015

DERECHO DE FAMILIA: Regimen de visitas.

MEDIDA CAUTELAR. REGIMEN DE VISITAS PROVISORIO. INFORME DEL GABINETE INTERDISCIPLINARIO. VALORACION DE LA PRUEBA. DERECHO DE COMUNICACIÓN.

Corresponde confirmar la resolución que fija un régimen de contacto provisorio entre la madre y la niña. Ello así, no encuentro cuál es el agravio que la medida dispuesta por la a quo, en forma provisional, le ocasiona al recurrente –progenitor-. El supuesto abuso sexual del cuál habría resultado víctima la hija de las partes habría sido perpetrado por la pareja de la progenitora, respecto de la cual se ha determinado la prohibición de acercamiento; persona que, además, vive en la ciudad de Sunchales,

provincia de Santa Fe, en tanto que el régimen de comunicación provisorio se ha de cumplir en la ciudad de Neuquén. No precisa tampoco el recurrente cuál es el riesgo que importa para su hija el mantenimiento del régimen de contacto dispuesto por la a quo, no surgiendo de las constancias de la causa que aquél exista. [...] Finalmente, la norma del art. 555 del Código Civil y Comercial se encuentra respetada desde el momento que habiendo denunciado el progenitor un posible riesgo para la salud psicofísica de su hija, la a quo ha adoptado las medidas de protección adecuadas, a la vez que ha fijado un régimen de comunicación con la progenitora no conviviente acorde a las circunstancias, de las que dan cuenta las constancias de la causa.

**Texto completo:**

NEUQUEN, 22 de Octubre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "R. O. R. S. C/ M. C. S/ INCIDENTE DE ELEVACION" (E/A: 71436/15)", (Expte. INC Nº 817/2015), venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 4 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y de acuerdo al orden de votación, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora interpone recurso de apelación contra la resolución de fs. 94/vta. del presente incidente, en cuanto fija un régimen de contacto provisorio entre la madre y la niña.

a) Luego de relatar lo sucedido con su hija en oportunidad de traerla a la Provincia del Neuquén para compartir con ella las vacaciones de invierno, el recurrente se agravia porque la jueza de grado no tomó personalmente la única audiencia de partes fijada, resolviendo sin conocer siquiera a los progenitores.

Dice que no se cumplió con el principio procesal de inmediatez y menos aún se respetó el derecho del niño a ser oído.

Sigue diciendo que en la audiencia celebrada en autos, los letrados de las partes consintieron que la niña sea entrevistada por el Gabinete Interdisciplinario. Señala que la profesional designada entrevistó a la mamá, al papá y finalmente a la menor, estando con ella menos de cuarenta minutos.

Advierte que la jueza de grado, sin escuchar a las partes, ni a la niña, ni tampoco contar con el informe de la Psicóloga Ceballos, fija dos días de contacto entre la madre y la menor en el Juzgado.

Cuestiona el informe de la Psicóloga Ceballos, manifestando que contradice lo dicho por la profesional tratante de la niña, como así también que en base a este informe, y sin citar a la psicóloga de la menor, la a quo resuelve el régimen de contacto provisorio.

Sostiene que la decisión que cuestiona interrumpe el tratamiento de la niña, no considera que la madre no tiene un domicilio real en Neuquén, desconociéndose el lugar donde su hija va a pernoctar con la madre.

Afirma que se ha incumplido con el segundo párrafo del art. 555 del Código Civil y Comercial.

Se queja de la afirmación de la jueza de primera instancia en cuanto sostiene que la parte actora no ha objetado el régimen propuesto, en tanto que su parte si se opuso expresamente a fs. 78 vta., segundo párrafo.

b) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 111/113 vta.

Entiende que para el progenitor actuar conforme a derecho es otorgarle la razón, ya que la jueza de grado no entrevistó a la niña para resolver la atribución de cuidado personal provisoria al padre, extremo que no fue cuestionado por éste.

Señala que la a quo ha resuelto en base a las herramientas que pone a su disposición el Poder Judicial. Destaca que fue el propio progenitor quién, en la audiencia de partes, solicitó que la niña sea entrevistada, al igual que la madre, por profesionales del Gabinete Interdisciplinario, acordándose también que, en caso que el profesional lo encontrara adecuado, podía fijarse fechas de encuentros supervisados.

Entiende que es evidente que al actor no le agradó el resultado de la intervención del gabinete.
Pone de manifiesto que la Lic. Ceballos informa, luego de entrevistar a la niña y a las partes, que considera adecuado la realización de encuentros entre la menor y su progenitora.
Dice que no se advierte que la resolución apelada impida que la niña concurra a sus tratamientos médicos en esta ciudad, hasta tanto finalice el plazo dispuesto en la cautelar. Sostiene que, como parte de los encuentros, puede la madre llevar a su hija al consultorio, si corresponde.
Reconoce que la madre no tiene domicilio en esta ciudad, por cuanto vive en la ciudad de Sunchales, provincia de Santa Fe. Sigue diciendo que actualmente se aloja en hoteles y posiblemente alquile un departamento por día, con el objeto de pernoctar con su hija.
Considera que la apelación de la parte actora tiene como único objetivo impedir el debido contacto entre una madre y su hija. Destaca que no existe riesgo alguno en el contacto de la niña con su madre, que haga aplicable la excepción del art. 555 del Código Civil y Comercial.
c) La Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente se notifica de la resolución de fs. 94/vta. a fs. 115 vta.
II.- En primer lugar, considero que la intervención de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente de fs. 115 vta. resulta suficiente a efectos del tratamiento del recurso de apelación de autos.
Ello así, porque si bien la remisión del expediente a ese organismo, lo fue a los efectos de la notificación de la resolución de fs. 94/vta., a ese momento se encontraban agregados la expresión de agravios y su refutación, por lo que no se podía ignorar el trámite de la apelación.
III.- Sentado lo anterior, y analizadas las constancias de la causa, adelanto opinión respecto a que la resolución recurrida ha de ser confirmada.
En primer lugar, he de advertir que el cuestionamiento que introduce el apelante respecto del desarrollo de la audiencia de fs. 83 resulta extemporáneo. En todo caso el planteo debió ser formulado en el mismo acto de la audiencia, y no posteriormente, cuando el resultado de las medidas acordadas en dicho acto procesal no lo satisface.
Por otra parte, el acta de la audiencia, suscripta por el progenitor y su letrada, como así también por la madre y su letrada, como por la jueza de grado y el secretario del Juzgado da cuenta que el acto se realizó con la intervención de la magistrada, siendo, entonces, manifiestamente improcedente el cuestionamiento formulado por la parte actora.
Luego, no encuentro cuál es el agravio que la medida dispuesta por la a quo, en forma provisional, le ocasiona al recurrente. El supuesto abuso sexual del cuál habría resultado víctima la hija de las partes habría sido perpetrado por la pareja de la progenitora, respecto de la cual se ha determinado la prohibición de acercamiento; persona que, además, vive en la ciudad de Sunchales, provincia de Santa F, en tanto que el régimen de comunicación provisorio se ha de cumplir en la ciudad de Neuquén.
No precisa tampoco el recurrente cuál es el riesgo que importa para su hija el mantenimiento del régimen de contacto dispuesto por la a quo, no surgiendo de las constancias de la causa que aquél exista.
Las versiones brindadas por la niña respecto del hecho supuestamente injurioso para ella, y sobre la reacción de la progenitora ante el relato de su hija, contenidas en los informes de las psicólogas –tratante y del Gabinete Interdisciplinario- son dispares, por lo que no se puede presumir con algún grado de certeza que las circunstancias hayan sucedido como lo afirma la parte actora y la psicóloga particular de la niña.
Finalmente, corresponde destacar las conclusiones de la psicóloga del Gabinete Interdisciplinario en orden a que: "La observación clínica permite inferir que la situación de autos se inscribe en el contexto de un profundo y crónico conflicto sostenido por los padres de V., quienes desde largo tiempo encuentran marcadas dificultades para priorizar los intereses y necesidades la hija por sobre su propio conflicto… En ese panorama y, expuesta recurrentemente a las dificultades entre los adultos, V. queda en un lugar simbólico de objeto… Sus dificultades alimentarias, y los problemas para la excreción sin causa orgánica aparente, podrían pensarse como una sintomatología reactiva a la exposición permanente de los conflictos entre sus padres… En relación con los aparentes criterios de A.S.I. que motivan estas actuaciones, cabe consignar que durante las entrevistas realizadas, no ha sido posible advertir indicadores clínicos que permitan inferir que V. ha estado expuesta a situaciones de esa índole. Sus recursos expresivos y emocionales le

permiten hacer un relato pormenorizado de su cotidianeidad, y a las situaciones que describe con la pareja de su madre, les atribuye una connotación que no se relaciona en ningún sentido con contenidos sexualizados… No se ponderan de las intervenciones realizadas, indicadores clínicos que posibiliten inferir la exposición de V. a situaciones de riesgo, abuso, maltrato o negligencia" (fs. 89/90 de este incidente).

No paso por alto que el recurrente ha impugnado este informe pericial, pero la queja no resulta suficiente para desvirtuar las conclusiones de la experta, ya que el cuestionamiento realizado –duración de la entrevista con la niña-, además de no encontrarse probado, no tiene entidad, por ese solo motivo, para restar valía al dictamen.

Finalmente, la norma del art. 555 del Código Civil y Comercial se encuentra respetada desde el momento que habiendo denunciado el progenitor un posible riesgo para la salud psicofísica de su hija, la a quo ha adoptado las medidas de protección adecuadas, a la vez que ha fijado un régimen de comunicación con la progenitora no conviviente acorde a las circunstancias, de las que dan cuenta las constancias de la causa.

IV.- Por lo dicho es que entiendo, como lo adelanté, que la resolución apelada debe ser confirmada, rechazándose el recurso de apelación de la parte actora, lo que así propongo al Acuerdo.

Sin perjuicio de ello ha de instarse a las partes a que asuman responsablemente los roles parentales que tienen respecto de su hija, evitando que siga siendo víctima de la conflictividad existente entre los adultos, y que, en principio, la está afectando en su salud psicofísica.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la actora perdidosa (art. 69, CPCyC), difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar la resolución de fs. 94/vta. en todo lo que ha sido materia agravios.

II.- Instar a las partes a que asuman responsablemente los roles parentales que tienen respecto de su hija, evitando que siga siendo víctima de la conflictividad existente entre los adultos, y que, en principio, la está afectando en su salud psicofísica.

III.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la actora perdidosa (art. 69, CPCyC), difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES – SECRETARIA

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

**"TABLADO FRANCISCO C/ VALLERINI SILVIA VERONICA S/ CONSIGNACION"** - 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.: 3678/2012) – Acuerdo: 41/15 – Fecha: 03/07/2015

DERECHO CIVIL: Extinción de las obligaciones.

CONSIGNACIÓN. REQUISITOS DE PROCEDENCIA. INTEGRIDAD DEL PAGO.

1.- El pago por consignación como medio extintivo de una obligación es de carácter excepcional y restrictivo, su procedencia debe obedecer a una real imposibilidad o a una razonable dificultad en pagar directamente por parte del actor consignante al acreedor demandado. El Código Civil en los artículos 758, 740, 742, 747, 759 y concordantes, establece en forma precisa, los requisitos que cabe observar para que la consignación pueda ser tenida por válida y con fuerza cancelatoria, cuya falta de concurrencia no obliga al acreedor a aceptar el pago.

2.- La primer condición es la relacionada con la personas y/o sujeto y aquí rigen, en principio, las reglas relativas a la legitimación para hacer el pago y para recibirlo. Otro de los recaudos es aquel que se vincula con el objeto y en el cual rigen los principios de identidad e integridad del pago. El primero de ellos se refiere a qué se debe pagar, en tanto el segundo apunta a cuánto hay que pagar. En relación al último de los principios aludidos [integridad], doctrinaria y jurisprudencialmente se sostiene que el pago debe ser completo, es decir que nada debe faltar, que la cantidad depositada debe contener la totalidad de los componentes del objeto debido. Ello así por cuanto, conforme lo prevé el art. 742 del Código Civil, el acreedor tiene derecho a que se le pague íntegramente la obligación y el deudor a pagarla en su totalidad, a fin de obtener su liberación, es decir que el acreedor no podría pagar sólo parte de la prestación postergando la recepción del resto (cfr. ob. cit.). Finalmente, tenemos el requisito de oportunidad, el cual se refiere al tiempo de pago y en el que resulta de aplicación el principio de puntualidad relativo a todo pago.

3.- […] toda vez que llega firme a esta Alzada la falta de liberación del deudor de su obligación de abonar en debida forma, parte del saldo del precio convenido al no otorgársele en la decisión que se revisa valor cancelatorio a la consignación de los montos correspondientes a la cuota Nro. 3 (cuyo vencimiento se produjo el 26 de mayo de 2012) y a la cuota Nro. 4 (que venció el 26 de junio de dicho año), pretendida por el demandante en su libelo introductorio, considero que hacer lugar al pago por consignación de la cuota Nro. 5 -como lo hizo el Sr. Juez de la anterior instancia- resulta desajustado a derecho por ser violatorio del principio de integridad de pago, requisito éste, cuyo cumplimiento exige la normativa que fuera analizada en el inciso precedente, para que la acción deducida en los términos pretendidos pueda tener acogida favorable. En consecuencia corresponde hacer lugar al recurso y rechazar la demanda de consignación de la cuota n° 5, por no cumplirse con la exigencia establecida de integridad del pago.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los tres (3) días del mes de Julio de 2015, la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la

II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctores María Julia Barrese y Pablo G. Furlotti, con la intervención de la Dra. Mariel Lázaro, Secretaria de Cámara, dicta sentencia en estos autos caratulados: "TABLADO FRANCISCO C/ VALLERINI SILVIA VERONICA S/ CONSIGNACION", (Expte. Nro.: 3678, Año: 2012), venidos del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería sito en Villa La Angostura de la Cuarta Circunscripción Judicial y que tramitan ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes dependiente de esta Cámara.

De acuerdo al orden de votos sorteado, el Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

I.- Contra la sentencia definitiva dictada a fs. 131/137 vta. que acoge parcialmente la acción intentada por el Sr. Francisco Tablado contra la Sra. Silvia Verónica Vallerini, al rechazar la consignación de las cuotas Nros. 3 y 4 y hacer lugar al pago por consignación de la cuota Nro. 5 –todas ellas correspondientes a la operación de compraventa inmobiliaria con hipoteca por saldo de precio realizada en fecha 22 de marzo de 2012 (cfr. copia certificada del instrumento que luce a fs. 9/12 vta.), se alzan ambas partes, interponiendo recursos de apelación a fs. 139 y 142.

Asimismo, a fs. 148, la accionada apela la imposición de costas dispuesta en la resolución interlocutoria dictada a fs. 144 y vta., ampliatoria de la sentencia definitiva.

II.- Recibidos los autos en esta Alzada y dado el trámite de rigor, el actor apelante no expresa agravios en tiempo, por lo que a fs. 166 se declara desierto el recurso incoado por dicha parte, providencia esta última firme y consentida.

A fs. 167/170, la incoada presenta la fundamentación de su impugnación, la cual no merece replica de su contraria.

III.- El quejoso en su presentación recursiva manifiesta que le causa agravio la sentencia de primera instancia en la cual el Sr. Juez rechazó los pagos por consignación de las cuotas Nro. 3 y 4 e hizo lugar a la cancelación por igual vía de la cuota Nro. 5 -todas ellas correspondientes a la venta inmobiliaria con hipoteca por saldo de precio pactada entre las partes- con fundamento en que el deudor hipotecario depositó antes del vencimiento del plazo el monto correspondiente a la cuota aludida y el acreedor guardó silencio; por considerar que dicho pronunciamiento es contradictorio, arbitrario, contrario a los principios de la lógica e incongruente.

Sostiene, a diferencia de lo concluido por el judicante, que el pago no guarda identidad debido a que el deudor estaba obligado a cancelar las cuotas pactadas en dólares estadounidenses, conforme a la cláusula séptima del contrato, y pretendió desobligarse abonando en un moneda diferente a la convenida, cuyo valor es inferior en el mercado cambiario, circunstancia ésta que vulnera el derecho de propiedad y resulta contradictoria con lo normado en los artículos 1197, 1198, 764 y 766 del Código Civil.

Indica que la accionante no ha probado que tuviera imposibilidad ajena a su parte de obtener dólares billete a fin de cancelar la operación, máxime si se tiene presente que pudo tener en su poder la moneda aludida, comprar los dólares en el mercado libre o bien, en un operación perfectamente lícita, adquirir con pesos argentinos bonos externos emitidos por el Gobierno Nacional para luego venderlos en dólares billetes para hacerse de la moneda para cumplir con su obligación.

Expresa que no se encuentra cumplido el requisito de integridad del pago, en atención a que de la decisión puesta en crisis surge la mora del deudor, toda vez que no cabe tener por consignada la cuota Nro. 5 cuando se rechazó la cancelación o pago de las cuotas Nros. 3 y 4.

Señala que el sentenciante habla de negativa injustificada de su parte, cuando ella jamás se negó a recibir los dólares comprometidos, obligados y pactados libremente, sino que su negativa consistió en no aceptar el pago de una cantidad en pesos, inferior a la que cual tiene derecho a percibir.

Cuestiona que el Sr. Juez de grado se refiera al silencio de su parte y omitiera analizar la prueba que acredita –piezas postales oportunamente acompañadas- que ratificó su voluntad de recibir la moneda pactada y que ésta era la modalidad liberatoria del accionante.

Refiere que el fallo que ataca lo coloca en una situación de incongruencia, por cuanto de acuerdo al mismo se vería obligado a iniciar el cobro por vía de ejecución hipotecaria de las cuotas Nro. 3 y 4 y admitir como cancelada la cuota Nro. 5, de la cual no tuvo disponibilidad alguna, más aún si se tiene en cuenta que no se aplicaron los intereses ni la cláusula penal prevista en el contrato.

Realiza consideraciones fácticas y jurídicas que hacen a su derecho. Cita jurisprudencia en aval de su posición.
Finalmente, critica, por elevados, los honorarios regulados por la incidencia de fs. 117/118 en la interlocutoria de fecha 26 de septiembre de 2014 (fs. 144 y vta.), ya que dichos montos no respetan los porcentajes establecidos por el art. 35 de la ley 1.594.
IV.- a) En uso de la facultades conferidas a este Tribunal como Juez del recurso, que puede ser ejercida aún de oficio, corresponde examinar si el memorial de agravios reúne los requisitos formales de habilidad exigidos por el art. 265 del Código Procesal.
En ese cometido y atendiendo a la gravedad con que el art. 266 del ordenamiento de rito sanciona las falencias del escrito recursivo, considero que habiendo expresado el recurrente mínimamente, la razón de su disconformidad con la decisión adoptada, las críticas efectuadas habilitan el análisis de la materia sometida a revisión.
Ello así, en razón de que no debe desmerecerse el escrito recursivo, si llena su finalidad, aunque lo haga con estrechez o bordeando los límites técnicos tolerables. En ese entendimiento, concluyo que el recurso en análisis debe ser examinado.
b) La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272-225, etc.), en mérito a lo cual, no seguiré al recurrente en todos y cada una de sus fundamentos sino solo en aquellos que sean conducentes para decidir el presente litigio. En otras palabras, se considerarán los hechos jurídicamente relevantes (cfr. Aragoneses Alonso "Proceso y Derecho Procesal", Aguilar, Madrid, 1960, pág. 971, párrafo 1527), o singularmente trascendentes (cfr. Calamandrei "La génesis lógica de la sentencia civil", en "Estudios sobre el proceso civil", págs. 369 y ss.).
Estimo conveniente destacar que el juzgador no posee obligación de ponderar en su sentencia todas las pruebas colectadas en la causa, sino solo aquellas que entienda, según su criterio, pertinentes y útiles para formar en su ánimo la convicción necesaria para proporcionar fundamentos suficientes a su pronunciamiento. En tal sentido, el Alto Tribunal de la Nación sostuvo que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino solo aquellas que estimen conducentes para fundar su decisión (CS, Fallos, 274:113; 280:320; entre otros), ni deben imperativamente, tratar todas las cuestiones expuestas o elementos utilizados que a su juicio no sean decisivos (Fallos, 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 308:2172; 310:267; entre muchos otros), motivo por el cual la ausencia de consideración concreta de alguna de ellas no significa falta de valoración, sino la insuficiencia de aptitud convictiva del elemento de prueba o del argumento como para hacer variar el alcance de la decisión.
V.- A) En autos no se encuentra discutido y llega firme a esta Alzada que:
1.- El contrato de compraventa inmobiliaria con garantía hipotecaria sobre saldo de precio suscripto por las partes en escritura pública Nro. 11, ante el Registro Notarial Nro. 3 de la ciudad de Villa La Angostura a cargo del escribano Pablo Esteban González, mediante el cual la Sra. Silvia Verónica Vallerini vendió al Sr. Francisco Tablado el bien individualizado como Lote Dos de la Manzana Seis que es parte de la Fracción II del Lote Pastoril Número Nueve de la Colonia Nahuel Huapi, Nomenclatura Catastral 16-20-055-7916, por un precio convenido y total de Setenta y Ocho Mil Dólares Estadounidenses, de los cuales el comprador abonó el momento de la firma de la escritura la suma Treinta y Ocho Mil Dólares Estadounidenses y se comprometió a pagar el saldo restante en cinco cuotas mensuales, iguales y consecutivas de Ocho Mil Dólares Estadounidenses, con vencimiento la primera de ellas el día 26 de abril de 2012 y las subsiguientes, cada treinta días hasta su cancelación total, venciendo en consecuencia la última cuota el día 26 de agosto de 2012.
2.- El lugar de pago convenido por las partes en el instrumento aludido, siendo éste la cuenta bancaria, Caja de Ahorro en dólares estadounidenses, abierta a nombre de la vendedora [hoy demandada] en la sucursal 234 de la ciudad de Villa La Angostura, del Banco Francés BBVA, bajo el número 578/1 o en la cuenta o domicilio que la acreedora le indique en el futuro a la parte deudora.
3.- La moneda de pago, respecto a la cual se acordó que la operación se pactaba en moneda extranjera y que la deudora [hoy actora] sólo se liberaba de su obligación efectuando los pagos correspondientes en la moneda aludida

y no en su equivalente en moneda argentina, asumiendo las partes el riesgo de contratar en dólares estadounidenses, circunstancia por la cual no estaban facultadas para invocar la teoría de la imprevisión contemplada en el art. 1198 del Código Civil.

4.- La forma en la cual debían cancelarse el saldo de precio para el supuesto en que por cualquier circunstancia ajena a la voluntad de la partes fuera imposible realizar el pago en dólares estadounidenses billetes, en relación a la cual se convino que el deudor [hoy actor] debía entregar a opción del acreedor [hoy demandada]: "a) La cantidad de Bonos Externos de la República Argentina, de cualquier serie a elección de la acreedora, que negociados en el mercado de Nueva York, Estados Unidos de América o en el Mercado de Montevideo, República Oriental del Uruguay, representen la exacta cantidad de dólares estadounidenses billetes suficientes para dar por canceladas las obligaciones incumplidas, con el alcance derivado de la mora establecida en la presente, libre de comisiones, desagio, impuestos y/o cualquier otro gasto que resulta de la adquisición de tales títulos. Si a ese momento, los Bonos Externos de la República Argentina no tuvieren cotización en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, o si estuvieren retrasados en el pago del capital y/o intereses, o si no fueren libremente exportables e importables, entonces será aplicable el tipo de cambio cotizado por un Banco que tuviera su Casa Matriz en los Estados Unidos de América y sucursal, agencia, filial o representación en la República Argentina, e informado como registrado al cierre de la operaciones del día hábil bancario y cambiario, en Nueva York o Montevideo, según el caso, inmediatamente anterior a la fecha de efectivo pago, para la compra de dólares estadounidenses con moneda de curso legal Argentina: b) La cantidad de pesos suficientes y necesarios para adquirir la cantidad de Dólares Estadounidenses que corresponda al pago que deba efectuar el Deudor. La utilización de estas opciones de conversión, que serán una alternativa de excepción ante el imposible cumplimiento de la parte deudora, será elegida exclusivamente por la parte acreedora" (tex. cláusula séptima).

5.- La falta de liberación del deudor de su obligación de abonar en debida forma parte del saldo de precio convenido, al no otorgársele en la decisión que se revisa valor cancelatorio a la consignación de los montos correspondientes a la cuota Nro. 3 -cuyo vencimiento se produjo el 26 de mayo de 2012- y de la cuota Nro. 4 -que venció el 26 de junio de dicho año- pretendida por el demandante en su libelo introductorio, extremo este que –(reitero) llega firme a esta instancia por haberse decretado la deserción del recurso de apelación intentado por la parte actora-.

B) 1.- Liminarmente, estimo necesario puntualizar que en virtud a lo normado por el art. 617 del Código Civil (modificado por el art. 11 de la ley 23.928), cuyo texto no fue modificado por la ley 25.561 (cfr. art. 5), las obligaciones pactadas en moneda extranjera con posterioridad a la pesificación deben considerarse deudas de dinero y, por lo tanto el deudor solo puede liberarse de dicha obligación mediante la entrega de la referida moneda.

En tal sentido, Trigo Represas ha expresado: "En lo que atañe a la contratación de nuevas obligaciones en moneda extranjera con posterioridad a la sanción de la ley 25.561, la misma sigue siendo válida y posible en nuestro país, atento a que, conforme el art. 5 de aquella, continúa vigente el texto del art. 617 del Código Civil, según redacción del art. 11 de la ley 23928, puesto que únicamente fueron pesificadas las deudas en moneda extranjeras ya existentes al tiempo de entrar en vigor la ley 25561, pudiéndose ocurrir en cambio perfectamente a monedas de otros países en la nuevas contrataciones que se celebren de ahí en más" (AAVV, "Obligaciones en pesos y dólares", Ed. Rubinzal Culzoni, Capítulo III: "Las obligaciones en moneda extranjera antes y después de la pesificación", pág. 39 y ss., y su citas).

Idéntica postura asumió la Sala A de la Cámara Nacional Apelaciones Comercial, que al resolver un planteo de inconstitucionalidad de las normas de emergencia que derivaron de la llamada "pesificación", sostuvo: "Sentado ello, y para introducir el tratamiento que la cuestión merece, dentro del marco adecuado, se estima necesario puntualizar que si bien por el art. 3 de la ley 25561 han sido derogados, los arts. 1, 1, 8, 9, 12 y 13 de la llamada ley de convertibilidad (ley 23918), el art. 5 de la ley 25561 ha mantenido las modificaciones introducidas en el art. 617 del Código Civil por el art. 11 de la ley de convertibilidad, con lo cual, las obligaciones constituidas en moneda extranjera continúan siendo consideradas deudas de dinero como lo fueron durante todo el período de la llamada "convertibilidad". Sigue establecido y no ha cambiado, entonces que la obligación por la que se ha constituido una

obligación de dar moneda que no sea de curso legal en la República, debe considerarse como de dar sumas de dinero" (cfr. sentencia del 31/12/2008, -Nidera S.A. c/ Sociedad Anónima Financiera Inmobiliaria Porteña- La Ley Online, AR/JUR/24683/2008).

En virtud a lo expresado, considero que en el supuesto de autos, por aplicación del art. 617 del Código Civil, el accionante se liberaba de su obligación mediante la entrega de la moneda pactada en el contrato y/o en la forma prevista en la cláusula 7ma. para el supuesto de excepción allí convenido.

2.- Ingresando al análisis de los cuestionamientos sustentados por el recurrente, es dable recordar que toda consignación como medio extintivo de la obligación es de carácter excepcional y restrictivo, toda vez que su procedencia, debe obedecer a una real imposibilidad o a una razonable dificultad en pagar directamente por parte del actor consignante al acreedor demandado.

El Código Civil en los artículos 758, 740, 742, 747, 759 y concordantes, establece en forma precisa, los requisitos que cabe observar para que la consignación pueda ser tenida por válida y con fuerza cancelatoria, cuya falta de concurrencia no obliga al acreedor a aceptar el pago.

a) La primer condición es la relacionada con la personas y/o sujeto y aquí rigen, en principio, las reglas relativas a la legitimación para hacer el pago y para recibirlo. Pueden consignar quienes tiene derecho a pagar, por tanto pueden hacerlo todos los legitimados para el pago conforme lo dispone el art. 726 del Código Civil y pueden ser demandados por consignación todos aquellos que se encuentren legitimados para recibir el pago (cfr. Parellada Carlos, en "Código Civil…", Bueres, Alberto – Highton Elena, T. 2B, pág. 130 y ss, Ed. Hammuabi).

b) Otro de los recaudos es aquel que se vincula con el objeto y en el cual rigen los principios de identidad e integridad del pago. El primero de ellos se refiere a qué se debe pagar, en tanto el segundo apunta a cuánto hay que pagar.

En relación al último de los principios aludidos [integridad], doctrinaria y jurisprudencialmente se sostiene que el pago debe ser completo, es decir que nada debe faltar, que la cantidad depositada debe contener la totalidad de los componentes del objeto debido. Ello así por cuanto, conforme lo prevé el art. 742 del Código Civil, el acreedor tiene derecho a que se le pague íntegramente la obligación y el deudor a pagarla en su totalidad, a fin de obtener su liberación, es decir que el acreedor no podría pagar sólo parte de la prestación postergando la recepción del resto (cfr. ob. cit.).

La integridad o indivisibilidad del pago presenta dos excepciones, una de ellas de carácter legal que es en los supuestos en los que la ley autoriza el pago parcial, y la otra, de de carácter convencional o por acuerdo de partes, que es la hipótesis en que los contratantes convienen la realización de pagos parciales en forma expresa o tácita.

En las obligaciones periódicas o de tracto sucesivo (v gr. alimentos, alquileres, entre otros) cada uno de los periodos constituye una obligación distinta e independiente; situación ésta que no se da cuando la obligación no posee dicha naturaleza, como lo es el supuesto de compraventa en cuotas, donde el precio constituye una única prestación, aunque aparezca fraccionada. En tal sentido se ha expresado: 'El principio de integridad funciona respecto de cada obligación, de modo que no constituye una excepción la circunstancia de que entre acreedor y deudor existan diversas deudas independientes –aún las que reconocen una causa única, pero nacen sucesivamente, a medida que transcurre el tiempo, como las deudas por alquileres, alimentos, etc.- y sólo se cancela una o alguna de ellas" (Cazeux – Trigo Represas, "Derecho de la obligaciones", 1991, T. III, pág. 157, nro. 1428; Llambías, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", 1975, T. II-B, pág. 201, nro. 1473; Boffi Boggero, "Tratado de las Obligaciones", 1977, T. IV, pág. 77, Nro. 1324; Zannoni, en "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, A.C. Beluscio (dir)- E.A. Zannoni (coord.), 1981, T. 3, pág. 500). En cambio, se ha considerado que cuando se trata de una deuda única fraccionada en cuotas, como el caso del pago del precio de una compraventa abonado en mensualidades, si están pendientes de cancelación más de una cuota vencida, forman una unidad, y no puede pagarse una cuota atrasada sin cancelar las otras (cfr. CNCiv., Sala D, 18-7-80, "Raucos de Camusio c/ Biasa S.A.", JA, 1984-IV-392)' (Parellada Carlos, en "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrina y jurisprudencial", Bueres, Alberto (dir.) – Highton Elena (coord.), T. 2B, pág. 91, Ed. Hammurabi).

c) Finalmente, tenemos el requisito de oportunidad, el cual se refiere al tiempo de pago y en el que resulta de aplicación el principio de puntualidad relativo a todo pago. El pago por consignación debe ser hecho el día de vencimiento de la obligación, o sea el deudor no debe estar en mora y si lo estuviese debe depositar el capital con más los accesorios correspondientes.

3.- Establecido lo anterior y luego de una exhaustiva lectura del contrato suscripto por las partes, se advierte que si bien los contratantes acordaron el pago del saldo de precio de la compraventa inmobiliaria en cinco cuotas iguales y consecutivas, cierto es que la obligación asumida por el comprador –pago del precio remanente- importa una deuda única fraccionada y no cinco deudas independientes.

La circunstancia apuntada, conforme a los argumentos expuestos precedentemente, me lleva a colegir que no resulta ajustado a derecho tener por cancelada una de las cuotas adeudadas cuando no se han abonado o pagado la totalidad de la cuotas restantes, toda vez que ello importaría violar el principio de integridad de pago y obligar a la parte acreedora a aceptar un pago parcial cuando esta última está debidamente facultada a rechazar la cancelación de una cuota, en el supuesto de tratarse de una deuda única, como lo es –reitero- el caso bajo análisis.

En virtud a lo expresado y toda vez que llega firme a esta Alzada la falta de liberación del deudor de su obligación de abonar en debida forma, parte del saldo del precio convenido al no otorgársele en la decisión que se revisa valor cancelatorio a la consignación de los montos correspondientes a la cuota Nro. 3 (cuyo vencimiento se produjo el 26 de mayo de 2012) y a la cuota Nro. 4 (que venció el 26 de junio de dicho año), pretendida por el demandante en su libelo introductorio, considero que hacer lugar al pago por consignación de la cuota Nro. 5 -como lo hizo el Sr. Juez de la anterior instancia- resulta desajustado a derecho por ser violatorio del principio de integridad de pago, requisito éste, cuyo cumplimiento exige la normativa que fuera analizada en el inciso precedente, para que la acción deducida en los términos pretendidos pueda tener acogida favorable.

4) En atención a los argumentos esgrimidos, cabe hacer lugar a la queja deducida y, consecuentemente, revocar la sentencia de primera instancia en lo que al punto se refiere.

VI.- Por todo lo expresado en el apartado que antecede, doctrina y jurisprudencia allí citada, corresponde revocar la decisión recurrida en aquello que ha sido materia de agravio para la parte demandada y, en consecuencia, rechazar la demanda de consignación de la cuota Nro. 5 convenida por la partes en el contrato de compraventa inmobiliaria base de la presente acción, lo que así propicio al Acuerdo.

VII.- Atento a la forma en la que propongo sea resuelto el cuestionamiento traído a consideración de este Tribunal y lo normado por el art. 279 del C.P.C. y C., cabe modificar las causídicas dispuesta en la sentencia bajo recurso e imponer la totalidad de las costas de primera instancia a cargo de la parte actora en su carácter de perdidosa, conforme el principio objetivo de la derrota (art. 68 C.P.C. y C.).

Las costas de Alzada estimo que deben ser impuestas a la actora recurrida, conforme las previsiones del art. 68 del Código Procesal.

VIII.- En atención a que en autos resulta de aplicación lo normado por la ley de honorarios profesionales 1594, modificada por ley 2933, corresponde dejar sin efecto los emolumentos regulados en la decisión que se revisa, así como también los del interlocutorio de fs. 144 y vta., y remitir los actuados al origen a fin de que, previo establecer la nueva base regulatoria, establezca los estipendios profesionales.

Respecto a los honorarios de segunda instancia cabe diferir su regulación hasta el momento en que se encuentren fijados los emolumentos en la instancia de origen.

IX.- En virtud a lo dispuesto en el apartado que antecede el tratamiento de la queja relacionada con los honorarios profesionales regulados a los letrados por su intervención en la incidencia de fs. 117/118, deviene abstracto. Así voto.

A su turno, la Dra. María Julia Barrese, dijo: por compartir los fundamentos expuestos por el vocal preopinante, adhiero a los mismos. Mi voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Revocar la decisión recurrida en aquello que ha sido materia de agravio para la parte demandada y, en consecuencia, rechazar la demanda de consignación de la cuota Nro. 5 convenida por la partes en el contrato de compraventa inmobiliaria base de la presente acción.

II.- Costas de la primera instancia a cargo de la parte actora en su carácter de perdidosa, conforme el principio objetivo de la derrota (arts. 68 C.P.C. y C. y 279 del CPCyC), como así también las de esta Alzada.

III.- Dejar sin efecto los emolumentos regulados en la decisión que se revisa, así como también los del interlocutorio de fs. 144 y vta., y remitir los actuados al origen a fin de que, previo establecer la nueva base regulatoria, establezca los estipendios profesionales (cfr. arts. 279 del CPCyC, y ley 1594 modificada por ley 2933).

IV.- Diferir la regulación de los honorarios de esta instancia hasta el momento en que se encuentren fijados los emolumentos en la instancia de origen.

V.- Declarar abstracto el tratamiento de la queja relacionada con los honorarios profesionales regulados a los letrados por su intervención en la incidencia de fs. 117/118.

VI.- Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan las actuaciones a origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Sentencias Definitivas N°: 41/2015

Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

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

**"CAMPERI VIRGINIA C/ PEMA S.R.L. S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 3835/2012) – Acuerdo: 43/15 – Fecha: 03/07/2015

DERECHO DEL TRABAJO: Ley de contrato de trabajo.

EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO. DESPIDO INDIRECTO. INJURIA LABORAL. REGISTRACION LABORAL. INDEMNIZACION AGRAVADA. PLUSPETICION INEXCUSABLE.

1.- La jornada de trabajo parcial invocada por la accionada configura un supuesto de excepción al régimen general establecido por el art. 197 de la LCT [P-1018 DJA] y ley 11.544 [P-0164 DJA], motivo por el cual es el empleador quien debe aportar elementos probatorios suficientes para sustentar su posición. Sobre todo teniendo presente que el art. 7.7 del Convenio Colectivo de Trabajo 389/04, aplicable al caso, exige la instrumentación por escrito de los contratos de trabajo a tiempo parcial. Por otro lado la empresa demandada, pese al requerimiento formulado, no acompañó en autos la totalidad de la documentación laboral requerida por la actora (punto V inciso E) del escrito de demanda), motivo por el que es de aplicación al caso sub examen lo normado en los arts. 52 y 55 de la L.C.T. [P-1018 DJA] y 38 de la Ley 921, por el cual

corresponde estar a los dichos de la demandante respecto a la extensión de la jornada de trabajo.

2.- La incorrecta registración del vínculo laboral importa un incumplimiento patronal que basta para que la ruptura dispuesta por el dependiente resulte ajustada a derecho, toda vez que se trata de un hecho que por su entidad no consciente la prosecución del vínculo, razón por la que corresponde tener por acreditado el despido en las condiciones alegadas por la accionante.

3.- Cabe poner de resalto que no obsta a esta solución el hecho de que la trabajadora no dejara transcurrir el plazo de 30 días que prescribe la ley 24013, para darse por despedida, pues el deber de buena fe que emana del art. 63 de la LCT impone la obligación de dar una correcta respuesta a la intimación del dependiente para lograr la regularización de los aspectos de la vinculación contemplados en los artículos 8 a 10 de la norma aludida. Ante el incumplimiento del pedido de registración, dicha actitud importa, al transcurrir el mínimo plazo legal, una injuria laboral y devine innecesario dejar transcurrir el plazo de 30 días que establece la normativa.

4.- Procede la indemnización prevista en la ley 25323, toda vez que, y de acuerdo a lo previsto por el art. 2 de la norma citada, el trabajador intimó por el plazo de dos días al pago de las indemnizaciones laborales (pieza postal de fecha 13/12/2011), y el empleador no abonó las mismas en el plazo aludido, cumpliéndose de ésta manera los requisitos exigidos por la norma.

5.- [ … ] En lo que hace al agravio motivado en el rechazo de plus petición inexcusable peticionado en el escrito de responde, cabe poner de resalto que la sanción procesal prevista en el art. 20 de la LCT [P-1018 DJA] debe ser juzgada con criterio restrictivo, no bastando para su procedencia que se aleguen hechos no probados, derechos que no resultan acogidos o se articulen planteos que puede considerarse infundados, toda vez que la realidad jurídica tiene múltiples facetas en atención a la variedad de hipótesis o conjeturas que puede formular la parte reclamante por haberse creído –aun sin razón- acreedora de los conceptos pretendidos, máxime si se tiene presente que la sanción sub-examen no es otra cosa que una aplicación calificada de la figura de temeridad y malicia prevista en el art. 45 del C.P.C. y C. dentro del marco del derecho laboral, mediante la cual se reputa responsable al letrado actuante del reclamo desmesurado formulado por la parte a la cual asiste en el ejercicio libre de su profesión. En estos términos, entiendo que la simple circunstancia de que la accionante reclamara el pago de rubros cuya procedencia ha sido desestimada no puede configurar base fáctica suficiente para que se aplique la sanción peticionada.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los tres (3) días del mes de Julio del año 2015, la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctores María Julia Barrese y Pablo G. Furlotti, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Mariel Lázaro, dicta sentencia en estos autos caratulados: "CAMPERI VIRGINIA C/ PEMA S.R.L. S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES", (Expte. Nro.: 3835, Año: 2012), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia de Villa La Angostura, con asiento en dicha ciudad.

De acuerdo al orden de votos sorteado, el Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

I.- Contra la sentencia de primera instancia de fecha 2 de diciembre de 2014 (fs. 117/122 vta.) que hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la Sra. Virginia Mariel Camperi contra Pema SRL, condenando a la empresa accionada al pago de la suma allí consignada con más intereses, la parte demandada interpone recurso de apelación y expresa agravios a fs. 129/153, el cual obtiene respuesta de la contraria a fs. 155/156.

II.- 1.- La incoada en su escrito recursivo, por los fundamentos que allí expone y que doy por reproducidos en este acto en honor a la brevedad, cuestiona:

a.- La acreditación de los requisitos exigidos por la legislación vigente para la configuración del despido indirecto y que se tuviese por probada la existencia de las causas o motivos –falta de regularización del vínculo laboral y pago de diferencias salariales- en que la accionante fundó la ruptura del vínculo laboral.

Sostiene que en la decisión en crisis no se tuvo en cuenta la verdadera voluntad rupturista demostrada por la actora y en consecuencia, el incumplimiento voluntario de los plazos legales otorgados para que el empleador cumpla o no las peticiones formuladas en la pieza intimatoria.

Alega que el despido dispuesto por la trabajadora resulta intempestivo y prematuro debido a que el mismo se produjo con anterioridad al vencimiento del plazo que aquella le otorgó a la patronal para el cumplimiento de su reclamo, extremo este que no fue ponderado por el judicante en el pronunciamiento atacado.

Expresa que si bien se tuvo por acreditado que la patronal guardó silencio a la intimación cursada por la trabajadora, cierto es que no se ponderó la respuesta dada por la empleadora en fecha 15 de diciembre de 2011, circunstancia esta que demuestra el cabal cumplimiento de la obligaciones por parte del principal.

Indica, luego de detallar en forma exhaustiva los hechos que a su entender la propia demandante reconoció en las misivas remitidas y en el escrito de demanda, que en autos no obran elementos de convicción suficiente como para tener por probadas la circunstancias fácticas que la trabajadora calificó como injuriosas, en los términos del art. 242 de la LCT [P-1018 DJA].

Realiza diversas consideraciones fácticas y jurídicas relacionadas con la inobservancia por parte de la reclamante del principio de conservación del vínculo laboral y del deber de buena fe.

b.- La jornada de trabajo y categoría laboral reconocida por el sentenciante en la decisión puesta en crisis.

En relación a la extensión de la jornada trabajo, expresa que lo agravia que el Sr. Juez de la instancia anterior tuviese por acreditado que la accionante cumpliera ocho horas de labor con lo dichos de los testigos que declararan en autos, toda vez que considera que los mismos resultan insuficientes debido a que si bien expresaron ser asiduos concurrentes al local comercial y haber visto a la actora trabajar en horarios de mañana, tarde y noche, cierto es que ninguno de ello pudo precisar el horario en el cual la Sra. Camperi prestaba servicios.

Agrega que la accionante en las piezas postales alegó haber laborado de lunes a viernes de 16 a 24 horas, y sábados y domingos de 8 a 16 horas, más en el escrito de demanda solo expresó que cumplía jornadas de 8 horas diarias sin precisar el horario de trabajo.

Respecto a la categoría laboral, manifiesta que lo agravia la decisión del A quo, debido a que éste tuvo por probado que la actora cumplió tareas de encargada del comercio y, como si fuera poco, asignó a dicha categoría el salario correspondiente a "Maitre principal" a fin de confeccionar la liquidación, sin tener en cuenta que la propia accionante

en sus colacionados previos al inicio de la presente acción indicó, denunció y reconoció como desarrolladas tareas exclusivamente de cajera y en tal sentido, reclamó la registración en esa categoría laboral.
Realiza diversas consideraciones fácticas y jurídicas en relación a la teoría de los actos propios, la cual a su entender resulta de aplicación al caso bajo análisis.
c.- La existencia de las diferencias salariales que se tienen por acreditadas en el pronunciamiento impugnado.
En este punto, con extensos argumentos, sostiene la inexistencia de diferencia de haberes reclamada por la actora. No obstante ello, critica que la fines del cálculo del rubro aludido, el juzgador haya tomado como base el haber correspondiente a la categoría de "Maitre principal" cuando en el decisorio tuvo por acreditado que la accionante desarrollaba tareas de cajera y encargada.
Agrega que en la liquidación practicada en la sentencia, la cual califica como arbitraria, no se tuvieron en cuenta al momento de establecerse el monto final del item bajo análisis, las sumas efectivamente percibidas por la trabajadora.
d.- La procedencia de las multas previstas en la ley 25323.
Sostiene que el sentenciante, al momento de resolver la petición de la actora no tuvo presente la conducta asumida y exteriorizada por la trabajadora en su reclamo y, menos aún, la llevada a cabo por la empresa luego del precipitado "auto despido" dispuesto por la demandante.
Agrega que en autos no se evidencia la existencia de una conducta evasiva o reticente del demandado, que autorice a dar cabida al incremento pretendido del art. 2 de la ley 25.323.
Indica, en referencia a la indemnización prevista en el art. 1 de la normativa citada, que el objetivo de la ley 25.323 es erradicar el trabajo clandestino mediante la condena pecuniaria, por lo que debe estarse a lo previsto en los art. 7, 9 y 10 de la ley 24.013 y no al criterio amplio en el cual queda comprendido todo supuesto en que esté distorsionado algún dato de la relación de empleo.
e.- El rechazo del pedido de pluspetición inexcusable realizado en oportunidad de contestar demanda y la forma en la que cual el judicante impuso las costas procesales, las que a su entender conforme el resultado de la litis deben estar a cargo del accionante.
Efectúa extensas consideraciones fácticas y jurídicas que hacen a su derecho.
Cita abundante doctrina y jurisprudencia en sustento de la posición que asume y solicita el acogimiento del recurso de apelación intentado, con expresa imposición de costas a la contraria.
2.- El accionante recurrido a su turno sostiene que la presentación recursiva no importa una critica concreta y razonada, conforme lo exige la normativa de rito, circunstancia por la cual solicita que la impugnación sea declara desierta.
Subsidiariamente, contesta los agravios intentados por el recurrente y solicita, por los fundamentos que expone y que doy por reproducidos en honor a la brevedad, el rechazo del recurso intentado por la parte demandada, con costas.
III.- A) En uso de la facultades conferidas a este Tribunal como Juez del recurso, que puede ser ejercida aún de oficio, y en virtud a lo peticionado por la parte actora, corresponde examinar si el memorial de agravios reúne los requisitos formales de habilidad exigidos por el art. 265 del Código Procesal, aplicable supletoriamente en autos (cfr. art. 54 ley 921).
En ese cometido y atendiendo a la gravedad con que el art. 266 del ordenamiento de rito sanciona las falencia del escrito recursivo, considero que habiendo expresado el recurrente las razones de su disconformidad con la decisión adoptada, las críticas efectuadas habilitan el análisis de la materia sometida a revisión.
Ello así, en razón de que no debe desmerecerse el escrito recursivo, si llena su finalidad, aunque lo haga con estrechez o bordeando los límites técnicos tolerables. En ese entendimiento, concluyo que el recurso en análisis debe ser examinado.
B) La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272-225, etc.), en mérito a lo cual no seguiré al recurrente en todos y cada una de sus fundamentos sino solo en aquellos que sean conducentes para decidir el presente litigio. En otras palabras,

se considerarán los hechos jurídicamente relevantes (cfr. Aragoneses Alonso "Proceso y Derecho Procesal", Aguilar, Madrid, 1960, pág. 971, párrafo 1527), o singularmente trascendentes (cfr. Calamandrei "La génesis lógica de la sentencia civil", en "Estudios sobre el proceso civil", págs. 369 y ss.).

Estimo conveniente destacar que el juzgador no posee obligación de ponderar en su sentencia todas las pruebas colectadas en la causa, sino solo aquellas que entienda, según su criterio, pertinentes y útiles para formar en su ánimo la convicción necesaria para proporcionar fundamentos suficientes a su pronunciamiento. En tal sentido, el Alto Tribunal de la Nación sostuvo que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino solo aquellas que estimen conducentes para fundar su decisión (CS, Fallos, 274:113; 280:320; entre otros), ni deben imperativamente, tratar todas las cuestiones expuestas o elementos utilizados que a su juicio no sean decisivos (Fallos, 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 308:2172; 310:267; entre muchos otros), motivo por el cual la ausencia de consideración concreta de alguna de ellas no significa falta de valoración sino la insuficiencia de aptitud convictiva del elemento de prueba o del argumento como para hacer variar el alcance de la decisión.

IV.- A) Liminarmente cabe poner de resalto que no ha sido materia de agravio por parte de la actora lo decidido en la instancia de origen en relación a la fecha de inicio del vinculo laboral, circunstancia esta que me permite concluir que llega firme a esta instancia que la Sra. Virginia Campari ingresó a trabajar para la incoada el 5 de enero de 2011, conforme se sostiene en el escrito de responde, y no el 28 de diciembre de 2010 como aquella lo alega en la presentación inicial.

B) En atención a la índole de los cuestionamientos traídos a consideración de este Tribunal, entiendo que en primer término cabe analizar el relacionado con la jornada laboral desarrollada por la actora durante la vigencia del vínculo laboral.

La parte demandada critica la valoración efectuada por el sentenciante de grado de la prueba testimonial rendida en autos mediante la cual concluyó que la actora laboraba ocho horas diarias y no media jornada como lo alegara en el escrito de responde.

La jornada de trabajo parcial invocada por la accionada configura un supuesto de excepción al régimen general establecido por el art. 197 de la LCT [P-1018 DJA] y ley 11.544 [P-0164 DJA], motivo por el cual es el empleador quien debe aportar elementos probatorios suficientes para sustentar su posición.

En autos, si bien de las declaraciones rendidas por los testigos que declararan a instancia de la parte actora surge en forma genérica que la actora prestaba servicios en horarios de mañana, tarde y noche, cierto es que la incoada no aportó prueba alguna tendiente a acreditar el extremo por ella aseverado, máxime teniendo presente que el art. 7.7 del Convenio Colectivo de Trabajo 389/04, aplicable al caso, exige la instrumentación por escrito de los contratos de trabajo a tiempo parcial.

Asimismo debe tenerse presente que la empresa demandada, pese al requerimiento formulado a fs. 27, no acompañó en autos la totalidad de la documentación laboral requerida por la actora en el punto V inciso E) del escrito de demanda, motivo por el cual es de aplicación al caso sub examen lo normado en los arts. 52 y 55 de la L.C.T. [P-1018 DJA] y 38 de la Ley 921, por el cual corresponde estar a los dichos de la demandante respecto a la extensión de la jornada de trabajo.

En tal sentido, la jurisprudencia desde hace años e inveteradamente sostiene: "...constituye una presunción favorable a la contraparte. Ante tal omisión se tienen como ciertos los hechos invocados en la demanda que pudieran quedar esclarecidos con la presencia del libro" (Krotoschin - Ratti, Código de Trabajo, págs. 93/94); "Habiéndose acreditado el hecho básico, esto es la causa jurídica que motiva el reclamo, se opera a favor del actor la inversión de la carga probatoria y juega la presunción iuris tantum contenida en el art. 55 de la L.C.T., habida cuenta la falta de exhibición de los libros laborales" (SCBA, L 40364 S 29-11-88 en Juba7 Sum.B13275); "Una vez acreditada la relación dependiente, la falta de libros que manda llevar la legislación laboral crea una presunción favorable a la procedencia del crédito reclamado" (CNATrab. Sala III, 19-5-73, DL 1974-299); "La obligación de llevar libros es exigible al empleador y las omisiones en que incurra sólo perjudican a él" (CNATrab. Sala I, 30-8-74, DL 1975-450)(Jurisprudencia citada por la otrora

Sala Civil de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Zapala, en autos "Retamal Miguel Angel c/ Landete Gilberto Narciso s/ Laboral y accidente" (Expte. n° 2733, F° 113, Año 2000), Acuerdo de fecha 10-4-2000).

Cabe agregar que conforme lo dispone el art. 9 in fine de la ley de Contrato de Trabajo [P- 1018 DJA], en caso de duda en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces se decidirán en el sentido más favorable al trabajador.

En virtud a lo expresado no cabe más que desestimar el agravio intentado y confirmar el pronunciamiento recurrido en este aspecto.

C) Adentrándome en el estudio de la queja relacionada con la categoría profesional asignada por el judicante en la decisión puesta en crisis, es dable poner de resalto que en oportunidad de remitir la pieza postal intimatoria de fecha 6 de diciembre de 2011, la accionante manifestó que trabajo para la demandada "…realizando tareas de cajera…" (tex.).

El extremo mencionado me permite concluir que la discordancia que exhiben las dos conductas llevadas a cabo por la demandante, estas son: por un lado reconoce haber realizado tareas de cajera y por el otro alega –en el escrito de demanda- que desarrolló tareas de cajera y encargada del resto bar propiedad de la incoada, hace aplicable al caso "la teoría de los actos propios" conforme la cual "nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con una anterior conducta deliberada y jurídicamente eficaz. Ello es así toda vez que la accionante no ha demostrado que la primer conducta vinculante llevada a cabo –esto es, la realización de tareas propias de cajera- haya sido inválida o ineficaz en si misma o ilícita o contraria a las buenas costumbres o de cumplimiento imposible, de manera que pueda ser atacada o impugnada sin que ello importe una violación a la teoría de los actos propios (cfr. Borda Alejandro "La teoría de los actos propios", Edición Abeledo Perrot)" (CNTrab. Sala VIII, agosto 14-996, -Terrasi, Verónica N c/Bairmar S.R.L.- DT 1996-B, 1774).

Cabe agregar que la denominada "teoría de los actos propios" se funda en la inadmisibilidad de una postura que contradiga una conducta anterior válidamente asumida por el litigante. Es decir, que si bien se siguió un curso de acción que más tarde la parte advirtió que no era el conveniente para sus propios intereses, no puede desdecirse vulnerando la regularidad y confiabilidad del tráfico jurídico y el principio de buena fe que debe primar en toda relación, puesto que la aplicación de dicho presupuesto trae aparejado un deber de coherencia del comportamiento que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever.

La doctrina aludida precedentemente ha sido aplicada reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 305:1402, en autos "California SECPA c/ Instituto Nacional de Vitivinicultura", entre otros), sosteniendo que la actitud de las partes no puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con la asumida anteriormente (conf. CNTrab. Sala IX, abril 30-997, -Bobadilla Osvaldo R. c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos- DT 1997-B, 2293).

Así también, se ha sostenido que la doctrina de los propios actos, es regla de derecho derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisible toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto (cfr. Borda Alejandro "La teoría de los actos propios", Edición Abeledo Perrot, 1987).

En virtud a todo lo expresado y toda vez que la manifestación obrante en la documental aludida importa una confesión extrajudicial que no puede controvertir la accionante el interponer la acción, so pena de violar el principio de buena fe que debe regir toda relación contractual, entiendo que la Sra. Camperi durante la vigencia del vinculo laboral cumplió las tareas propias de cajera y como tal, conforme la disposiciones de art. 10 del Convenio Colectivo de Trabajo 389/04 –Niveles Profesionales y funciones comprendidas según categoría de Establecimiento- corresponde que sea encuadrada en el inciso c) Establecimiento Gastronómico Nivel 5 (Tabla 2 del CCT aludido).

No paso por alto que la categoría de "cajero" y "comis de cocina" se encuentran comprendidas en el inciso c) Establecimiento Gastronómico Nivel 5 (Tabla 2 del CCT 389/04 cfr. art. 10), como bien lo sostiene el quejoso en su agravios, pero cierto es que de los recibos de haberes correspondientes al periodo Marzo/11-Diciembre/11 y las constancias de Alta y Baja, pruebas estas acompañadas por ambas partes, se desprende que la empleadora efectúa

un encuadre distinto al que correspondía, toda vez que registró el vinculo laboral bajo la categoría "008702 Comis J (III)", la cual se corresponde con el inciso c) Establecimiento Gastronómico Nivel 4 (Tabla 2 del CCT que reguló e vinculo, cfr. art. 10 –Niveles Profesionales y funciones comprendidas según categoría de Establecimiento).

En atención a los argumentos esgrimidos entiendo, a diferencia del Sr. Juez de la instancia anterior, que la accionada laboró en el café-restaurante propiedad de la accionada bajo la categoría de cajera (cfr. art. 10 del Convenio Colectivo de Trabajo 389/04 –Niveles Profesionales y funciones comprendidas según categoría de Establecimiento-) por lo que cabe encuadrarla convencionalmente en el inciso c) Establecimiento Gastronómico Nivel 5 (Tabla 2) del CCT aludido.

D) Ingresando al estudio del agravio relacionado con la condena impuesta en concepto de diferencias salariales reclamadas por la accionante, es dable poner de resalto que si bien en autos se encuentra probado que la Sra. Camperi cumplió su debito contractual en jornadas laborales completas, es decir de ocho horas diarias, y que el vinculo se encuadró convencionalmente en una categoría profesional distinta a la que hubiera correspondido conforme la tareas por ella efectuadas, extremo este del que dan cuenta los testigos que declararan en autos, cierto es que en el legajo no obran elementos de convicción que permitan tener por acreditado que la actora hubiese tenido derecho a cobrar una remuneración neta superior a la suma de $3.200,00, monto este que la demandante denuncia haber percibido en forma mensual por la labor desplegada a favor de la incoada (cfr. pieza postal del 6 de diciembre de 2011).

No se me escapa que a fs. 81/84 obra dictamen pericial contable, del cual se desprende la existencia de diferencias salariales a favor de la accionante, pero entiendo que dicha prueba resulta inconducente para acreditar el extremo bajo análisis, toda vez que la experta tomo como base de cálculo la remuneración correspondiente a la categoría de "Maitre Principal" (Nivel 7 –Tabla 2-) -no la de "Cajera" (Nivel 5 –Tabla 2-)- y no tuvo en cuenta el salario neto que la Sra. Camperi denunció como percibido.

Tampoco paso por alto las expresas disposiciones del art. 38 de la ley 921, pero cierto es que en el supuesto de autos no resulta procedente invertir la carga de la prueba que deriva de la norma aludida, toda vez el salario denunciado por la accionante en el apartado IV Liquidación del escrito de demanda lo fue sobre una categoría laboral que luego no fue acreditada.

En virtud a lo expresado, cabe acoger el agravio intentado y revocar el pronunciamiento recurrido en lo que a este aspecto se refiere.

E.- Despejado lo anterior cabe analizar, conforme a los términos de primer agravio sustentado por la quejosa, si se encuentra configurado el despido indirecto alegado por el actor conforme lo decidiera el sentenciante en el pronunciamiento atacado.

1.- El artículo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo dispone que una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria, y que por su gravedad, no consientan la prosecución de la relación. De esta normativa que establece la extinción del contrato de trabajo por justa causa se desprende que las partes son titulares individual e independientemente consideradas, en lo que respecta al poder jurídico de extinción del contrato de trabajo.

La norma mencionada posibilita a ambas partes la denuncia del contrato de trabajo ante un incumplimiento del otro sujeto de la relación que configure una injuria cuya magnitud sea tal que impida su continuación. Por ello, tanto el empleador como el trabajador pueden extinguir el contrato fundando el primero el despido en justa causa o considerándose el trabajador en situación de despido indirecto.

Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que: "El concepto de injuria laboral está íntimamente asociado con el concepto de incumplimiento; todo acto sin derecho, es decir injurioso, configura obviamente una situación objetiva de injuria" (CCiv Com Trab Fam Cruz del Eje; 1995/12/20; Carpio, Susana I. c. Moyano, José E.; LLC, 1996-965). "La injuria implica una lesión moral o material, siendo comprensiva de todo acto que implique una ofensa o desmedro personal, económico o disciplinario para la contraparte" (TTrab Trenque Lauquen, 1978/10/06, Zurita de Pascual, Mabel c. Decotto, Domingo E., SP LA LEY, 980-224 350-SP).

En relación al despido indirecto (art. 246 de la LCT) cabe agregar que para su perfeccionamiento es necesario que el trabajador en primer lugar intime previamente a su empleador a cumplimentar sus obligaciones, bajo apercibimiento de distracto o ruptura de la relación por exclusiva culpa de la patronal, para dar oportunidad al mismo de retractar su conducta y posibilitar así la continuidad laboral, y en segundo término comunique la decisión de extinguir la relación laboral en los términos del art. 243 de la LCT.

Lo expresado lleva a la convicción que el despido indirecto se torna injustificado cuando el trabajador que se considera injuriado no intima previamente al patrón para que cumpla con la obligación a su cargo; o cuando el requerimiento no especifica que la falta de concreción de la obligación provocará la rescisión del vínculo; o no se cumple con la exteriorización de la voluntad de darse por despedido, un vez operado el incumplimiento de la patronal (cfr. art. 243 LCT).

Sobre el punto jurisprudencialmente se ha expresado: "El principio de buena fe consagrado en el art. 63 de la Ley de Contrato de Trabajo impone el deber al trabajador de intimar previamente el cese de los incumplimientos calificados de injuriosos, apercibiendo de las consecuencias a generarse" (CNTrab., Sala VIII, 1997-5-12, -D,R.V. c/ A, C.A. y otro- DT 1998-A, 310). "El despido indirecto requiere una intimación previa, de forma tal que quede claro a la patronal que si no se hace cesar una situación determinada se torna imposible la continuación del vínculo, y tiene por objeto en razón de la permanencia del contrato de trabajo, evitar la ruptura en cuanto ello sea posible" (TTrab. Trenque Lauquen, 1996-10-07 –Rossino José c/ Distribuidora Oro SRL- LLBA 1997-770). "El artículo 243 exige que el despido por justa causa 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.

Asimismo dispone que, ante la demanda que promoviere la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas. De ello se desprende que, si el trabajador no cumple la comunicación, resulta por su parte el despido indirecto injustificado" (CSJ de Tucumán, 13-11-98, -Pesoa Alfredo y otros c/ Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (SADAIC) s/ cobro- sentencia 240/1.998; ídem CSJ de Tucumán, 27-10-95, -Salas Luis Eduardo c/ Gloria A. Moreno de Taberna s/ cobro de pesos- sentencia 585/95).

2.- Bajo el prisma normativo y jurisprudencial citado cabe precisar que del intercambio telegráfico que existió entre las partes –cuya autenticidad, remisión, recepción no se encuentra cuestionada- surge que la trabajadora intimó a la patronal al pago de diferencias salariales de acuerdo al CCT aplicable y la correcta registración laboral en los términos de los art. 10 y 11 de la ley 24.013, bajo apercibimiento en caso de silencio, incumplimiento o negativa a dar por finalizado el contrato de trabajo en los términos del art. 242 de la LCT (cfr. TC Nro. 79968153 de fecha 6 de diciembre de 2011) y ante la falta de respuesta afirmativa a sus reclamos hace efectivo el apercibimiento, dándose por despedida de conformidad a lo prescripto en la normativa citada en último término (cfr. TC 79968154 del 13 de Diciembre de 2011).

Las piezas postales son respondidas por la empresa Pema S.R.L. en 15 de diciembre de 2011, en los términos que a continuación se detallan "[…]

Rechazamos sus TCl 79968154 y TCL 79968153, por falsos, maliciosos e improcedentes. Negamos vuestras imputaciones, fecha de ingreso real según consta en sus recibos de haberes, niego jornada horaria de ocho horas diarias.

Niego que existan diferencias salariales. Rechazo por improcedente intimación en los términos de la ley 24013. Niego jornada de trabajo de 16 a 24 y de sábados y domingos de 8 a 16 hr.. Niego que su remuneración neta mensual devengada y percibida ascienda a $ 3.200,00. Niego pagos en negro por las sumas de $ 1.600,00 por 4 horas no registradas. Niego que haya sido injuriada y en que se encuentre o justifique agravio tal para considerarse despedida, llama la atención su voluntad rupturista y contraria a la continuidad del vinculo laboral, en cuento intimó un sola vez y sin obtener respuesta negativa se considero despedida. Es evidente su postura rupturista resultando apresurado e injustificado su despido indirecto. Ponemos a disposición su liquidación final y su certificado de trabajo en los términos de ley en el domicilio laboral." (tex. CD 231654048).

En autos se encuentra plenamente acreditado, conforme lo he sostenido precedentemente, que la reclamante cumplió su debito laboral en jornadas completas -ocho horas diarias- y no en media jornada como se desprende de los recibos de haberes y certificaciones de Alta y Baja acompañadas por las partes, como así también, que el vinculo laboral se encuadró convencionalmente en una categoría profesional distinta a la que hubiera correspondido conforme la tareas efectuadas, circunstancias fácticas éstas que me llevan a concluir que la relación de empleo se encontraba incorrectamente registrada, máxime si se tiene presente que la incoada no acompañó en autos la totalidad de la documentación que exige el art. 7 de la ley 24.013 a fin de acreditar la correcta registración del vinculo.
En virtud de lo expuesto y toda vez que la incorrecta registración del vinculo laboral importa un incumplimiento patronal que basta para que la ruptura dispuesta por el dependiente resulte ajustada a derecho, toda vez que se trata de un hecho que por su entidad no consciente la prosecución del vinculo, entiendo que corresponde tener por acreditado el despido en las condiciones alegadas por la dependiente.
Cabe poner de resalto que no obsta a esta solución el hecho de que la trabajadora no dejara transcurrir el plazo de 30 días que prescribe la ley 24013, para darse por despedida, pues el deber de buena fe que emana del art. 63 de la LCT impone la obligación de dar una correcta respuesta a la intimación del dependiente para lograr la regularización de los aspectos de la vinculación contemplados en los artículos 8 a 10 de la norma aludida. Ante el incumplimiento del pedido de registración, dicha actitud importa, al transcurrir el mínimo plazo legal, una injuria laboral y devine innecesario dejar transcurrir el plazo de 30 días que establece la normativa.
En tal sentido jurisprudencialmente se ha expresado: "Los incumplimientos tipificados en los arts. 8, 9, y 10 de la ley 24013, constituyen injurias aptas para sustentar el despido indirecto justificado, pudiendo el trabajador intimar a que en un plazo de dos días hábiles regularice la empleadora su relación laboral, y denunciando justificadamente el contrato de trabajo si en ese plazo no se acoge la pretensión" (C3ra. Trab. de Mendoza, 4-12-2006, -Fernández, Antonio Javier c/ La Margherita Pizza y Pasta S.A s/ despido.-, www.rubizal.com.ar, RC J 1265/07). "La falta de respuesta del empleador –dentro del mínimo plazo legal concedido para ello- ante el requerimiento de regularización formulado por el dependiente en los términos de los artículos 8 a 10 de la ley 24.013, configura injuria laboral en perjuicio del trabajador.
Ello así, debido a que la actitud del principal –contraria al deber de buena fe que le impone dar respuesta a las intimaciones del trabajador- evidencia la clara decisión de no regularizar la relación laboral, por lo que deviene innecesario dejar transcurrir el plazo de 30 días que establece la normativa de referencia" (CNAT, Sala III, 10-10-2007, -Tabuenca, Noemí Aurora c/ Gerifren SRL y otros s/ Despido- www.rubinzal.com.ar , RC J 1070/08).
No paso por alto que en la causa no obra elemento de convicción que pruebe la fecha en la que cual la accionada recibió la primera pieza intimatoria a fin de computar el plazo que la misma poseía para su respuesta (cfr. lo previsto en el art. 57 de la LCT) –lo cual sin duda alguna hubiese sido importante-, pero entiendo que en el supuesto de autos dicho extremo no resulta suficiente para enervar lo decidido, debido a que el hipotético conocimiento simultáneo por parte del empleador de la intimación de la trabajadora y la comunicación no implican un obstáculo al progreso de la acción, en atención a que la incoada no cumplió con lo requerido luego de haber tenido noticia del reclamo, sumado a que se acreditaron los extremos que permitieron tener por configurada la deficiente registración laboral.
En dicho orden de ideas se ha indicado: "Si bien la intimación del actor reclamando el pago de diferencias salariales llegó a conocimiento del demandado junto con la comunicación del autodespido, dicha simultaneidad no implica un obstáculo al progreso de la acción entablada; ello así, en tanto el comportamiento posterior de la accionada, que no cumplió ni aun luego de tomar efectivo conocimiento del reclamo, sumado a la comprobación de la existencia de las diferencias salariales invocadas por el actor, justifican la ruptura por ese incumplimiento; descartando así la alegada violación de los art. 242 y 243 LCT, y la idea de absurdidad o arbitrariedad en la interpretación efectuada por la Cámara" (STJ de Río Negro, 30-11-2010, -Cid Segundo c/ La Comarca SRL s/ reclamo", Rubinzal Online, RC J 1598/11).
Cabe agregar que la falta de acreditación de la existencia de diferencias de haberes reclamadas por la actora no obstaculiza lo decidido, toda vez que la acreditación de una de las causales invocadas en la notificación del autodespido, con entidad bastante para justificar la medida, resulta suficiente para declarar procedente la decisión rupturista.

3.- Por todo ello entiendo que la ruptura de la relación laboral se produjo por exclusiva culpa de la parte demandada en atención a la incorrecta registración de la relación laboral, situación esta que fue considerada como una grave injuria laboral que impidió la prosecución de la relación de trabajo.

4.- En virtud de los argumentos esgrimidos, considero que lo decidido por el Sr. Juez de la anterior instancia en relación el punto bajo examen resulta irreprochable, por lo que debe ser confirmado.

F) 1.- Ingresando al análisis de la queja relacionada con la procedencia de la indemnización prevista en el art. 1 de la 25.323 [P-2430 DJA], es dable destacar que norma citada establece que las indemnizaciones por antigüedad previstas en los artículos 245 de la ley de contrato de trabajo [P-1018 DJA], y 7 de la ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, serán incrementadas al doble, cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté en modo deficiente.

El contrato de trabajo no registrado es aquel respecto del cual no se ha cumplido con el art. 7 de la ley 24.013 [P-1765 DJA], pues es ésta la norma que indica cuándo se considera registrado un contrato de trabajo: cuando el empleador hubiere inscripto al trabajador en el libro especial del artículo 52 de la ley de contrato de trabajo [P-1018 DJA] o en la documentación que haga sus veces, según lo previsto en los regímenes jurídicos particulares; y en los registros mencionados en el artículo 18, inciso a) de la misma ley, que incluye la constancia de la filiación al Instituto Nacional de Previsión Social, a las cajas de subsidios familiares y a la obra social correspondiente" (cfr. Elffman Marío y Teuly Florencia, "Las indemnizaciones laborales de la ley 25.323", DT 2001 A, 233 y ss.).

En tanto "el contrato de trabajo registrado de modo deficiente es aquel en el que está distorsionado algún dato de la relación de empleo, como por ejemplo: el registro del vínculo con una fecha de ingreso formal o aparente posterior a la real; la consignación de una remuneración menor a la efectivamente percibida por el dependiente o falseamiento del monto de los salarios, entre otros" (cfr. Ruiz, Alvaro Daniel, "Los alcances de la ley 25323: algunas definiciones necesarias", DT 2000-B, 2271 y ss).

En virtud a lo argumentos esgrimidos y toda vez que en autos se encuentra plenamente acreditado que el contrato de trabajo que unió a las partes en litigio se encontraba registrado en modo deficiente o de manera defectuosa, considero que la queja bajo análisis no tendrá favorable acogida en lo que al punto se refiere.

2.- En lo que respecta al cuestionamiento formulado en relación a la indemnización prevista en el art. 2 de la ley 25.323 [P-2430 DJA], cabe recordar 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 los que el principal fehacientemente intimado no las abone y obligue al trabajador a iniciar un proceso judicial o cualquier instancia previa de carácter obligatorio, siendo su objeto compeler al empleador 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 no abone la misma en el plazo aludido, requisitos estos que se encuentra cumplidos en el supuesto de autos toda vez que de la pieza postal remitida por la actora en fecha 13 de diciembre de 2011 surge expresamente que la Sr. Camperi intimó el pago de las indemnizaciones 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 patrono acreditó que no pudo satisfacer la intimación por una cuestión de fuerza mayor no imputable, y 2) que lo 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 el caso de marras, considero que no existen elementos que permitan fundar adecuadamente la eximición total o parcial de la condena al pago de la indemnización bajo análisis, más aún teniendo presente las disposiciones de la

normativa aludida resultan de aplicación cuando el cese de la relación se produce como consecuencia del distracto dispuesto por el trabajador (cfr. art. 246).

En atención a lo expresado cabe rechazar la presente queja en lo que al punto se refiere.

G) Atento a los argumentos hasta aquí brindados, la forma en la cual propongo sean resueltos los agravios analizados precedentemente, lo expresamente reseñado por la quejosa en relación a la liquidación practicada por el judicante, las sumas efectivamente percibidas por la accionante (conforme ella lo reconoce y lo que se desprende de los recibos de haberes acompañados por las partes), lo normado por los arts. 123, 156, 231, 232 y 233 de la LCT [P-1018 DJA], lo prescripto por los arts. 1 y 2 ley 25323 [P-2430 DJA] y las disposiciones del art. 40 de la ley 921, entiendo que en definitiva la presente acción debe prosperar por los rubros y importes que a continuación se detallan: *Indemnización por despido o antigüedad: $ 3.200,00; *Indemnización sustitutiva por preaviso omitido: $ 3.200,00; *Integración mes despido: $ 1.920 ($ 3.200 – percibido s/recibo mes Diciembre/11); *S.A.C. proporcional 2do semestre/11: $ 976,84 ($ 1.600 – percibido s/recibo mes Diciembre/11); *Proporcional Vacaciones no gozadas (art. 156 LCT): $ 1.792,00; *Indemnización art. 1 ley 25.323: $ 3.200 e *Indemnización art. 2 ley 25.323: $ 4.160,00, todo lo cual totaliza la suma de $ 18.448,84.

H) En lo que hace al agravio motivado en el rechazo de plus petición inexcusable peticionado en el escrito de responde, cabe poner de resalto que la sanción procesal prevista en el art. 20 de la LCT [P-1018 DJA] debe ser juzgada con criterio restrictivo, no bastando para su procedencia que se aleguen hechos no probados, derechos que no resultan acogidos o se articulen planteos que puede considerarse infundados, toda vez que la realidad jurídica tiene múltiples facetas en atención a la variedad de hipótesis o conjeturas que puede formular la parte reclamante por haberse creído –aun sin razón- acreedora de los conceptos pretendidos, máxime si se tiene presente que la sanción sub-examen no es otra cosa que una aplicación calificada de la figura de temeridad y malicia prevista en el art. 45 del C.P.C. y C. dentro del marco del derecho laboral, mediante la cual se reputa responsable al letrado actuante del reclamo desmesurado formulado por la parte a la cual asiste en el ejercicio libre de su profesión.

En estos términos, entiendo que la simple circunstancia de que la accionante reclamara el pago de rubros cuya procedencia ha sido desestimada no puede configurar base fáctica suficiente para que se aplique la sanción peticionada.

En base a lo expresado es que no corresponde hacer lugar a la queja bajo análisis en los términos en que fuera deducida.

I) Respecto al agravio relacionado con la imposición de costas, es dable poner de manifiesto que en los procesos en los cuales se reclaman créditos de índole laboral, el principio general previsto en los art. 68 del C.P.C. y C. y 17 de la ley 921, debe ser interpretado conforme el sentido protectorio que tiene el derecho del trabajo, motivo por el cual si el empleador incumplió con las obligaciones a su cargo y por dicha actitud el dependiente se vio constreñido a iniciar demanda judicial tendiente al reconocimiento de su derecho, resulta procedente que las causídicas sean impuestas al principal, aunque la acción no prospere en todo lo reclamado.

El criterio antes expuesto es el que sostuvo la otrora Cámara en Todos los Fueros de la ciudad de Cutral Có, la cual integré, en reiterados precedentes al exponer "… II.- Este tribunal ha sentado criterio respecto de la cuestión en autos: "Gamboa, Oscar Raúl c/ Hidenesa s/ Despido" (CTF CCó, RSD Ac. Nº 17/07, 7/8/07; Expte. Nro.: 103, Folio: 16, Año: 2.007); "Mazzina, Juan Carlos c/ Ing. de Obra s/ Cobro de Haberes" (CTF CCó, RSD Ac. Nº 11/08, 6/5/08; Expte. Nro.: 180, Folio: 28, Año: 2.007); y "Cerda, Martín Javier c/ S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia s/ Despido" (CTF CCó, RSD Ac. Nº 13/08, 13/5/08; Expte. Nro.: 248, Folio: 39, Año: 2.008) expresándose en todos ellos que pese a que la demanda prospere por un monto menor al primigeniamente reclamado, debe estarse al principio objetivo de la derrota, imponiéndose las mismas al demandado vencido. Conforme resulta del "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" de Fenochietto-Arazi, Ed. Astrea, Tomo I, pág. 286, se denomina litigante vencido a "…aquel en contra del cual se declara el derecho o se dicta la decisión judicial. El carácter de vencido en costas, se configura, para el demandado, si la demanda prospera aunque lo sea en mínima parte en cuanto al monto".- Amén de ello, en autos ha quedado comprobado que la actora debió promover acción judicial para lograr la consecución del objetivo, expresando la jurisprudencia en el punto: "Corresponde confirmar la decisión que impuso el total de las costas al

codemandado en juicio laboral, a pesar de que la demanda prosperó por una suma menor a la pretendida, ya que para resolver al respecto no debe estarse solo a un criterio aritmético, sino también a la forma como prosperan los respectivos reclamos, así como a su entidad y trascendencia, y puesto que el actor se vio obligado a demandar para obtener el reconocimiento de su derecho" (Cám. Nac. Apel. del Trabajo, Sala IV, 27-04-2007. Flores Solís, Angélica c. Proclinser S.A. y otro. La ley On Line).-..." (CTF de Cutral Co, autos caratulados: "Antigual Edith Marcela c/ CBS de Barceló Carlos s/ Laboral", (Expte. Nro.: 271, Folio: 42, Año: 2.008), Acuerdo 21/2008 de fecha 5-06-2008, del voto de la Dra. Lelia Graciela Martinez, al cual adherí).

En el mismo sentido también se ha indicado: "Las costas en los reclamos por indemnizaciones, en principio, deben ser soportadas por el demandado, aun cuando no se admita la procedencia de la totalidad de los rubros reclamados, pues, siendo que integran la indemnización, resolver de manera distinta cercenaría el derecho que la sentencia reconoce. (Tribunal del Trabajo de Jujuy, Sala IV, "Alcaraz Derbunovich, Antonio c/ Acosta, Oscar Ricardo s/ indemnización por despido y otros rubros", 10/12/13, LLNOA 2014 (julio), 614).

Asimismo, se ha expresado que: "La diferencia abismal entre el monto reclamado por el trabajador, y el diferido a condena es insuficiente para dejar de lado el hecho objetivo de la derrota, toda vez que el progreso de la demanda, aunque mas no fuese por algunos de sus rubros, denota que el juicio devino necesario para que el actor pudiese percibir las sumas por las cuáles prosperó la acción, resolver lo contrario sería castigar al actor por la desmesura de su reclamo, responsabilidad que –en todo caso- correspondería endilgar a su letrado." (CNAT, Sala VII, "Battistoni, Leonardo c/ Telecom Personal S.A. s/ despido", 28/2/2013, DT 2013 (agosto), 1961).

Cabe poner de resalto que la posición jurídica antes dicha ha sido sostenida por esta Sala II, en su actual integración, en Acuerdo de fecha 1 de abril de 2015 dictado en autos "Figueroa Alicia Norma y otro c/ Binning Anthony s/ cobro de haberes" (Expte. 26699, Año 2010); por la Sala I de este Tribunal en los precedentes "Aguilera Graciela Eva c/ Giussani Jorge Guillermo s/ despido indirecto por falta registración o consignación errónea de datos en recibo de haberes" (Ac. 19/2014) y "Torres Gregorio Fortunato c/ Cooperativa Telefónica y otros Servicios Público y Turísticos de San Martín de los Andes s/ despido indirecto por falta de pago de haberes" (Ac. 44/2014), todos ellos del Registro de la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes.

En virtud a los argumentos expuestos, cabe desestimar el presente agravio.

V.- Por los fundamentos vertidos en al apartado que antecede, jurisprudencia allí citada y en el entendimiento de haber dado respuesta a los cuestionamientos intentados por la quejosa, considero que corresponde, lo que así propicio al Acuerdo, hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la accionada y, consecuentemente confirmar la sentencia de primera instancia, a excepción de la condena impuesta en concepto de diferencias salariales, readecuando el monto por el cual prospera la presente acción.

En definitiva cabe condenar a la empresa Pema S.R.L. a que en el plazo dispuesto en la decisión que se revisa abone a la actora la suma total de dieciocho mil cuatrocientos cuarenta y ocho con ochenta y cuatro centavos ($18.448,84) en concepto de los rubros aludidos en el inciso G del acápite precedente, con más intereses que deberán calcularse en la forma dispuesta en el pronunciamiento en crisis.

VI.- Atento la forma en la que se resuelven los diversos cuestionamientos traídos a consideración de este Tribunal estimo que las costas de Alzada deben imponerse a cargo de la parte demandada recurrente por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 17 de la ley 921, 68 y 279 del C.P.C. y C.).

Respecto a los honorarios de segunda instancia cabe diferir su regulación hasta el momento en que se encuentre establecidos y determinados los de la instancia de origen.

VII.- Dejar sin efecto el punto V de la decisión de primera instancia debiendo en el origen en oportunidad de practicarse liquidación en los términos del art. 51 de la ley 921 establecerse los montos que cabe abonar a la incoada en concepto de tasa de justicia y ley 685.

VIII.- Firme la presente y vuelto los actuados al origen, deberá comunicarse en la forma de estilo el pronunciamiento a la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.), conforme las previsiones de los arts. 15 de la LCT y 17 de la ley 24.013.

Mi voto.

A su turno, la Dra. María Julia Barrese, dijo: adhiero a las consideraciones y conclusiones a las que arriba mi distinguido colega de Sala, el Dr. Pablo Gustavo Furlotti en su bien fundado pronunciamiento, por lo que voto en idéntico sentido. Mi Voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la accionada y, consecuentemente confirmar la sentencia de primera instancia, a excepción de la condena impuesta en concepto de diferencias salariales, readecuando el monto por el cual prospera la presente acción. En definitiva, condenar a la empresa PEMA S.R.L. a que en el plazo dispuesto en la sentencia de grado abone a la actora la suma total de pesos dieciocho mil cuatrocientos cuarenta y ocho con ochenta y cuatro centavos ($18.448,84) en concepto de los rubros aludidos en el inciso G del considerando IV de la presente resolución, con más intereses que deberán calcularse en la forma dispuesta en el pronunciamiento en crisis.

II.- Costas de Alzada a cargo de la demandada recurrente, por aplicación del principio objetivo de la derrota (Cfr. art. 17 ley 921, y 68 y 279 del C.P.C. y C.), difiriendo la regulación de honorarios correspondientes a esta instancia hasta tanto se hayan regulado los correspondientes a la instancia de origen.

III.- Dejar sin efecto la intimación dispuesto en el punto V) de la sentencia definitiva recaída en primera instancia, debiendo determinarse los montos correspondientes a los conceptos allí descriptos en el momento procesal oportuno (Cfr. art. 51, ley 921).

IV.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Sentencias Definitivas N°: 43/2015

Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

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

**"SAJOUX GERMAN JUAN C/ MISION SUDAMERICANA TAISEN DESHIMARU BUTSU (T.D.B) S/ RESOLUCION DE CONTRATO"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 29449/2011) – Acuerdo: 46/15 – Fecha: 30/07/2015

DERECHO CIVIL: Contratos civiles.

LOCACION DE OBRA. OBLIGACIONES DE LAS PARTES. COMITENTE. RESCISION. PACTO COMISORIO. RECONVENCION. RECHAZO. PAGO A CUENTA DE SALDO. DESCUENTO.

1.- Cabe confirmar la sentencia que hace lugar a la demanda al considerar que la resolución del contrato de locación de obra que vinculaba a las partes se produjo por culpa de la demandada. Ello es así, ya que entiendo correcta la valoración realizada por el sentenciante quien ha tenido por acreditado que la decisión rupturista fue una

decisión unilateral del codemandado [...] en los términos del art. 1638 del C.C., no habiendo éste procedido de conformidad con lo dispuesto por el art. 1204 del C.C. para la operatividad del pacto comisorio tácito, de todo lo cual nada dice el quejoso.

2.- Corresponde confirmar el rechazo a la reconvención en donde el demandado peticionó la deducción de lo abonado debido a las deficiencias detectadas en la obra. Ello es así, ya que la prueba ofrecida resulta insuficiente para determinar las deficiencias atribuidas a la obra, considerando especialmente también los aspectos técnicos involucrados y que los elementos probatorios acompañados fueron confeccionados en forma unilateral por los codemandados, sin que pudieren ser objeto de contradicción en el momento de su realización, a fin de lograr producir información de calidad para el conocimiento del juzgador.

3.- En lo atinente a la suma de U$S 3.500 que la demandada pretende se descuente del importe de condena, considero que le asiste razón. Ello así, pues, si se recibió el dinero como integrante de la forma de pago de la obra y se consignó un monto total del trabajo sin distinción, considero que lo fue a cuenta del precio total de la obra, de otra manera no se entiende que se afirme que el importe de los certificados constituyen "el saldo"; tampoco se menciona ninguna otra causa que hubiese sido el origen de dicho pago, ni se imputó a ningún otro rubro que no fuera el pago de la obra.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de Zapala, Provincia del Neuquén, a los treinta (30) días del mes de julio del año 2015, la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctoras Alejandra Barroso y Gabriela B. Calaccio, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Norma Alicia Fuentes, dicta sentencia en estos autos caratulados: "SAJOUX GERMAN JUAN C/ MISION SUDAMERICANA TAISEN DESHIMARU BUTSU (T.D.B) S/ RESOLUCION DE CONTRATO", (Expte. Nro.: 29449, Año: 2011), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. Alejandra Barroso, dijo:

1. Llegan los autos a esta instancia por recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 487, contra la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2014 (fs. 470/486 vta.) que hace lugar a la demanda, rechaza la reconvención, impone costas y difiere la regulación de honorarios.

Expresa agravios la recurrente conforme surge del escrito obrante a fs. 501/507/vta.

Habiéndose conferido el pertinente traslado el mismo es contestado conforme resulta del escrito obrante a fs. 509/525.

2. a) En su primer agravio cuestiona que la sentencia haya determinado que la resolución del contrato de locación de obra que vinculaba a las partes se produjera por culpa de la demandada, haciendo, consecuentemente, lugar a la demanda impetrada.

Considera que no se ajusta a la prueba producida la afirmación del sentenciante que tuvo por acreditado que, con posterioridad a una discusión entre el actor y el codemandado Pérez del Viso, éste último prohibió el ingreso a la obra al actor y su personal, ordenando que retiren las herramientas y por tanto dando por concluido el contrato; por el

contrario, afirma que se ha demostrado que el actor se retiró en forma momentánea de la obra con motivo de esa misma discusión.

Argumenta que, de las declaraciones testimoniales que transcribe, resulta que fue el actor quien decidió finalizar los trabajos y retirarse de la obra, que no intentó reconducir su enojo y continuar los trabajos, que no pidió se le permitiera ingresar, sino que su único objetivo fue reclamar las sumas que consideraba se le adeudaban.

b) En su segundo agravio cuestiona que se haya extendido la responsabilidad al codemandado Pérez del Viso, siendo que el actor sostuvo que contrató con la Misión Sudamericana Taisen Deshimaru Butsu, de la cual el Sr. Pérez del Viso es su máximo representante.

Postula que se dio por supuesta una solidaridad o co-responsabilidad por el hecho de ser Pérez del Viso titular del predio y teniendo en cuenta el informe de la Municipalidad de San Martín de los Andes que informa que éste es "el titular de la carpeta de planos aprobada para la construcción de una obra".

Afirma que es esta una decisión sin fundamento que afecta su derecho de defensa pues no puede defenderse de una decisión no explicada.

c) En su tercer agravio afirma que el sentenciante ha considerado parcialmente la pericia contable rendida en estas actuaciones, omitiendo expedirse sobre una parte sustancial de la misma.

En este sentido afirma que una simple sumatoria de recibos y facturas agregadas, cotejándolas con los certificados de obra expedidos, da como resultado que no existe deuda alguna, es más, habría un pago en demasía.

En estos términos solicita que, para el caso en que se reconozca suma alguna a favor del actor, los montos que individualiza en su escrito, sean descontados de la condena.

d) En la última queja, se agravia del rechazo de la reconvención deducida por su parte.

1. En primer lugar, reclamó la suma de dls. 3.500 que entregara al actor en concepto de adelanto a cuenta de los trabajos a realizarse, rubro rechazado por entender el a quo que no se probó que fuese un adelanto, seña o que debiese imputarse a certificado alguno.

Afirma que la entrega de este dinero fue reconocida por el actor y los testigos dan cuenta de la misma, así como también que no correspondía imputar la misma a ningún certificado, ya que fue entregada a cuenta.

Solicita se ordene el pago de la suma reclamada con más sus intereses.

2. En segundo lugar reclamó la suma de dls. 6.000 entregados en concepto de anticipo y plasmados en el recibo N° 204.

Considera que existe una contradicción entre el rechazo total de la reconvención y lo expresado en el punto 17 de la sentencia en crisis, que da cuenta que el recibo de dicha suma "fue emitido por la demandada en concepto de "anticipo mano de obra" y no imputado por el actor a ningún certificado en particular, por lo que debe igualmente descontarse del saldo deudor (y así lo hizo el perito)".

Entiende que establecer su procedencia y disponer que sea descontado de la suma de condena, no es otra cosa que hacer lugar a la reconvención en este aspecto.

Agrega que debió hacerse lugar a la reconvención en este punto y considerar que existían deudas mutuas, compensar hasta el monto de la menor, lo que así solicita, y desestimarse la imposición de las costas de la reconvención a su cargo.

3. Asimismo, afirma que en su contestación de demanda impugnó la mayor parte del certificado N° 10 cuyo cobro pretende el actor en estos autos.

Se agravia en cuanto el a quo no hizo lugar al rechazo de tres rubros de dicho certificado: diferencia en el cobro del revoque grueso; diferencia en el cobro del revestimiento de pórfido y exceso en el cobro del trabajo de pintura.

Cuestiona que el rechazo se funde en la falta de prueba al respecto, en particular una pericia que así lo determine, y en la fuerte presunción que emana de la falta de intimaciones anteriores a la realización de las obras y el pago oportuno de los certificados presentados quincenalmente sin plantear observaciones.

Considera que los rubros reclamados se encuentran acreditados por el Ing. Daniel Nabaez, quien realizó la Certificación de Avance de Obra que acompañara esa parte y que fuera reconocido en su autenticidad por el testigo en oportunidad de declarar.

Entiende que lo decidido por el juez implica una inversión de la carga de la prueba. Señala que tampoco resulta aplicable una "fuerte presunción en su contra" por los motivos indicados, siendo que lo que se está impugnando es el último certificado presentado y la oportunidad de impugnación es cuando se pretende su percepción.

Solicita se haga lugar al reclamo y se deduzca del certificado N° 10 los rubros impugnados.

4. Cuestiona finalmente que se haya rechazado su reclamo de gastos, en los que debió incurrir a raíz del mal accionar del actor, estos son: limpieza de obra, honorarios del Ing. Nabaez, soldadura de los perfiles, reparación de las columnas de implantación, mala colocación del revestimiento de pórfido, los que fueran rechazados por las mismas razones, ausencia de prueba pericial y fuerte presunción en su contra.

Considera que los trabajos mal realizados fueron debidamente acreditados por el Ing. Nabaez, la Arq. Artoni y verificados por el acta notarial de la Escribana Jordán, así como también se agregaron las facturas pertinentes reconocidas por sus emisores, quienes confirmaron haber realizado los trabajos.

Agrega que los honorarios del Ing. Nabaez fueron motivados por las falencias en que incurrió el actor, así como también la limpieza de obra fue consecuencia del intempestivo retiro del actor.

Solicita se reconozcan los gastos realizados y se condene al actor a su pago con más los intereses correspondientes.

Realiza otras consideraciones a las que me remito en honor a la brevedad, y solicita se revoque la sentencia en todas sus partes, haciendo lugar a la reconvención deducida, con costas.

Formula reserva de caso federal.

3. En su contestación la actora sostiene en primer lugar, que la expresión de agravios del recurrente no constituye una crítica concreta y razonada del decisorio apelado, sino que expresa una mera disconformidad, no cumplimentando los requisitos del art. 265 del CPCC.

Sin perjuicio de ello, seguidamente pasa a contestar los agravios vertidos en los términos que resultan de su escrito y a los que me remito en honor a la brevedad.

Realiza otras consideraciones a las que también me remito, y solicita se rechace el recurso interpuesto, con costas.

4. En forma previa a ingresar al estudio del recurso interpuesto, señalo que considero que la queja traída cumple, aunque parcialmente conforme seguidamente expondré, con la exigencia legal del art. 265 del C.P.C.C.

En esta cuestión, y conforme ya lo he expresado en anteriores precedentes, la jurisprudencia sostiene que: "…Este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 265 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional. De allí entonces que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto. Ahora bien, no obstante tal amplitud en la apreciación de la técnica recursiva, existe un mínimo por debajo del cual las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como agravios en el sentido que exige la ley de forma, no resultando legalmente viable discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista (conf. C. N. Civ., esta Sala, Expte. N° 70.098/98 "Agrozonda S. A. c/Jara de Perazzo, Susana Ventura y otros s/escrituración" y Expte. N° 60.974/99 "Agrozonda S. A. c/Santurbide S. A. y otros s/daños y perjuicios" del 14/8/09; Idem., id., Expte. N° 43.055/99, "Vivanco, Ángela Beatriz c/Erguy, Marisa Beatriz y otros s/daños y perjuicios" del 21/12/09)….(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, "Scott, Sonia Lorena c/ Guerra Cruz, Angelina s/daños y perjuicios", 27/10/2011, Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/67333/2011)".

He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica).

También puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir a los apelantes en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimentes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean.

5. Seguidamente, ingresaré al análisis del escrito recursivo, el que adelanto he de admitir parcialmente.

a) En orden al primer cuestionamiento y tal como resulta de las actuaciones y no fue controvertido por las partes, el día que se produjo la discusión entre ellos, actor y demandado, el Sr. Pérez del Viso le prohibió el ingreso al actor al lugar de la obra desde ese momento y remitió un mail, también reconocido por ambas partes, ese mismo día 3 de mayo de 2011, en el cual dejó expresada su voluntad, comunicando al actor que tenía prohibido el ingreso a la obra desde esa fecha.

Además, conforme surge del citado mail, manifestó también que la prohibición de ingreso tenía como causa una serie de incumplimientos que individualiza, para lo cual debía recurrir a lo dispuesto por el art. 1204 del C.C. al no existir contrato escrito y por tal circunstancia, tampoco pacto comisorio expreso.

A mayor abundamiento, a fs. 29 obra otro mail del que surge que los demandados suspenden "hasta nuevo aviso" todo contacto con el actor, y que "todo posible pago será evaluado por la Comisión Directiva de nuestra Organización una vez terminado el Ango".

Estas comunicaciones fueron expresamente reconocidas por los codemandados conforme resulta de su escrito de contestación de demanda (fs. 231 vta.).

Considero que estas expresiones traducen inequívocamente la voluntad rescisoria de los demandados, tornando de aplicación la disposición del art. 1638 del C.C.

Por su parte, en su escrito de expresión de agravios el propio recurrente transcribe las declaraciones testimoniales de Lagger y Méndez, quienes manifestaron que, luego de retirarse el actor, se le comunicó que tenía prohibida la entrada, o que, una vez fuera del predio, se le informa que no podía volver a ingresar.

En estos términos, entiendo correcta la valoración realizada por el sentenciante quien ha tenido por acreditado que la decisión rupturista fue una decisión unilateral del codemandado Pérez del Viso en los términos del art. 1638 del C.C., no habiendo éste procedido de conformidad con lo dispuesto por el art. 1204 del C.C. para la operatividad del pacto comisorio tácito, de todo lo cual nada dice el quejoso.

En este sentido: "Resulta improcedente la resolución de un contrato de locación de obra por el dueño ya que, en ausencia de un plazo convencional para el cumplimiento de la obligación, debió requerir al juez que señalara dicho plazo conforme el art. 1635 del Código Civil, o bien solicitar el cumplimiento en la forma prevista para las contratos con prestaciones recíprocas por el art. 1204 del mismo cuerpo legal, o poner en mora al locatario, no habiendo cumplido con ninguna de estas conductas" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, "B., E. F. c. Kopelman, Abel", 09/06/2010, RCyS 2010-XI, 170, AR/JUR/31229/2010).

También se ha expresado que: "El art. 1638 del Cód. Civil lleva implícita la doctrina del abuso del derecho, en el sentido de que la ruptura súbita e intempestiva del contrato por voluntad unilateral de una de las partes, trae como consecuencia que el comitente de la obra resarza a la contraparte, no sólo los gastos y pérdidas ocasionadas por la ruptura, sino también la utilidad o las ganancias dejadas de percibir, ya que lo contrario importaría un enriquecimiento sin causa del patrimonio del locatario de la obra" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, "Calero, Juan C. c. Scrapservice S.A.", 29/08/2005, La Ley Online, AR/JUR/3106/2005).

En similares términos, también se ha sostenido que: "Frente a la supuesta despreocupación por la marcha de la obra que se imputa al locador, el dueño de la obra sólo puede requerir que aquél la continúe dentro del plazo previsto por el art. 1204, apartado 2º del Cód. Civil, si en el contrato no se estipuló en forma expresa una cláusula resolutoria para el supuesto de incumplimiento de alguna de las partes, ni se pactó un plazo para concluir la obra con carácter esencial. Por tanto, si el dueño contrató con un tercero la ejecución de la obra, ello importa un desistimiento unilateral en los

términos del art. 1638 del Cód. Civil, pues no acreditó la intimación al locador a ejecutar y finalizar la obra" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, "Chavat, Pablo M. c. Alvarez, Andrés A.", 07/04/1997, LA LEY 1997-D, 333, DJ 1998-1, 280, AR/JUR/3820/1997).

Por estas razones, he de rechazar la queja traída, confirmando la decisión en este aspecto.

b) En orden al segundo agravio, el mismo no constituye una crítica concreta y razonada de los fundamentos del fallo, los cuales, si bien escuetos, expresan claramente que se acreditó que el codemandado Pérez del Viso no sólo es el propietario del predio, sino que es el titular, en forma personal, de los planos de la obra presentados y aprobados en la municipalidad, cuya aprobación fuera peticionada por éste sin invocar representación alguna (conf. informe fs. 359/363) y como tal, resulta ser el dueño de la obra.

El recurrente no explica cuál es el error en que incurriera el sentenciante al considerarlo dueño de la obra en función de la prueba producida, carácter que tampoco es negado por el apelante.

Los argumentos expresados en su queja, no alcanzan a conmover el fundamento de la decisión, por más que éste fundamento sea breve, ya que no fue debidamente controvertido, sino que trasluce una mera disconformidad con lo resuelto.

c) Por una cuestión de orden lógico y metodológico he de tratar los siguientes agravios en otro orden que el presentado por el recurrente.

Continuaré con los cuestionamientos referidos al rechazo de la reconvención, analizando seguidamente los diferentes aspectos que aborda el quejoso.

1. En primer lugar y por una cuestión lógica, me referiré a las deficiencias detectadas en la obra cuya deducción reclamara la demandada en su reconvención.

En este aspecto y a tenor de las reglas de la carga de la prueba, la confirmación del presupuesto fáctico de la pretensión estaba a cargo de los codemandados (art. 377 del CPCC).

El a quo entendió no acreditados los mismos por no haberse producido prueba pericial, que ni siquiera fuera ofrecida, lo cual de ninguna manera significa una inversión de la carga de la prueba como argumenta el recurrente.

Los demandados acompañaron fotografías de las supuestas deficiencias, obrantes a fs. 139/157, cuya autenticidad fue constatada en el acta N° 191 de la escribana Jordán (fs. 136/137), de la cual surge, asimismo, un recorrido por la obra con una persona llamada Susana Bossana, la requirente, quien realiza una serie de manifestaciones con relación a las supuestas deficiencias de la obra, a las que me remito.

Asimismo, a fs. 171/177 se acompaña informe técnico del ingeniero Nabaez, encomendado por las demandadas, de fecha 21 de mayo de 2011, donde este profesional constata una serie de deficiencias así como también expide un certificado de avance de obra.

Este informe fue reconocido en su autenticidad en la declaración testimonial del ingeniero Nabaez, obrante a fs. 429/430.

De su declaración resulta que lo que el testigo pudo constatar fue lo que denominó "deficiencias a simple vista", pero que no se hicieron ningún tipo de estudios con relación a la calidad del hormigón, la correcta compactación del terreno, ni si los materiales especificados eran los del contrato. Sí afirma que determinados trabajos que menciona, se encontraban mal hechos, a su criterio.

A estas consideraciones cabe agregar que de las declaraciones testimoniales valoradas por el a quo, resulta que algunos testigos dan cuenta de que los trabajos se realizaron de conformidad con las normas del arte, expresiones vertidas por algunos de los trabajadores empleados en la obra y que eran dirigidos por la arquitecta de la misión; también se ha apreciado que, conforme las declaraciones de los testigos miembros de la misión, la obra era supervisada permanentemente por los miembros de la comunidad, valoración que no ha sido cuestionada.

Atento el carácter de las circunstancias fácticas que debían acreditarse, las que corresponden a cuestiones que el juez no tiene obligación de conocer y, consecuentemente, para determinar su procedencia necesita de conocimientos especializados, comparto con el a quo que la prueba rendida para acreditar este extremo resulta insuficiente.

En el informe técnico acompañado se vierte una opinión con base en una mera observación, pero sin sustento en pruebas ni estudios realizados de carácter científico, además de consistir en un informe confeccionado a petición de los demandados en forma unilateral y extrajudicial.

Este informe, o las restantes constataciones por escribano público, que sólo traslucen afirmaciones dogmáticas sin sustento, no resultan suficientes para fundar una condena.

No puede asimilarse su valor probatorio a una pericia rendida en juicio por un perito designado de oficio y con control de la contraparte, quien tiene derecho a efectuar observaciones e impugnaciones a las conclusiones del experto.

En consecuencia, considero, al igual que el sentenciante, que la prueba ofrecida resulta insuficiente para determinar las deficiencias atribuidas a la obra, considerando especialmente también los aspectos técnicos involucrados y que los elementos probatorios acompañados fueron confeccionados en forma unilateral por los codemandados, sin que pudieren ser objeto de contradicción en el momento de su realización, a fin de lograr producir información de calidad para el conocimiento del juzgador.

En estos términos el agravio será rechazado.

2. En relación a los gastos en que incurriera el demandado y que atribuye al intempestivo retiro del actor de la obra, atento a como propongo se resuelvan las quejas precedentes, el presente agravio también ha de ser rechazado por los mismos fundamentos.

3. Con respecto a la suma de dls 3.500 que la demandada pretende se descuente del importe de condena, considero que le asiste razón.

En este sentido, advierto que el actor acompañó un contrato de locación de obra escrito que en realidad no se firmó. Sin embargo en su demanda, expresa que, si bien no se firmó en su versión impresa, las condiciones fueron acordadas y conformadas por ambas partes (fs. 110 vta.). Luego a fs. 111 expresa, en el punto 7) el monto de la obra, y en el punto 8) cómo se acordó la forma de pago, afirmando que "a la firma del contrato se abonó la suma de dls. 3.500… El saldo se abonaría según el avance de obra que sería certificado cada quince días corridos…".

Es decir que el propio actor reconoce en su demanda que esos dls. 3.500 que se abonaron al inicio del contrato integraban la forma de pago, y que luego se abonaría "el saldo" a medida que se certificaran los trabajos.

Consecuentemente, si se recibió el dinero como integrante de la forma de pago de la obra y se consignó un monto total del trabajo sin distinción, considero que lo fue a cuenta del precio total de la obra, de otra manera no se entiende que se afirme que el importe de los certificados constituyen "el saldo"; tampoco se menciona ninguna otra causa que hubiese sido el origen de dicho pago, ni se imputó a ningún otro rubro que no fuera el pago de la obra.

Por estas razones, entiendo que la queja ha de admitirse, descontando del monto de condena la suma de dls. 3.500, con más sus intereses, conforme también fuera dispuesto con respecto al monto de condena y que no fuera motivo de cuestionamiento por las partes.

4. El pago de dls. 6.000, fue computado por el perito como pago recibido y descontado debidamente en la sentencia en crisis, por lo tanto la decisión no le causa agravio al recurrente (conf. fs. 405, Anexo I).

Por otro lado, no era necesario reconvenir sino que era suficiente con contestar la demanda y oponer ese pago al progreso de la pretensión. Asimismo, dicho rechazo se funda principalmente en no haber los demandados acreditado las causas de resolución que invocaran y el incumplimiento de lo dispuesto por el art. 1204 del C.C., con lo cual el rechazo de la reconvención no resulta contradictorio y debe confirmarse, como así también la imposición en costas.

d) Finalmente, con respecto al tercer agravio, también habré de rechazar el mismo dado que, luego de un pormenorizado análisis de la pericia contable, no encuentro que el decisorio haya considerado la misma parcialmente, ni que existan pagos en demasía.

Conforme resulta de dicha pericia obrante a fs. 405/408, los cálculos efectuados por el sentenciante resultan correctos.

Es decir, el total de los certificados presentados asciende a la suma de dls. 131.851,23, suma a la cual deben descontarse los montos abonados con recibos que ascienden a la suma de dls. 120.300,00, lo que da un total de dls. 11.551, 23.-, del cual no existen recibos acreditando el pago.

El importe que la perito determina a favor de la misión resulta de computar el monto de dls. 3.500 a favor de los codemandados aún sin recibo y de no considerar el certificado nº 10 reclamado como no abonado y para el caso en que se determinara la improcedencia del reclamo, conforme lo afirma el perito a fs. 408.

Por otro lado, y como bien lo señala la actora en su contestación de agravios, no corresponde sumar los recibos y las facturas por su distinta naturaleza, siendo que la emisión de la factura no implica que el pago haya sido recibido.

6. Por los fundamentos vertidos voy a proponer al acuerdo se revoque parcialmente el decisorio apelado conforme lo desarrollado precedentemente.

En consecuencia, la demanda habrá de prosperar por la suma de dls. 14.464,78, los que deberán ser abonados en el plazo fijado en el decisorio recurrido y con más los intereses allí determinados, los que no han sido motivo de agravios.

Sin perjuicio de la forma en que se resuelve, la imposición de costas de primera instancia habrá de confirmarse, siendo que para la regulación de honorarios se computará el efectivo monto de condena que resulta ser el valor de este juicio y que la actora ha resultado gananciosa en su pretensión, sin perjuicio del monto final.

Las costas de esta instancia he de distribuirlas en forma proporcional a los respectivos vencimientos, imponiéndolas en un 5% a cargo de la actora y un 95% a cargo de los demandados (art. 71 del CPCC), difiriendo la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (arts. 20, 47 y 15 LA). Mi voto.

A su turno, la Dra. Gabriela Calaccio, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto. Mi voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la demandada, prosperando la demanda por la suma de Dólares Estadounidenses Catorce Mil Cuatrocientos Sesenta y Cuatro con Setenta y Ocho Centavos (U$s 14.464,78.-), los que deberán ser abonados en el plazo fijado en el decisorio recurrido y con más los intereses allí determinados.

II.- Las costas de esta instancia se imponen en un 5% a cargo de la actora y un 95% a cargo de los demandados (art. 71 del CPCC), difiriendo la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (arts. 20, 47 y 15 LA).

III.- Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan las actuaciones a origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dra. Alejandra Barroso

Registro de Sentencias Definitivas N°: 46/2015

Dra. Norma Alicia Fuentes - Secretaria de Cámara

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

**"ELGUETA JORGE ABDULIO C/ LAVADO YANEZ YETTY PAULINA Y OTRO S/ ESCRITURACION"** - 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.: 2498/2010) – Acuerdo: 51/15 – Fecha: 30/07/2015

DERECHO CIVIL: Contratos.

RESOLUCION DEL CONTRATO. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO. OBLIGACION DE ESCRITURAR.

1.- Corresponde no hacer lugar al recurso y en consecuencia resolver el contrato por culpa exclusiva de la apelante. La obligación de escriturar asumida por la quejosa en el boleto de compraventa suscripto con el actor, se ha tornado imposible por su conducta culposa, al haber prometido en venta y hecho la tradición a una tercera persona con posterioridad.

2.- El incumplimiento alegado por el recurrente no existe, o no reviste la gravedad suficiente como para excepcionar el cumplimiento de otorgar escritura pública o pretender resolver el contrato. El incumplimiento, en todo caso, no resulta significativo, ya que no sobreviene del mismo la imposibilidad de cumplir con el objeto del contrato, sino que siempre es posible su cumplimiento, la prestación es todavía posible, es decir, la obligación de escriturar de la recurrente todavía se podía cumplir.

3.- […], la reconvención por cumplimiento de contrato no podía prosperar por la conducta asumida por la apelante. Es decir, la propia recurrente no estaba en condiciones de exigir el cumplimiento porque ella misma no podía cumplir con su obligación de escriturar, al haberse obligado con respecto a una tercera persona que, como se decide finalmente, tiene mejor derecho para acceder a la escrituración, circunstancia que ha frustrado definitivamente la pretensión del actor, con la consiguiente condena subsidiaria a resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

**Texto completo:**

ACUERDO: En la Ciudad de Zapala, Provincia del Neuquén, a los treinta (30) días del mes de Julio del año 2015, la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con las señoras Vocales, doctoras Alejandra Barroso y Gabriela B. Calaccio, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Norma Alicia Fuentes, dicta sentencia en estos autos caratulados: "ELGUETA JORGE ABDULIO C/ LAVADO YANEZ YETTY PAULINA Y OTRO S/ ESCRITURACION", (Expte. Nro.: 2498, Año: 2010), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia de Villa La Angostura, con asiento en dicha ciudad.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. Alejandra Barroso, dijo:

I.- Llegan los autos a esta instancia por recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 342, contra la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2014 (fs. 324/333 vta.) que rechaza la excepción de incumplimiento y la reconvención, declara resuelto el boleto de compraventa suscripto entre las partes y condena al pago de la suma que indica liquidar, impone costas y difiere la regulación de honorarios.

Expresa agravios la recurrente conforme surge del escrito obrante a fs. 358/363.

Habiéndose conferido el pertinente traslado el mismo es contestado conforme resulta del escrito obrante a fs. 365/366.

II.- En forma preliminar la apelante resume los agravios que la sentencia le causa, señalando que solicita se haga lugar a la reconvención deducida por el incumplimiento del actor en cuanto al pago de los impuestos; se recomponga la atribución de culpas en la resolución del contrato de compraventa, proponiendo distribuir estas en el 50% y se ordene la restitución del importe del precio abonado por el actor al momento de la firma del contrato con más sus intereses desde la fecha de interposición de la demanda; se determinen las costas por su orden.

a) Agravia en primer lugar al apelante que el a quo hubiera fundado el rechazo de la excepción de incumplimiento parcial argumentando que al celebrarse el contrato de compraventa el actor no asumió obligación alguna de pago de impuestos sino sólo la obligación de pago del precio que cumplió íntegramente a la firma del boleto, es decir que

en ese momento no se había obligado al pago de los impuestos, tasas y/o gravámenes que pesaban sobre el inmueble, ello a pesar de que, al absolver posiciones reconoce haber asumido tal obligación sin precisar en qué momento.

Aduce el recurrente que lo resuelto desvirtúa el carácter consensual y no formal del contrato de compraventa e ignora el alcance del reconocimiento del actor en la absolución de posiciones, prueba fundamental rendida en autos.

Cuestiona que se haya considerado que el incumplimiento del pago de los impuestos resulta intrascendente y que no está acreditado que esa parte hubiera abonado dichos impuestos, resultando una conclusión meramente subjetiva, en contradicción con las pruebas obrantes en la causa.

Agrega que a fs. 214 el actor reconoce expresamente haber tomado a su cargo el pago de los impuestos, lo cual no cumplió, que conforme prueba producida existía deuda de impuestos que fueron abonados por la Sra. Eliana Lavado Yañez, consecuentemente y de conformidad con lo previsto por el art. 1418 del C.C., su parte nunca entregó la posesión del inmueble al actor porque éste no cumplió con el pago de los impuestos, obligación que, sin perjuicio de no constar por escrito en el contrato, afirma que integraba el precio, extremo que se acreditó mediante la absolución de posiciones.

Considera errada la conclusión del a quo al expresar que, por no constar en el boleto la obligación del pago de impuestos, no constituía una obligación a cargo del actor ni integraba el precio.

Entiende que la falta de pago de los impuestos la habilitó a ejercer el derecho que le reconoce el art. 1418 del C.C., siendo una construcción meramente dogmática y subjetiva la decisión del sentenciante en cuanto a que el incumplimiento no reviste gravedad con fundamento en no haberse incluido en forma escrita dicha prestación en el contrato, lo cual lo conduce a afirmar que las partes no le habrían otorgado trascendencia condicionante ni efectos resolutorios sobre el negocio de la venta.

Consigna que el informe de la Municipalidad de Dina Huapi da cuenta de una importante deuda de impuestos que prácticamente consumía todo el valor del inmueble, que no había sido abonada por el actor por lo que resulta improcedente y tardío el ofrecimiento de restituir cualquier suma que se haya abonado en tal concepto.

Admite que la ejecución de la deuda del inmueble la puso en obligación de vendérselo a la Sra. Eliana Duvely Lavado Yáñez, quien canceló la misma, liberándola de la obligación que pesaba sobre su persona.

En este último contrato, en el precio de venta se contempló la deuda de impuestos, y la compradora se hizo cargo del pago cancelatorio, entregándole la apelante la posesión del bien.

Señala que el a quo, con cita de doctrina, destaca que la deuda sobre el inmueble integra el precio, pero luego traiciona ese razonamiento al decir que no se acreditó que su parte hubiera pagado los impuestos, sino que los abonó un tercero.

Manifiesta que si bien esto es cierto, la Sra. Duvely los abonó porque estaban incluidos en el precio de venta del inmueble, es decir que el menor precio abonado por el inmueble contemplaba la deuda de impuestos, consecuentemente el monto abonado por dicha deuda era el que le correspondía por ser la recurrente la que debía percibir el precio de venta.

Por estas consideraciones entiende que ha quedado demostrado el yerro al rechazar totalmente la reconvención, siendo que la misma se sustentó en el incumplimiento del actor en relación al pago de los impuestos.

Entiende que la decisión arroja como resultado un enriquecimiento sin causa para el actor quien resulta beneficiado indebidamente porque nunca abonó los impuestos que se había comprometido a pagar.

Sostiene que el actor no cumplió su obligación de pagar los impuestos y el hecho de que la deuda haya sido abonada por Duvely excede la relación jurídica entre el actor y esa parte.

b) En su segunda queja controvierte la decisión en cuanto tuvo por resuelto el boleto de compraventa entre las partes por culpa exclusiva de la vendedora por haber hecho tradición del inmueble a otra compradora y condenándola al pago del valor de mercado actual del lote baldío, libre de mejoras, que había sido prometido en venta al actor.

Funda su cuestionamiento en no haber considerado el incumplimiento del actor, alterando la distribución de responsabilidad entre las partes de una manera injusta.

Argumenta que se acreditó ese incumplimiento, que el actor ofreció cumplir al contestar la reconvención pero nunca lo hizo, hecho que no puede ser soslayado al momento de la atribución de responsabilidades por la frustración del negocio jurídico.

Cuestiona que se decida que el incumplimiento del actor era un incumplimiento menor, cuando en realidad es de tal magnitud que el inmueble estaba en condiciones de ser rematado por las deudas municipales, con lo cual no se ha dimensionado adecuadamente dicho incumplimiento ni el perjuicio al que esa parte estaba sometida.

Sostiene que el proceso de ejecución (remate del inmueble) la puso en la necesidad de vender el lote a un precio mucho menor, dado que incluía las deudas.

De esta manera aduce que la condena a abonarle al actor el 100% del valor del inmueble a precio de mercado es una solución injusta que ignora la responsabilidad del actor, ya que las deudas que acumuló el inmueble producto de su conducta llevó a esa parte a desprenderse del bien a fin de evitar mayores perjuicios.

Concluye que surge claramente que el precio del inmueble estaba integrado por el pago de impuestos, y que el incumplimiento del actor implica su responsabilidad a la vez que la imposibilidad de exigir el cumplimiento de conformidad con el art. 1201 del C.C.

Solicita se revise la atribución exclusiva de culpa a su parte, otorgándose una distribución adecuada de responsabilidades, proponiendo lo sea en un 50%.

c) Finalmente y conforme lo desarrollado, solicita se revoque la imposición en costas imponiéndose en el orden causado.

Realiza otras consideraciones a las que me remito en honor a la brevedad, y solicita se revoque parcialmente la sentencia en lo que ha sido motivo de agravios haciéndose lugar a la reconvención por el monto de la deuda de impuestos con más sus intereses desde la fecha de interposición de la demanda y se recomponga la atribución de culpas en la resolución del contrato, atribuyéndose el porcentaje que corresponda de acuerdo a los incumplimientos, ordenándose la restitución del importe del precio abonado por el actor al momento de la firma del contrato de compraventa con más sus intereses desde la fecha de interposición de la demanda.

Peticiona costas por su orden.

III.- En su contestación el actor recuerda que en el responde de la excepción y en la reconvención afirmó que en el boleto de compraventa no existió cláusula contractual alguna donde su parte tuviere que hacerse cargo de los gastos y del pago de impuestos del inmueble. Que asumir esta posición en la absolución de posiciones resulta lógico para una persona de buena fe ante quien los haya abonado, pero que debe tener en cuenta que quien los abonara fue la Sra. Eliana Duvely Lavado Yáñez y nada aportó la apelante para quejarse.

Entiende que no puede hacerse cargo al actor de una cláusula inexistente, sin perjuicio de su ofrecimiento a reintegrarlos en caso de haberse abonado los impuestos, pero no puede responsabilizárselo de una obligación no asumida en el boleto de compraventa, ni consignado de alguna manera siquiera implícitamente en el mismo.

Agrega que no se ha acreditado que existiera ejecución por la deuda de impuestos del lote, nada ha acreditado con relación al inicio de un juicio ejecutivo de apremio.

Realiza otras consideraciones a las que me remito, y solicita se rechace el recurso interpuesto.

IV.- En forma previa a ingresar al estudio del recurso interpuesto señalo que considero que la queja traída cumple, aunque mínimamente, con la exigencia legal del art. 265 del C.P.C.C.

En esta cuestión, y conforme ya lo he expresado en anteriores precedentes, la jurisprudencia sostiene que: "…Este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 265 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional. De allí entonces que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten

las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto. Ahora bien, no obstante tal amplitud en la apreciación de la técnica recursiva, existe un mínimo por debajo del cual las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como agravios en el sentido que exige la ley de forma, no resultando legalmente viable discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista (conf. C. N. Civ., esta Sala, Expte. Nº 70.098/98 "Agrozonda S. A. c/Jara de Perazzo, Susana Ventura y otros s/escrituración" y Expte. Nº 60.974/99 "Agrozonda S. A. c/Santurbide S. A. y otros s/daños y perjuicios" del 14/8/09; Idem., id., Expte. Nº 43.055/99, "Vivanco, Ángela Beatriz c/Erguy, Marisa Beatriz y otros s/daños y perjuicios" del 21/12/09)….(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, "Scott, Sonia Lorena c/ Guerra Cruz, Angelina s/daños y perjuicios", 27/10/2011, Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/67333/2011)."

He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica).

También puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir a los apelantes en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimentes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean.

V.- Ingresando al análisis del escrito recursivo, adelanto que los agravios no han de merecer favorable acogida en este voto, dando mis razones.

a) En primer lugar he de referirme a la defensa de excepción de incumplimiento opuesta por la recurrente y que fuera motivo de agravios.

El decisorio rechaza la excepción al considerar que, en el boleto de compraventa reconocido por ambas partes, sólo se pactó el pago del precio de venta que el comprador (actor) abonó en forma íntegra en el acto de la firma del boleto según recibo inserto en el mismo.

En la absolución de posiciones el actor reconoce haberse comprometido al pago de gravámenes y tasas al momento de la compra conforme resulta de fs. 214, respuesta a la segunda posición reformulada en la audiencia.

Sin embargo, concuerdo con el a quo en tanto interpreta que, al no haber incluido las partes dicha obligación en las cláusulas del contrato, entiende que no le otorgaron al incumplimiento la trascendencia suficiente como para tener efectos resolutorios sobre el contrato de venta, así como también que no reviste la trascendencia y gravedad como para pretender fundar en éste la inejecución por parte de la demandada de las obligaciones a su cargo.

En el presente caso, y más allá del reconocimiento del actor en cuanto a esta obligación, no se ha acreditado que la misma integrara el precio de venta, sino que resulta una obligación accesoria y no significativa.

La excepción en cuestión sólo puede oponerse ante un incumplimiento de gravedad suficiente, y referido a la obligación principal y no a las accesorias del contrato.

En el presente caso, no resulta razonable presumir que el pago de la deuda por gravámenes que pesaban sobre el inmueble, que ni siquiera se previó como cláusula en el contrato, se refiera a la obligación principal, que en el contrato de compraventa, para el comprador y según el art. 1323 del C.C., es pagar un precio cierto en dinero.

Por otro lado, no ha acreditado la apelante como afirma en su escrito, que la deuda con la Municipalidad de Dina Huapi resultara de gran magnitud, y menos aún que consumiera todo el precio de venta ($4000,00 a marzo de 2001). No ha demostrado ni determinado concretamente a cuánto ascendía dicha deuda.

Tengo en cuenta también lo que resulta de la prueba producida, considerando los periodos que fueran asumidos, esto es desde el año 1998 al mes de marzo del año 2001, fecha de la compra, ya que los restantes periodos todavía no se habían devengado y por lo tanto no cabe asumir que se responsabilizara por deudas futuras, que por otro lado estarían a su cargo como comprador.

A título ejemplificativo, nada más, ya que la recurrente no se ha ocupado de explicarnos adecuadamente esta situación, me remito al informe de fs. 104, del que resulta que la deuda de tasas asciende a $1.417,43, pero la misma abarca el periodo de 4/1998 a 4/2007, es decir muchos más periodos que por los cuales se habría comprometido el actor.

No se hace cargo la apelante de los restantes fundamentos tenidos en consideración por el sentenciante, esto es que no se intimó al actor a abonar dichos importes, siendo una obligación sin plazo expreso y convenida verbalmente; que no acreditó la recurrente haberlos abonado, por el contrario, se encuentra demostrado que la deuda fue abonada por una tercera persona, mientras que en su demanda expresamente afirmó reiteradamente haberlos pagado (conf, fs. 49 vta. donde textualmente expresa: "los pagos realizados por mi persona, desde el mes de agosto de 1998 a la fecha ascienden a la suma de pesos treinta mil ($30.000,00)".

La recurrente ha incurrido en contradicciones inexplicables y sorprendentes ya que, al contestar demanda y reconvenir, afirmó que para pagar dicha deuda debió recurrir a un préstamo (conf. fs. 39, quinto párrafo), y que pagó $30.000,00, mientras que en esta instancia expresó que la ejecución de la deuda del inmueble por parte de la Municipalidad de Dina Huapi la "puso en la necesidad de vendérselo a la Sra. Eliana Duvely Lavado Yánez, quien canceló la misma", liberándola de esta obligación.

El ofrecimiento del actor de pagar dicha deuda, eventualmente, tampoco es irrelevante ni extemporáneo, ya que, al momento de otorgar la correspondiente escritura de dominio, se procede al pago de las deudas, sin inconveniente en este aspecto.

Consecuentemente, dicho incumplimiento, de existir, no reviste la gravedad suficiente como para excepcionar el cumplimiento de otorgar escritura pública o pretender resolver el contrato. El incumplimiento, en todo caso, no resulta significativo, ya que no sobreviene del mismo la imposibilidad de cumplir con el objeto del contrato, sino que siempre es posible su cumplimiento, la prestación es todavía posible, es decir, la obligación de escriturar de la recurrente todavía se podía cumplir.

Lo que ocurre en el presente caso, concretamente, es que la apelante se encontraba imposibilitada de otorgar dicha escritura, más allá de que el actor cumpliera con su obligación, dado que había prometido en venta nuevamente el lote y entregado la posesión a otra persona, lo que será materia de análisis al tratar el segundo agravio.

En orden a la excepción de incumplimiento la jurisprudencia sostiene que: "En el caso, y tal como pretende excepcionar el demandado, estaríamos frente a la denominada "exceptio non rite adimpleti contractus", de incumplimiento parcial o defectuoso, la que sin estar específicamente contempladas por el Código Civil, otras disposiciones del mismo prevén que el contratante demandado pueda acudir a ella, tal como es el caso de los Artículos 1425 y 1426. En todos los casos tenemos que tener en cuenta que, sustancialmente, tiene las mismas características que la excepción contemplada por el Artículo 1201 del Código Civil, de donde el "defecto" debe resultar grave e importante en el sinalagma.

Y, más allá del encuadramiento legal de la defensa opuesta por el demandado, la consecuencia del mismo y que resulta aplicable a la solución del caso, resulta la carga de la prueba referida a la exceptio, en la cual se vuelve a la regla principal, contemplada por nuestro ordenamiento adjetivo en el Artículo 179 del Código Procesal Civil, esto es que quien invoca la misma debe probarla… Por último, los impuestos y/o tasas que pudieren adeudarse deberán ser establecidas en forma concreta, previamente a la escrituración y en la medida que a cada parte le corresponde, por lo que este denunciado incumplimiento es fácil de superar…". (Cámara 5a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, "Fogal, Teresa Hilda c. Grosso, Miguel Ángel p/escrituración", 01/08/2012, LLGran Cuyo 2012 (noviembre), 1116).

Por estas razones el agravio relativo al rechazo de la defensa de incumplimiento habrá de ser rechazado.

b) En el mismo sentido he de proponer se resuelva el segundo agravio.

En primer lugar, el reclamo de la suma de $30.000,00 abonados en concepto de impuestos, tasas y otros gravámenes no resiste el más mínimo análisis, siendo que, como dije, no acreditó la recurrente haber abonado dicha suma ni ninguna otra, sino que la deuda fue pagada por un tercero, lo que no ha sido controvertido en esta instancia y llega firme.

No ha demostrado haber abonado una deuda ajena que cause la obligación de restituir las sumas pagadas, por el contrario, vendió nuevamente el inmueble, percibiendo su precio, esta vez de $15.000,00 en el año 2007.

No acreditó la apelante que el precio en esta ocasión fuera menor al valor de venta considerando que la segunda compradora asumía las deudas de impuestos y otros gravámenes, no sabemos eso, pero destaco que ya en el año 2001 la quejosa había percibido también el precio del lote por parte del actor.

Lo concreto y que surge de la prueba producida es que la apelante vendió el lote en cuestión, primeramente en el año 2001 al actor por la suma de $4.000,00 que percibió, y posteriormente en el año 2007 lo vendió a su hermana por el precio de $15.000,00 que también percibió, habiendo recibido por el lote la suma total de $ 19.000,00, en distintas fechas, sin abonar ningún impuesto ni tasa que gravara el inmueble, ni antes ni después, ni a la fecha, contrariamente a lo afirmado en su contestación de demanda y reconvención, en la cual, por otro lado si bien reclama el cumplimiento, nada dice de la venta posterior y tradición de la posesión a un tercero que imposibilitara finalmente el cumplimiento del primer contrato.

Es decir, la apelante en forma voluntaria al vender nuevamente el lote por boleto y transmitir la posesión a un tercero, sin resolver el boleto de compraventa anterior, colocó a las partes en la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones asumidas en ese boleto de compraventa.

En estos términos, la reconvención por cumplimiento de contrato no podía prosperar por la conducta asumida por la apelante. Es decir, la propia recurrente no estaba en condiciones de exigir el cumplimiento porque ella misma no podía cumplir con su obligación de escriturar, al haberse obligado con respecto a una tercera persona que, como se decide finalmente, tiene mejor derecho para acceder a la escrituración, circunstancia que ha frustrado definitivamente la pretensión del actor, con la consiguiente condena subsidiaria a resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

Este es precisamente el fundamento del a quo al resolver el contrato por culpa exclusiva de la apelante, al afirmar que la obligación de escriturar asumida por la quejosa en el boleto de compraventa suscripto con el actor, se ha tornado imposible por su conducta culposa, al haber prometido en venta y hecho la tradición a una tercera persona con posterioridad.

Esta conclusión no ha sido motivo de crítica suficiente por el apelante, y los argumentos vertidos, considerando toda la prueba rendida en autos, no alcanzan a conmover los fundamentos de la decisión en crisis, no encontrando mérito para distribuir las responsabilidades de manera diferente conforme se peticiona en esta instancia, por lo que habré de confirmarla.

Con respecto a la condena a abonar al actor el precio actual del lote como consecuencia de la resolución que se declara, y considerando como propongo se resuelvan los agravios anteriores, habré de confirmarla, agregando que la quejosa no introduce argumento alguno que me permita apartarme de lo decidido con fundamento en lo dispuesto por el art. 595 del C.C., limitándose a deslizar dicha petición en la introducción de su escrito y en el petitorio, Punto III, 3 b), solicitando "se ordene la restitución del importe del precio abonado por el Sr. Elgueta al momento del boleto de compraventa" (text.), lo cual me exime de mayores consideraciones.

c) En cuanto a la imposición de costas en la primera instancia, atento la forma en que propongo se resuelvan los dos primeros agravios, considero que corresponde su confirmación.

VI.- Por los fundamentos vertidos voy a proponer al acuerdo se confirme el decisorio apelado en lo que ha sido motivo de agravios, imponiendo las costas de esta instancia a la recurrente en su condición de vencida (art. 68 del CPCC) y difiriendo la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (arts. 20, 47 y 15 LA).

Mi voto.

A su turno, la Dra. Gabriela B. Calaccio, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia definitiva recaída en primera instancia y, en consecuencia, confirmarla en todo aquello que ha sido materia de agravios para la recurrente.
II.- Imponer las costas de Alzada a la apelante perdidosa (art. 68 del C.P.C. y C.), difiriendo la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (arts. 15, 20 y 47 de la L.A.).
III.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.
Dra. Gabriela B. Calaccio - Dra. Alejandra Barroso
Registro de Sentencias Definitivas N°: 51/2015
Dra. Norma Alicia Fuentes - Secretaria de Cámara

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

**"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ SORIA MIGUEL ÁNGEL S/ INCIDENTE"** - 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.: 408/2013) – interlocutoria: 34/15 – Fecha: 17/04/2015

DERECHO PROCESAL: PRUEBA.

RECONOCIMIENTO DE FIRMA. PERICIAL GALIGRAFICA. IMPROCEDENCIA. ACTOS JURIDICOS. INEXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO. NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO.

1.- [...] existiendo reconocimiento y ratificación por parte del actor de las firmas cuestionadas, no procede la pericia caligráfica solicitada por la incidentista. Superponer la pericial al reconocimiento existente es contrario a la lógica jurídica, ya que todo sistema patrimonial en que se basa no solo el derecho civil, sino todo el derecho privado argentino, se resquebraja al negarse al firmante el derecho concluyente de reconocer la propia firma (cfr. Marcelo L. López Mesa – "Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos y Procesales" – Depalma, 1998, pág. 302, fallo citado: CCNeuquen, Sala II, (PI 1993-I-158, Sala II).

2.- [...] sin ingresar a discurrir sobre las distintas posturas propiciadas desde los ámbitos doctrinarios con relación a la categoría de acto inexistente; diremos que generalmente hay acuerdo, como lo destaca Lino E. Palacio ("Derecho Procesal Civil"; t. IV, p. 150, n° 349), en que mientras la nulidad supone un acto que adolece de deficiencias en alguno de sus elementos esenciales, la inexistencia es un concepto aplicable a determinados hechos que presentan la apariencia de actos jurídicos, pero que en realidad no revisten el carácter de tales por carecer de alguno de aquellos elementos. En este contexto, no se podría hablar de inexistencia, pues 'existe' la firma, y se la reconoce como propia.

**Texto completo:**

San Martín de los Andes, 17 de Abril del año 2015.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ SORIA MIGUEL ÁNGEL S/ INCIDENTE" (Expte. Nro. 408, Año 2013), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la ciudad de Junín de los Andes; venidos a conocimiento de la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

CONSIDERANDO:

I.- Vienen los presentes a conocimiento de esta Sala II para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto a fs. 31 y fundado a fs. 36/43 por la Fiscalía de Estado de la Provincia contra la resolución de fs. 26/29 en cuanto rechaza el incidente de falsedad de firma e inexistencia de acto jurídico promovido por dicha parte y la producción de la prueba pericial caligráfica solicitada, imponiéndole las costas.

Señala el recurrente que la argumentación del a quo para rechazar la prueba pericial no puede tener andamiaje favorable por cuanto el mismo juez en idéntica situación ordenó su producción –firma reconocida por el incidentado mediante escrito presentado ante el juzgado- y procedió a decretar la inexistencia del acto. Señala el expediente al que hace referencia y transcribe de la resolución las partes que considera pertinentes. Indica que no puede llegar a entender cuáles han sido las razones para que en un caso idéntico a otro haya actuado y resuelto de manera totalmente opuesta. Señala que el judicante pretende otorgarle al reconocimiento del demandado un valor que no le corresponde.

Con relación a los interrogatorios testimoniales, de los cuales desconoce la firma del actor, señala el recurrente que se equivoca el sentenciante al afirmar que resultaría irrazonable su falsificación y carente de sentido su declaración de inexistencia por cuanto el mismo actor ha estado presente en las audiencias testimoniales; dado que no es menos cierto que pese a ello las firmas no le pertenecen al actor.

También considera que yerra el juez de grado al decir que el planteo devino extemporáneo por aplicación del art. 170 del CPCyC por cuanto respecto de las presentaciones que pretende revisar ha tenido plena posibilidad de control como son la demanda, contestación de traslado, petición de nuevas audiencias, presentación de interrogatorios para testigos, entre otras que señala el a quo, dado que, afirma, no ha planteado nulidad alguna, sino que, por el contrario ha planteado la inexistencia de actos, que conforme la jurisprudencia mayoritaria (que señala) el acto inexistente no alcanza a ser acto y por lo tanto no puede subsanarse. Cita jurisprudencia en sustento de su postura. Indica que hay ciertos precedentes donde se ha asimilado la falta de firma a la firma falsa, declarándose la inexistencia del escrito en ambos supuestos. Señala jurisprudencia, y ahonda en el tema de la inexistencia del acto, diferenciándola de la nulidad, con abundante citas de fallos de la Suprema Corte Bonaerense, locales y nacionales, haciendo hincapié, asimismo, en la postura mayoritaria sobre la imposibilidad de subsanación de un acto inexistente.

Por último se agravia por la imposición en costas. Argumenta que sobran las razones para haber efectuado el planteo rechazado por el juez de primera instancia, máxime cuando en otro caso similar resolviera en sentido contrario, por lo que con ello y la jurisprudencia abundante citada que avala su postura, solicita se impongan las costas de ambas instancias en el orden causado, por existir elementos que hacen presumir y dan certeza del derecho de esta parte a efectuar el planteo incidentista. Hace, asimismo, reserva de caso federal.

II.- El sentenciante, por su parte, rechaza dicho medio por cuanto el mismo incidentado ha reconocido como propias las firmas impugnadas en la contestación de agravios. Tal reconocimiento, indica el a quo, es suficiente salvo que haya sido imposible que pudiera realizar tales rúbricas en las respectivas fechas de presentación, excepción que no ha ocurrido en autos, sostiene.

Aduna el sentenciante que si bien no se desconoce la categoría de acto inexistente de un escrito judicial que presente firma apócrifa, desarrollado por la doctrina en interpretación al artículo 1012 del C.C., su aplicación en la práctica debe ser razonable y prudente, máxime frente a la carencia de indicio alguno que permita inferir la falsedad de las firmas que se impugnan.

Señala que entre los documentos objeto del presente, se han impugnado interrogatorios de los autos principales, cuando el mismo actor ha estado presente en dichas audiencias testimoniales, y que, todos los escritos bajo análisis han sido también suscriptos por su letrada patrocinante, quien respondería ante la eventual falsificación de firma frente a su cliente, y en caso de desconocimiento por éste frente a terceros. Así, concluye el Magistrado que resultaría innecesario proseguir con el incidente provocando una demora innecesaria en los principales, cuya extensa tramitación se encuentra pronta a su fin. Cita fallo en sustento de su postura.

También señala el juez que advierte que el planteo realizado, en principio, resultaría extemporáneo bajo la aplicación del art. 170 del CPCyC, máxime cuando pretende revisar presentaciones frente a las que ha tenido plena posibilidad de control (las que señala) sin que hubiera objeción alguna por parte del incidentista.

Finalmente, indica que no se advierte en el planteo de la Provincia del Neuquén, el desarrollo y ni siquiera esbozo de los agravios que tales presentaciones habrían generado sobre su parte. Y que, de proseguir con el incidente, se echaría por tierra el propio reconocimiento del Sr. Soria, y el resguardo de los principios procesales de buena fe, preclusión, economía y convalidación, cuyo respeto y aplicación hacen a la prestación de un efectivo servicio de justicia.

III.- Corrido el pertinente traslado, contesta el incidentado a fs. 45/51.

Señala la recurrida, que la apelante funda sus agravios exclusivamente en una resolución dictada por el sentenciante en el año 2010. Refiere al respecto, que de la transcripción parcial que efectúa el incidentista de dicha resolución no se advierte que fueran casos idénticos, y que el juez falla a su criterio y sana crítica, no encontrándose obligado a resolver de manera idéntica en cada caso, máxime cuando existen circunstancias que así lo ameriten. Luego, transcribe las partes del fallo que considera pertinentes, con el fin de acreditar que el a quo no solo basó el rechazo de la prueba pericial caligráfica en los argumentos que transcribe el incidentista.

Reitera, como lo hizo al contestar el incidente, que firmó cada escrito con las dos firmas que utiliza habitualmente, ya sea en el estudio de su letrada, en mesa de entradas del Juzgado, como también en su cama por no poder trasladarse debido a las descompensaciones sufridas como consecuencia de los daños que hacen al reclamo de los autos principales, por lo que sería obvio que las firmas puedan verse diferentes entre sí.

Sostiene que el sentenciante ha sido suficientemente claro al resolver, por lo que no se justifica la postura del incidentista al decir que no llega a comprender porque se resolvió de manera opuesta a su petición. Cita, en alusión a ello, el apartado 8 de los considerandos de la resolución. Con relación a la impugnación de los interrogatorios, resalta, tal como lo hizo el sentenciante, que ha concurrido a todas y cada una de las audiencias celebradas en autos, que se han reproducido de viva voz las preguntas contenidas en los interrogatorios, que ha suscripto las actas de audiencias en presencia del funcionario actuante, siendo totalmente válidos dichos actos, y que ello es reconocido por el incidentista en su expresión de agravios, por lo que mal puede pretender su declaración de inexistencia. Sostiene que los fallos citados por el mismo ceden ante la realidad de este incidente y del principal.

Indica que es evidente que el recurrente no realizó actividad probatoria alguna desde el inicio de los autos principales en el año 2008, hasta que acusó la negligencia de la prueba. Sobre el particular, indica que, lejos de preocuparse y defenderse de dicho acuse, se limita a interponer un incidente de nulidad para echar por tierra el trabajo de más de seis años, no solo de su parte, sino de todo el andamiaje judicial, dilatando con su interposición el dictado de una sentencia, ya que fue interpuesto hace más de un año.

De seguido, transcribe fallo de la Cámara Civil de Apelaciones de Neuquén (precedente "TAPIA"), que también fuera citado en la contestación del traslado del incidente, cuya doctrina fue fundamento del fallo recurrido, coincidente en el sentido del rechazo del planteo de inexistencia del acto, ya sea por preclusión de los plazos o cuando la parte convalida como propias las firmas acusadas como falsas.

Finalmente, reitera, transcribiendo los argumentos del sentenciante, que no se advierte en el planteo de la Provincia del Neuquén, los agravios que tales presentaciones le puedan ocasionar, dando lugar a un abuso procesal del derecho. Con relación a la producción prueba pericial, también transcribe lo fundamentado por el juez de grado, donde señala que se muestra innecesaria la misma más allá de su resultado, el cual puede ser falible y no es vinculante, conforme surge del artículo 476 del Código Procesal.

En cuanto a las costas, indica que no existen motivos para apartarse de la correcta resolución tomada por el a quo, la que se ajusta a derecho.

IV.- Iniciando el estudio del caso sub análisis, adelantamos que coincidimos con la solución a la que arriba el sentenciante, compartiendo la misma postura jurisprudencial que el a quo, fundamentalmente en lo que hace al valor otorgado al reconocimiento de las firmas.

Es tal aspecto, consideramos que existiendo reconocimiento y ratificación por parte del actor de las firmas cuestionadas, no procede la pericia caligráfica solicitada por la incidentista. Superponer la pericial al reconocimiento existente es contrario a la lógica jurídica, ya que todo sistema patrimonial en que se basa no solo el derecho civil, sino todo el derecho privado argentino, se resquebraja al negarse al firmante el derecho concluyente de reconocer la propia firma (cfr. Marcelo L. López Mesa – "Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos y Procesales" – Depalma, 1998, pág. 302, fallo citado: CCNeuquen, Sala II, (PI 1993-I-158, Sala II).

En igual sentido se ha dicho: "Si la persona que firmó un escrito judicial reconoce como de su autoría la firma incluida en él, el planteo de nulidad de la presentación es improcedente, pues, al no existir lesión al derecho de defensa, la inobservancia de las formas procesales no puede, por sí sola, causar la invalidez del acto (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, sala II, "Pérez Llamas, Jorge Héctor c. Mercado, Alberto Raúl s/ z- repetición de pago" • 15/02/2013, Publicado en: LLNOA 2013 (junio), 575, Cita online: AR/JUR/7758/2013).

Es dable destacar que la recurrente centra su discurso respecto a esta cuestión, en que el sentenciante en un caso análogo decidió lo contrario, haciendo lugar a la producción de la prueba pericial, y decretando posteriormente la inexistencia del acto; argumento, a poco que se repare, por demás insuficiente para rebatir lo decidido por el juez, dado que remite a un supuesto fáctico que este Cuerpo no puede corroborar.

Ingresaremos seguidamente al agravio referido a que el planteo efectuado por la recurrente no es de nulidad sino de inexistencia del acto, lo que conllevaría a la no aplicación del plazo previsto por el artículo 170 del CPCyC, que fuera considerado por el a quo como otro argumento más para rechazar el planteo, al advertir que el mismo sería extemporáneo. Habremos de señalar, primeramente, que en la demanda incidental la apelante, sin perjuicio de especificar que se trataría de actos inexistentes donde no rigen los plazos ni régimen de las nulidades (fs. 11), indica que el planteo se habría efectuado dentro de los cinco días de haber tomado conocimiento de las falsedades denunciadas (plazo que establece el mencionado artículo para articular el incidente de nulidad).

Sobre lo cual, y sin ingresar a discurrir sobre las distintas posturas propiciadas desde los ámbitos doctrinarios con relación a la categoría de acto inexistente; diremos que generalmente hay acuerdo, como lo destaca Lino E. Palacio ("Derecho Procesal Civil"; t. IV, p. 150, n° 349), en que mientras la nulidad supone un acto que adolece de deficiencias en alguno de sus elementos esenciales, la inexistencia es un concepto aplicable a determinados hechos que presentan la apariencia de actos jurídicos, pero que en realidad no revisten el carácter de tales por carecer de alguno de aquellos elementos. En este contexto, no se podría hablar de inexistencia, pues 'existe' la firma, y se la reconoce como propia.

.Es que, si lo que se ataca son las firmas insertas en escritos, el art. 1028 del Cód. Civil acuerda suficiencia al reconocimiento judicial para que el instrumento quede reconocido. La presunción de falsedad se desvanece si la parte que se considera titular la admite, mediante trámite cumplido por traslado, ya que no se trata en sentido estricto de ratificación sino de reconocimiento como propia de la firma que la contraparte considera puesta por un tercero (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala I, Fecha: 18/04/1995 Magistrados: Biocca, Uhart, Olcese, Partes: Delattanti, José Alberto v. Amoretti, Carlos Ernesto y otros s/Cobro de alquileres Publicado: BA B1950377; en fallo "Pérez Llamas", antes citado).

En igual orden, el escrito "…Sería inexistente si el mismo se hubiera presentado sin la firma del sujeto que debe expresar su voluntad respecto del objeto del acto" (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Voto Minoría: RONCORONI, "López, Raúl v. Metrogas S.A. s/ Daños y perjuicios, 19/09/2007).

Al admitir como válido un escrito dubitado se reconoce expresamente como suya la firma presuntamente falsificada asumiendo la responsabilidad y consecuencias de su declaración de voluntad, por lo que no procede poner en tela de juicio la misma, ya que admitir lo contrario sería introducir por dicha vía la inseguridad jurídica con las

consecuencias que deviene ante tal situación. Tal reconocimiento veda toda investigación al respecto, conforme a la doctrina emergente de los arts. 1012, 1026 y 1028 del Código Civil. De allí la intrascendencia de la producción de pruebas al respecto. (cfr. fallo "Pérez Llamas, antes citado).

"Si alguien afirma su firma debe primar el criterio de que le pertenece y solo podría negársele valor en caso que se probara la imposibilidad fáctica de poder haber firmado tal o cual escrito..." (cfr. Corte Suprema de Justicia de Tucumán, in re "López Antonio vs. José Luis Gómez s/ Reivindicación" sent. nº 139 del 06-05-85"; también, Sent. N° 306/92 del 12/12/92; Sent. N° 58/95 del 04/04/95; Sent. N° 75/06 del 07/03/06. "Pla Rafael Eduardo c/Derisso Manuela Antonia y otra s/Cesación de pensión alimenticia. Sentencia del 14-08-08)"; en fallo citado precedentemente); lo que no aconteció en autos, como bien señala el a quo.

Con lo antedicho, evaluamos innecesario verificar si el planteo nulificante, fue efectuado en plazo.

Sentado ello, y a mayor abundamiento, advertimos que no puede otorgarse a los meros dichos de quién no resulta un idóneo en la materia un carácter interruptivo de la instancia a fin de sustanciar el incidente en tanto el mismo carezca de la verosimilitud suficiente, por cuanto de lo contrario estaríamos admitiendo que cualquier demandado mediante planteos como el que nos ocupa podrían paralizar los procesos en que resultan partes, con solo desconocer o dudar de la autenticidad de las firmas de su contraria aún en las instancias terminales del proceso, como el de autos (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, "De Leo, Julio C. c. Martin, Dora R. y otros • 22/03/2002, Publicado en: LA LEY 2002 - D, 833, Cita online: AR/JUR/2475/2002).

Por otra parte, y en este sentido también coincidente con la postura asumida por el sentenciante de grado, es dable señalar que las formas procesales son el medio del que el legislador se vale para hacer efectiva la garantía constitucional de la defensa en juicio; importando la indefensión la máxima nulidad en que puede incurrirse en un proceso. En cambio, si no existe lesión al derecho de defensa, la inobservancia de las formas procesales no es, por sí sola, causa de invalidez del fallo porque ellas no son fines en sí mismas, sino medios para alcanzar un fin; por lo que, dado que en los presentes, el recurrente no ha demostrado cuál es el perjuicio que se le ha ocasionado, carece de interés legítimo en el planteo, por cuanto la posible invalidez de los actos procesales debe examinarse, en el caso, en función de la trascendencia que el pretenso vicio presentara respecto a la garantía de la defensa en juicio (CF. SCJTuc., "Ferreyra Mario y otros s/Triple Homicidio", 30/3/95; CSJNac., "Fiscal c/S.W.R. y otros", 11/8/88).

Por último, y desde otra perspectiva, se ha dicho: "Corresponde rechazar la petición de la demandada de considerar inexistentes ciertos actos procesales por carecer de la firma auténtica de la contraparte, pues los escritos judiciales revisten el carácter de instrumentos públicos y se realizan bajo la responsabilidad profesional de quien asiste jurídicamente al presentante, correspondiendo otorgarles por tal circunstancia preliminar autenticidad en tanto no se demuestre lo contrario con muy fundadas razones" (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, "De Leo, Julio C. c. Martin, Dora R. y otros • 22/03/2002, Publicado en: LA LEY 2002 - D, 833, Cita online: AR/JUR/2475/2002).

V.- En cuanto a la apelación de las costas, habremos de confirmar, asimismo, la imposición dispuesta por el a quo. Es que, no advertimos porque debería apartarse en los presentes del principio general, máxime cuando el argumento de la apelante para que sean impuestas por su orden, es el mismo utilizado para fundar lo central de sus agravios; esto es, que el juez -en el caso que señaló, y que considera análogo a los presentes-, resolvió en sentido contrario; añadiendo a ello que su postura es avalada por frondosa jurisprudencia. Tales consideraciones, no son suficientes para lograr modificar las costas impuestas en la instancia de grado.

VI.- Las costas de esta instancia, asimismo, serán impuestas a la recurrente perdidosa, por no encontrar mérito para apartarnos del principio general de la derrota establecido en el art. 68 del CPCyC..

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto, con costas a la recurrente vencida (art. 68 CPCyC).

II.- Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello.

III.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.
Dra. María Julia Barrese - Dr. Dardo W. Troncoso
Registro de Sentencias Interlocutorias N°: 34/2015

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

**"UNIÓN DE TRABAJADORES DEL TURISMO Y GASTRONÓMICOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA C/ WETTSTEIN ALAN GERMAN S/ COBRO EJECUTIVO"** - 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.: 41425/2015) – Interlocutoria: 82/15 – Fecha: 15/09/2015

DERECHO COMERCIAL: Títulos de crédito.

CHEQUE DE PAGO DIFERIDO. PRESCRIPCION. DECLARACION DE OFICIO. RECHAZO.

Corresponde revocar la resolución en cuanto declara de oficio prescripta la acción respecto de dos cheques de pago diferido. En efecto, tal como señala el recurrente, la prescripción no puede ser declarada de oficio por el juez. Así lo prescribía el Código Civil antes de la reforma (art. 3964), y lo sigue manteniendo el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 2552: "Facultades Judiciales. El juez no puede declarar de oficio la prescripción", señalando el artículo 2551 que las vías procesales para articular la prescripción son por vía de acción o de excepción.

**Texto completo:**

San Martín de los Andes, 15 de Septiembre del año 2015.
VISTAS:
Las presentes actuaciones caratuladas: "UNIÓN DE TRABAJADORES DEL TURISMO Y GASTRONÓMICOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA C/ WETTSTEIN ALAN GERMAN S/ COBRO EJECUTIVO" (Expte. Nro. 41425, Año 2015), del Registro de la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes; venidos a conocimiento de la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;
CONSIDERANDO:
I.- Vienen los presentes a estudio de esta Sala I, para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto y fundado por la parte actora a fs. 27/vta.
Contra la resolución interlocutoria dictada a fs. 22/23 con fecha 20 de mayo del corriente, en cuanto rechaza in limine y parcialmente la ejecución, declarando de oficio prescripta la acción respecto de dos cheques de pago diferido; en síntesis.
Refiere el recurrente que, el sentenciante consideró que respecto de los referidos cheques, transcurrió ampliamente el plazo de prescripción previsto por el art. 61 de la ley 24.452, a la fecha de inicio de la acción. Sobre ello, señala que conforme el art. 3964 del Código Civil, la prescripción no obra de pleno derecho, de modo tal que debe ser alegada por el deudor y ello no puede suplirlo el juez. Transcribe la nota a dicho artículo, en la que Vélez

Sarsfield señala que, supliendo de oficio la prescripción, el juez supliría hechos que debían demostrarse, por lo que no alegada ni probada por el interesado no puede ser conocida o verificada por el juez. Cita fallo de la CSJN en tal sentido y en apoyo de su postura.

Como segundo agravio indica que la acción no se encuentra prescripta, toda vez que resulta aplicable a los presentes la causal de suspensión prevista por el art. 3986 2do. Párrafo del CC, por cuanto con las cartas documentos que remitió (que acompañó al inicio) operó la mentada suspensión de la prescripción por un año. Cita otro fallo en este sentido.

Así, solicita la revocación de la resolución recurrida.

II.- Ingresando al estudio del recurso sub análisis, adelantamos que habremos de hacer lugar al mismo.

En efecto, tal como señala el recurrente, la prescripción no puede ser declarada de oficio por el juez. Así lo prescribía el Código Civil antes de la reforma (art. 3964), y lo sigue manteniendo el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 2552: "Facultades Judiciales. El juez no puede declarar de oficio la prescripción", señalando el artículo 2551 que las vías procesales para articular la prescripción son por vía de acción o de excepción.

El a quo considera que, conforme el análisis que efectúa en virtud de lo dispuesto por el art. 531 del CPCyC, y lo dispuesto por el art. 523 inciso 5to. del mismo cuerpo legal, dos de los cheques con los que se pretende ejecutar, no traen aparejada ejecución por encontrarse respecto de ellos prescripta la acción. Señala, de manera genérica, y de acuerdo a doctrina que cita, en qué consta el examen del título, que prescribe el primero de los artículos señalados. Así concluye, que los plazos de prescripción establecidos en el art. 61 de la ley 24.452, han transcurridos ampliamente respecto de los referidos cheques; por lo que no existiría chance de que la petición prospere, y por ende, no ve motivo para continuar con el trámite ocasionando un dispendio jurisdiccional; aun cuando, –sostiene- la improponibilidad objetiva de la demanda debe resolverse con extrema prudencia.

Avalando lo sostenido en el primer párrafo de estos considerandos, es dable citar la siguiente jurisprudencia: "El examen cuidadoso del título que debe hacer el juez en esta etapa, sólo debe limitarse a comprobar si éste se halla comprendido en los arts. 521 y 522 del mismo código o en otra disposición legal, y si se encuentran cumplidos los presupuestos procesales, no debiendo extremarse aquél hasta incursionar en derechos reservados al deudor, que podrá ejercitarlos o no por vía de las excepciones pertinentes (art. 529 Código Procesal). Es que la facultad que se otorga al juez de examinar el título con que se deduce la ejecución, se extiende solamente a controlar los aspectos del título en cuanto a su viabilidad formal, por ejemplo si se han cumplido los recaudos procesales (suma líquida y exigible, no sujeta a condición; determinación clara del sujeto activo y pasivo, etc.); reunidos los cuales la ejecución debe ser despachada, no pudiendo por el contrario ese examen ir más allá y considerar cuestiones que hacen al fondo del asunto; así, verificar si la acción prescribió o no; si hay compensación, etc., puesto que los mismos deben quedar supeditados a que el ejecutado los plantee en la instancia procesal correspondiente y ser resuelto por la sentencia so pena de lesionar el principio de bilateralidad, caer en prejuzgamiento y distorsionar la naturaleza jurídica del proceso ejecutivo, si se los resuelve por el juez de oficio antes de trabarse la litis" (cfr. CC0201 LP 92461 RSI-282-00 I 26/12/2000 - Carátula: "Distrinando S.A. c/ Fernández, Nélida s/ Cobro ejecutivo" -Magistrados Votantes: Marroco-Sosa).

Además que, "La prescripción liberatoria es una institución establecida en beneficio exclusivo de los deudores (art. 4017 Cód. Civ.), quienes deben invocarla al contestar la demanda o en la primer presentación que hagan en el juicio (art. 3962 Cód. cit.). Lo expuesto habla a las claras de que el orden público no se encuentra involucrado en ella y que los jueces no pueden aplicarla de oficio, siendo procedente únicamente a petición de parte (cfr. CCI Art. 3962 | CCI Art. 4017 | CC0002 SM 44954 RSD-357-98 S 15/10/1998 Juez MARES (SD) - Carátula: Cali, Norberto I.A. c/ Cufre, Carlos Alberto s/ Cobro ejecutivo - Magistrados Votantes: Mares-Occhiuzzi-Cabanas).

"La prescripción liberatoria no produce efectos de pleno derecho ni puede declarársela de oficio, pues esa decisión sólo puede devenir de un expreso pedido de la parte interesada formulado en la oportunidad que establece la ley" (cfr. CC0002 SM 47399 RSD-79-00 S 16/03/2000 Juez OCCHIUZZI (SD) - Carátula: Heregal Combustibles S.R.L. c/Jorge, Carlos Alberto s/Prepara vía ejecutiva -Magistrados Votantes: Occhiuzzi-Cabanas-Mares).

A mayor abundamiento, "El instituto en estudio es renunciable ya sea en forma expresa o tácita, configurándose esta última cuando transcurrido el plazo y tratándose de juicio ejecutivo no se ha opuesto la defensa de prescripción.

Sentado ello se colige que la prescripción liberatoria no opera de pleno derecho ni se la puede declarar de oficio, sino que la decisión a su respecto debe ser consecuencia de un expreso y categórico pedido de la parte interesada al momento de oponer las defensas que la ley establece -art. 542, inc. 5 del C.P.C.C.- (cfr. CPCB Art. 542 Inc. 5 Ver Norma | CC0002 MO 43910 RSI-134-1 S 10/04/2001 Juez GALLO (SD) - Carátula: Niz, Rocío Marta c/Chemes, Nilda Beatriz s/Ejecutivo - Observaciones: (Trib.Orig. JC7) - Magistrados Votantes: Gallo - Calosso – Ferrari).

En virtud de lo desarrollado, deviene innecesario ingresar al análisis del segundo agravio del recurrente.

Así las cosas, conforme lo prescripto por la legislación vigente y jurisprudencia en igual sentido, habremos de revocar la resolución en crisis, en cuanto rechaza in limine la acción intentada respecto de los cheques de pago diferido n° 57438054 y 57438055.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en todo lo que ha sido materia de recurso y agravio para la recurrente, y por ende, revocar la resolución en crisis, en cuanto rechaza in limine la acción intentada respecto de los cheques de pago diferido n° 57438054 y 57438055.

II.- Sin costas por no encontrarse trabada la litis, y diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello.

III.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase el legajo al Juzgado de trámite de los autos principales.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dra. Alejandra Barroso

Registro de Sentencias Interlocutorias N°: 82/2015

Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

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

**"CONSIGLI MARIA LUISA S/ SUCESION AB-INTESTATO"** - 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.: 36069/2014) – Interlocutoria: 83/15 – Fecha: 15/09/2015

DERECHO CIVIL: Sucesiones.

PROCESO SUCESORIO. DECLARATORIA DE HEREDEROS. INSCRIPCIÓN DE BIENES. INTIMACION. BOLETO DE COMPRAVENTA. DOMINIO. ADQUISICION. FACULTADES DEL JUEZ.

Cabe confirmar lo resuelto por el juez de grado que mediante providencia rechaza el pedido de "intimación" dirigido al padre de la recurrente para que agregue en autos la escritura original (se refiere al Acta Notarial de regularización dominial inscripto en el registro, cuya copia acompañara...), a fin de proceder a la inscripción de la declaratoria de herederos sobre el 50% del inmueble que pertenece al acervo hereditario de la causante. Ello así, es claro que el a quo no está negando que la causante no haya adquirido derechos sobre el inmueble por medio del boleto de

compraventa mencionado, cuya copia obra en autos (como se agravia la recurrente), sino que, señala, que el mismo no hace nacer en los compradores el derecho de dominio sobre el bien, sino el derecho a exigir el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio. Y en tal sentido, no se puede inscribir la declaratoria con respecto a dicho bien en el porcentaje que correspondería a la causante, por cuanto no medió adquisición del dominio en vida de la misma.

**Texto completo:**

San Martín de los Andes, 15 de Septiembre del año 2015.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "CONSIGLI MARIA LUISA S/ SUCESION AB-INTESTATO" (Expte. Nro. 36069, Año 2014), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la ciudad de Junín de los Andes; venidos a conocimiento de la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

CONSIDERANDO:

I.- Vienen las presentes a estudio de esta Sala, para el tratamiento del recurso de apelación subsidiario interpuesto a fs. 63/64 por la heredera Lucrecia Guerra, contra la providencia de fs. 62 dictada con fecha 18/05/2015, en cuanto rechaza la intimación peticionada por la misma para que el Sr. Martín Guerra (padre de la misma y también heredero de la causante) presente el original de la escritura del inmueble que menciona, a fin de inscribir la declaratoria de herederos sobre el 50% del inmueble que pertenece al acervo de la causante, conforme asevera. El a quo rechaza la intimación, por cuanto no surge que el bien inmueble que se denuncia fuera de propiedad de la causante al momento de su fallecimiento, y por ende, lo tiene como no integrante del acervo hereditario.

Señala la recurrente que la mencionada providencia le causa gravamen irreparable. Indica que denunció dicho bien como integrante del acervo, y que el artículo 1.271 del C.C. (hoy –similar- art. 466 CCyCN), establece qué bienes pertenecen como gananciales al causante, y tal sería uno de ellos.

Señala que la sociedad conyugal se disolvió por muerte de la Sra. Consigli y el inmueble en cuestión fue adquirido por la Sra. Consigli y el Sr. Guerra en carácter de cónyuges el 6/5/1986 mediante boleto de compraventa agregado en autos, cuyas firmas se encuentran certificadas, lo cual acreditaría que el inmueble fue adquirido antes del fallecimiento.

Refiere que en la escritura se hace mención al boleto de compraventa y se dejó asentado que se había adquirido la propiedad de esa manera, por lo que estaría suficientemente acreditado que la propiedad fue adquirida antes de la muerte de la Sra. Consigli, y por lo cual, es bien ganancial.

Sostiene que el hecho de que su padre haya iniciado las diligencias para regularizar el dominio no le quita carácter ganancial al inmueble, máxime cuando fue el mismo boleto el que diera origen al trámite.

En tales términos solicita se revoque la providencia, revocatoria que es rechazada por el a quo concediendo la apelación subsidiaria.

II.- Sostiene el sentenciante que la recurrente pretende incluir en el acervo hereditario, un bien inmueble que la causante habría adquirido mediante la firma de un boleto de compraventa junto con su cónyuge, el Sr. Guerra, en el año 1986. Sostiene que la suscripción de un simple boleto de compraventa de inmuebles no hace nacer en los compradores el derecho de dominio sobre el bien, sino el derecho a exigir el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio.

Indica que en autos no se acreditó que la causante y su cónyuge hubieran adquirido al momento de la muerte de la Sra. Consigli el derecho de dominio sobre el inmueble en cuestión, y por ello resulta evidente que el bien no puede formar parte de su acervo hereditario.

Sin perjuicio de ello, señala el Magistrado que el administrador de la sucesión y/o quien resulte legitimado podrá iniciar las acciones que correspondan a fin de hacer valer los derechos que derivan del boleto de compraventa suscripto por la causante y su cónyuge, y eventualmente traer a la sucesión dicho inmueble.

Por otra parte señala el a quo que el acta notarial de fecha 28/10/2013, inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia del Neuquén en fecha 13/06/2014, y el particular régimen previsto por las leyes 24.374 y 2660 (regularización dominial), no le otorga a sus beneficiarios el derecho de propiedad sobre el inmueble de que se trate por la mera inscripción en el Registro del acta de constatación, sino su conversión de pleno derecho en dominio perfecto transcurrido el plazo de diez años.

Con tales argumentos, el sentenciante rechaza la revocatoria y concede la apelación.

III.- Iniciando el tratamiento recursivo, adelantamos que habremos de confirmar la resolución en crisis.

Liminarmente, diremos que, la petición en concreto de la recurrente, que fuera rechazada por en la instancia de grado, y que motivara la apelación subsidiaria en estudio, es la "intimación" al Sr. Guerra (su padre) para que agregue en autos la escritura original (se refiere al Acta Notarial de regularización dominial inscripto en el registro, cuya copia acompañara a fs. 54/56), a fin de proceder a la inscripción de la declaratoria de herederos sobre el 50% del inmueble que pertenece al acervo hereditario de la causante.

Sobre este tópico, diremos por una parte que la sucesión es un proceso voluntario, por lo que todas las cuestiones incidentales y que generen o puedan generar controversia tienen que tramitar por la vía que corresponda. Tal situación, se vislumbra en la intimación que pretende la recurrente. Es que,

"El proceso sucesorio es el procedimiento voluntario universal mediante el cual se identifica a los sucesores o se aprueba formalmente el testamento, se determina el activo y el pasivo del causante y se distribuye el haber líquido hereditario (cfr. CC0001 SI 77409 RSD-325-98 S 14/07/1998 Juez MEDINA (SD) - Carátula: Wernicke, Federico Roberto s/ Sucesión - Magistrados Votantes: Medina-Arazi- Cabrera de Carranza). La ausencia de litis y de controversia que se manifiesta en el inicio de un sucesorio hace que no nos hallemos ante la demanda de una parte contra otra u otras; no hay una pretensión de un actor contra un demandado, sino tan solo una solicitud o petición. Pero existiendo oposición media la transformación del proceso voluntario en proceso contencioso (cfr. JZ0000 TO 84 I 06/05/1998 - Carátula: Giles de Hourcade, María B. y otro s/sus sucesiones - Magistrados Votantes: Rípodas).

Por otra parte, lo resuelto por el juez en la providencia en cuestión, al rechazar la intimación que peticiona, se enmarca dentro de las facultades del juez como director del proceso, por ende, no le genera un gravamen irreparable a la recurrente.

Sentado ello, es claro que el a quo no está negando que la causante no haya adquirido derechos sobre el inmueble por medio del boleto de compraventa mencionado, cuya copia obra en autos (como se agravia la recurrente), sino que, señala, que el mismo no hace nacer en los compradores el derecho de dominio sobre el bien, sino el derecho a exigir el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio. Y en tal sentido, no se puede inscribir la declaratoria con respecto a dicho bien en el porcentaje que correspondería a la causante, por cuanto no medió adquisición del dominio en vida de la misma.

A mayor abundamiento, dado que la investidura de la calidad de heredero lo es desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, lo resuelto no obsta a que pueda ejercer todas las acciones transmisibles que correspondían a la causante (art. 2337 CCyC); y entre ellas, las que correspondan por el inmueble en cuestión.

El art. 2280 del Código Civil y Comercial de la Nación (similar, art. 3418 en el anterior Código Civil), relativo a la situación de los herederos, señala que desde la muerte del causante los herederos continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor. Por ello, tal como lo indica el sentenciante, el administrador de la sucesión y/o quien resulte legitimado podrá iniciar las acciones que correspondan a fin de hacer valer los derechos que derivan del boleto de compraventa suscripto por la de cujus y su cónyuge, y eventualmente traer a la sucesión dicho inmueble.

Por último, también en coincidencia con lo sostenido por el a quo, la copia de la escritura acompañada, de fecha 28/10/2013, inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia del Neuquén, lo es dentro del régimen de

regularización dominial previsto por las leyes 24.374 y 2.660, y no le otorga a sus beneficiarios el derecho de propiedad sobre el inmueble de que se trate, sino su conversión de pleno derecho en dominio perfecto transcurrido el plazo de diez años (art. 17 de la Ley 2.660). Es dable señalar, asimismo, que la recurrente podría llegar a acogerse a igual beneficio, dado que la Ley 2.660, menciona entre los que pueden ampararse en dicho régimen, procedimiento y beneficios, a los sucesores hereditarios del ocupante originario (art. 2 Ley 2.660). Pero tal petición, deberá encausarla por la vía adecuada. Por su parte, el art. 8 de la ley 24.374, señala: "La inscripción registral a la que se refiere el inciso e) se convertirá de pleno derecho en dominio perfecto transcurrido el plazo de diez años contados a partir de su registración. Los titulares de dominio y/o quienes se consideren con derecho sobre los inmuebles que resulten objeto de dicha inscripción, podrán ejercer las acciones que correspondan, inclusive, en su caso, la de expropiación inversa, hasta que se cumpla el plazo aludido".

Sin más que ahondar, considerando ajustado a derecho lo resuelto por el juez de grado, habremos de rechazar la apelación subsidiaria en estudio; con costas a la recurrente vencida.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la heredera Lucrecia Guerra; y confirmar la providencia de fs. 62 dictada con fecha 18/05/2015; con costas a la vencida (art. 68 del CPCyC).

II.- Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello.

III.- Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan las actuaciones a origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dra. Alejandra Barroso

Registro de Sentencias Interlocutorias N°: 83/2015

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

**"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ FERNÁNDEZ SEBASTIÁN S/ APREMIO"** - 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.: 39715/2014) – Interlocutoria: 90/15 – Fecha: 07/10/2015

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

APREMIO. MANDAMIENTO. PAGO ANTERIOR AL DILIGENCIAMIENTO. MORA AUTOMATICA. COSTAS AL DEUDOR. HONORARIOS. ETAPAS. MINIMO LEGAL.

Si el deudor abona su deuda con anterioridad a la intimación de pago, y se encontraba en mora, debe soportar las costas derivadas de los trámites realizados con posterioridad a ella para procurar el cobro del crédito. Es que, como el artículo 539 del CPCCN (similar en el orden local) guarda silencio para el supuesto de que el deudor pague antes del requerimiento; como advierte Podetti, habrá que atenerse a lo que dispone el art. 509 del Código Civil (en igual sentido, hoy art. 886 del nuevo Código

Civil y Comercial de la Nación); es decir, la mora automática; la que se condice, como señaláramos, con lo dispuesto en el artículo 106 del Código Fiscal, aplicable a la materia de autos.

**Texto completo:**

San Martín de los Andes, 7 de Octubre del año 2015.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ FERNÁNDEZ SEBASTIÁN S/ APREMIO" (Expte. Nro. 39715, Año 2014), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la ciudad de Junín de los Andes; venidos a conocimiento de la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

CONSIDERANDO:

I.- Vienen las presentes a estudio de esta Sala II, para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto a fs. 15 por el Dr. ... como gestor procesal del demandado -el que es fundado a fs. 17/18, donde, asimismo, le es ratificada la gestión-; contra la imposición en costas y honorarios regulados en la resolución de trance y remate obrante a fs. 14/vta. de las presentes.

II.- Expresa el recurrente que, con relación a las costas el juez se limita a aplicar una regla general, sin analizar las circunstancias particulares de la causa. Señala que de las constancias del expediente se puede advertir claramente que su parte cuando tomó conocimiento de la existencia de una boleta de deuda expedida por la DGR, y que la misma ya se había judicializado, se presentó espontáneamente y depositó la suma reclamada, actualizada, y dio en pago la misma prestando conformidad para su retiro por parte de la actora.

Considera que no es un dato menor que jamás fue intimado al pago judicial ni extrajudicial, por lo que no resulta equitativo que se le impongan las costas de una ejecución a la que se presentó y pagó espontáneamente previa a cualquier intimación.

En tales términos, solicita se deje sin efecto la imposición en costas, en lo que respecta al menos, al pago de los honorarios del Sr. Fiscal de Estado y su apoderado, quienes, además de no haber intimado su pago, perciben un haber mensual por parte de la Provincia del Neuquén, afirma.

En segundo lugar, se agravia por el monto de los honorarios regulados a los profesionales intervinientes, incluido su patrocinante, a quienes se les ha regulado por toda una etapa de la ejecución, cuando solo presentaron un escrito, y ni siquiera habían presentado para su confronte y diligenciamiento el mandamiento de intimación de pago, ordenado el 12/11/2014; sostiene.

Indica que la situación de su patrocinante es similar, por cuanto solo participó en el escrito de fs. 10.

Señala que no es la intención cuestionar la calidad y extensión de los trabajos profesionales, pero considera que los honorarios no guardan relación ni con el capital reclamado ($597,71) ni con la suma actualizada ($854,04), y que fuera dada en pago antes de cualquier intimación, reitera.

Así, solicita se revoque la resolución en crisis.

III.- Corrido el pertinenete traslado de los agravios, los mismos son contestados por la actora a fs. 20vta., solicitando su rechazo, conforme a los argumentos que esgrime y a los que nos remitimos en honor a la brevedad.

IV.- Liminarmente, adelantamos que habremos de rechazar el recurso de apelación interpuesto, conforme lo que seguidamente expondremos.

Con relación al primer agravio por la imposición en costas, no enerva a lo dispuesto en la instancia de grado, que el demandado se haya presentado a dar en pago las sumas reclamadas sin que haya sido intimado de pago y citado de remate en el presente trámite; ello por cuanto ya se encontraba en mora.

Tal lo señalado por el a quo en la resolución en crisis al disponer sobre las costas: "…dada la traba de la relación jurídico procesal en los términos expuestos, es claro que la misma se encontraba en mora a la fecha de inicio de la

presente ejecución y que tal circunstancia dio lugar a la misma. En consecuencia, las costas serán soportadas por la ejecutada objetivamente vencida. Máxime, considerando que en esta clase de juicios el allanamiento no tiene ningún efecto para liberarse del pago de las costas...".

En efecto, tal como señala la recurrida, el Código Fiscal dispone (ley especial aplicable a la presente ejecución por apremio) en su artículo 106: "El cobro judicial de los impuestos, tasas, contribuciones, actualizaciones, intereses, multas ejecutoriadas y cualquier otro débito que corresponda a las obligaciones tributarias que efectúe la Dirección, se practicará por la vía de apremio, una vez vencidos los plazos generales o especiales para el pago, sin necesidad de mediar intimación o requerimiento individual alguno" (el resaltado nos pertenece). Es decir que la mora es automática, en concordancia con la regla general establecida en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (art. 886).

Por ende, no empece el hecho de que se haya presentado y pagado espontáneamente en la ejecución para que no se le impongan las costas, dado que, valga la redundancia, se encontraba en mora.

Es que, "La intimación de pago no es más que una diligencia dentro del trámite del juicio ejecutivo…" (cfr. Roberto G. Loutayf Ranea, "Condena en costas en el proceso civil", Editorial Astrea, 2000, pág. 383).

Si el deudor abona su deuda con anterioridad a la intimación de pago, y se encontraba en mora, debe soportar las costas derivadas de los trámites realizados con posterioridad a ella para procurar el cobro del crédito. Es que, como el artículo 539 del CPCCN (similar en el orden local) guarda silencio para el supuesto de que el deudor pague antes del requerimiento; como advierte Podetti, habrá que atenerse a lo que dispone el art. 509 del Código Civil (en igual sentido, hoy art. 886 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación); es decir, la mora automática; la que se condice, como señaláramos, con lo dispuesto en el artículo 106 del Código Fiscal, aplicable a la materia de autos.

A mayor abundamiento, aunque pagare en el acto de la intimación judicial, son a su cargo las costas del juicio; así lo establece el artículo 539 del CPCyC (similar en el orden nacional). Ello no es más que la ratificación de los principios generales en materia de costas, en especial, los del art. 70 del ordenamiento nacional (similar en el orden local), que excluye de la exención de costas allí prevista al sujeto que se allana encontrándose ya en mora (obra antes citada, pág. 383).

Finalmente, no resiste el menor análisis el argumento del peticionante en cuanto solicita se deje sin efecto la imposición en costas, aunque sea en lo que respecta al pago de los honorarios del Sr. Fiscal de Estado y su apoderado, por el hecho de que perciben un haber mensual por parte de la Provincia del Neuquén.

Sin más que abundar al respecto, consideramos ajustada a derecho la imposición en costas efectuada en la instancia de grado.

Con relación al segundo agravio en torno a los honorarios regulados, es dable señalar que, efectuados los cálculos del auto regulatorio, se advierte que el a quo ha regulado el honorario mínimo previsto en el art. 9 del arancel, para la primer etapa del proceso ejecutivo (art. 40), es decir, el equivalente a 3.5 JUS. Considerando, asimismo, las actuaciones en el carácter de patrocinante y de apoderado.

Se desprende claramente que el mínimo arancelario fue la pauta utilizada por el judicante al momento de establecer la honorarios profesionales, para el presente proceso ejecutivo.

Ahora bien, de la simple lectura del memorial, se observa que la demandada no se hace cargo de cuestionar dichos mínimos legales, no desprendiéndose planteamiento alguno a las previsiones del art. 9 de la normativa aludida. Tal falta de crítica, torna a la queja en infundada; por lo que el recurso no puede prosperar.

Es dable señalar a esta altura, como ya lo hemos hecho en otras oportunidades, nuestra posición en cuanto a los honorarios mínimos. En tal orden, compartimos la postura mayoritaria sostenida por la ex Cámara en Todos los Fueros de San Martín de los Andes, en concordancia, asimismo, con la de distintos tribunales, en cuanto al respeto de los mínimos legales arancelarios; y así lo hemos señalado en otros pronunciamientos de esta Sala. Se ha dicho en tales precedentes: "la existencia de honorarios mínimos no sólo resguarda la dignidad del abogado sino que también es una manera de jerarquizar al profesional en aquéllos procesos de escaso monto, asegurándole al justiciable el derecho de defensa, al saber que su letrado obtendrá el reconocimiento a una retribución justa" (cfr. María Claudia del Carmen Pita - "Honorarios" – Editorial La Ley – 2008 - pág. 83). En sentido similar, la jurisprudencia ha dicho que "la exigua base

regulatoria no puede implicar una reducción de los honorarios, porque justamente la ley ha previsto los mínimos para cuando dicha base sea exigua, en atención a la dignidad del trabajo profesional, a la necesidad de asegurar una remuneración mínima, no sólo porque ello hace al derecho del letrado que vive de su trabajo, sino también para evitar que existan causas en las que el justiciable no consiga letrado que lo patrocine ante lo escaso de los honorarios a regular" (cfr. Cámara 8va. De Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 07/02/2008, "Fácil S.A. c. Sosa, Ramón Eduardo" La Ley Online, en obra antes citada, pág. 83) (cfr. Ex Cámara en Todos los Fueros, RI 329/2012, 330/2012, 422/2012, entre muchas otras) (esta Sala, en autos "RUBIO SONIA YANET C/ LOPEZ NOEMI S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES" -Expte. Nro. 36262, Año 2014 – R.I. 44/2015, Fecha: 22/5/15). Esta Sala se ha expedido con relación a la cuestión de los honorarios mínimos, aunque en un proceso laboral (autos "FIGUEROA ALICIA NORMA Y OTRO C/ BINNING ANTHONY S/ COBRO DE HABERES - Expte. 26699, Año 2010 -, S.D. 16/15, Fecha: 1/4/15, voto del Dr. Furlotti); en este sentido: "La ley 1594 en su artículo 9 establece el piso mínimo de honorarios que le corresponde percibir al/los letrado/s patrocinante/s de la parte gananciosa, en concordancia con la sistemática de la normativa arancelaria que calcula todos los porcentajes a partir de dicho profesional (cfr. CAZ RI 70/2006, 30-05-06), en los procesos de conocimiento al establecer "En ningún caso los honorarios de los abogados serán fijados en sumas inferiores a diez (10) Jus en los procesos de conocimiento…." (tex.)"…. "El honorario mínimo que establece la ley procura dignificar la profesión del abogado asegurando una retribución adecuada a la jerarquía de su ministerio y al tiempo que insume su defensa. Si ese honorario resulta elevado en proporción al valor de los derechos litigiosos en los pleitos de exigua cuantía, la solución debe proporcionarla la ley a través de mecanismos de redistribución que permitan trasladar esa cargo al conjunto económico. Pretender que el problema sea asumido por los abogados es reparar una injusticia con otra mayor. El derecho del profesional de ejercer su ministerio mediante una retribución digna tiene también protección constitucional (art. 14 y 14 bis de la Constitución Nacional) de modo que no puede ser ignorado para preservar otro derecho del mismo rango, cuyo adecuado ejercicio debe ser regulado por la ley" (cfr. CACiv. y Com 3ra Nominación, Córdoba, -Bertarelli, Mario A. c/ Caja de Prev. y Seg. Social de Abogados y Procuradores de la Provincia de Córdoba- y sus citas, 18-11-1993, LLC 1994, 355)" (cfr. esta Sala, en autos: "MUR ADRIAN C/ COMPAÑIA DE INSUMOS PATAGONICOS S.A. S/ COBRO DE HABERES" - Expte. Nro. 33336, Año 2012-, del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la ciudad de Junín de los Andes, R.I: 58/2015, Fecha: 23/7/2015).

Así las cosas, y conforme lo fundamentado, habremos de confirmar la resolución en crisis, con costas al recurrente vencido, por no encontrar mérito para apartarnos del principio objetivo de la derrota (art. 68 primera parte del CPCyC).

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citadas y a la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación arancelaria interpuesto por la parte demandada; con costas a su cargo (art. 68 primera parte del arancel).

II.- Regular los honorarios del Dr. ..., por su actuación en el doble carácter por la parte actora, en la suma de Quinientos Ochenta ($580.-), y los del Dr. ..., como patrocinante del demandado, en la suma de Peos Trescientos ($300.-), conforme lo regulado en origen, y artículos 7 in fine, 10 y 15 del la ley 1594.

III.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

Dr. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Sentencias Interlocutorias N°: 90/2015

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

**"LASALA NANCY ANABELA C/ GARCIA JUAN MANUEL Y OTRO S/ COBRO EJECUTIVO"** - 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.: 35379/2013) – Interlocutoria: 93/15 – Fecha: 08/10/2015

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

HONORARIOS. HONORARIOS DEL ABOGADO. GASTOS DE APERTURA DE CARPETA. LABOR EXTRAJUDICIAL.

La ejecutante no puede incluir, dentro de los gastos del proceso abarcados por la condena en costas, el importe que su letrado percibió de aquella en concepto de "gastos artículo 9, apartado II, inciso 11 Ley 1594" –apertura de carpeta-. Ello es así, toda vez que la citada ley específicamente regula los importes mínimos con los que corresponde retribuir la labor del profesional por tareas extrajudiciales, esto es, en los supuestos en los que la cuestión no llegó a conocimiento del órgano judicial. Aquí yace el error conceptual que arrastra la ejecutante desde la introducción de la cuestión y que la lleva a reclamar como "gasto" del proceso aquello que es un "honorario".

**Texto completo:**

San Martín de los Andes, 08 de Octubre del año 2015.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "LASALA NANCY ANABELA C/ GARCIA JUAN MANUEL Y OTRO S/ COBRO EJECUTIVO" (Expte. Nro. 35379, Año 2013), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la ciudad de Junín de los Andes; venidos a conocimiento de la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

CONSIDERANDO:

I.- Se elevan los autos a consideración de este tribunal de Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto de manera subsidiaria, por la ejecutante, contra el proveído de fs. 44/vta.

En la resolución en crisis, el juez a-quo aprobó parcialmente la planilla de liquidación practicada por la parte actora (fs. 39/vta.), excluyendo el rubro por gasto de "apertura de carpeta" (art. 9, apartado II, inciso 11, de la Ley 1.594).

Para inclinarse por tal decisión, el magistrado señaló que el comprobante acompañado por la accionante (recibo de fs. 26) fue emitido el 12/03/2014, es decir, con posterioridad a la fecha de iniciación del proceso (05/09/2013).

Asimismo, con cita de abundante jurisprudencia, remarcó que los gastos extrajudiciales que no son imprescindibles para la promoción del juicio sino que son efectuados para un mejor funcionamiento interno del estudio profesional no son "gastos" que puedan comprenderse en las costas.

De igual manera indicó, también a través de cita jurisprudencial, que los gastos a los que hace alusión el artículo 9, apartado II, inciso 11, se vinculan con tareas extrajudiciales, lo que descalifica su englobamiento en el concepto de costas.

II.- Mediante el escrito de fs. 45, la ejecutante se queja del criterio seguido por el a-quo porque dice que el artículo a modo de ejemplo habla de "fotocopias" y "abrir carpetas", pero en ningún momento coloca un límite temporal para acompañar la factura por dichos gastos (aunque el comprobante acompañado es, en realidad, un recibo).

Afirma, también, que "los gastos de carpetas forma parte integral de las costas del proceso", y que las mismas fueron impuestas a la demandada. Que estando la sentencia notificada y habiéndose condenado a los demandados a cargar con las costas del presente proceso, y siendo que los gastos del artículo 9 fueron debidamente acreditados, corresponde la revocación del fallo atacado.

III.- Sin perjuicio de que el magistrado ya había otorgado los fundamentos que lo llevaron a descartar el rubro de la liquidación practicada por la quejosa, al rechazar la revocatoria amplió los mismos, indicando que el pretendido "gasto" no fue tal, porque no se lo incluyó en la demanda y se emitió el comprobante 6 meses después. Es decir, que su desembolso no obedeció al inicio del juicio. Con cita de doctrina reafirmó su postura en el sentido de que no corresponde incluir en la condena en costas el rubro individualizado como "art. 9, ap. II Ley 1594".

Finalmente señaló que la inclusión extemporánea del recibo generaría un injustificado crecimiento del crédito a favor de la accionante y en desmedro del demandado, porque a la fecha de entablar la demanda el valor del JUS era inferior al de la fecha en la que se emitió el recibo.

Por tales razones, rechazó la revocatoria ensayada y concedió la apelación interpuesta subsidiariamente.

IV.- Sustanciado el escrito que hizo las veces de memorial con la contraria, el mismo no merece respuesta, lógica consecuencia del estado de rebeldía de los accionados.

V.- De la descripción de la cuestión realizada en los considerandos precedentes se desprende que el punto a resolver es si la ejecutante puede incluir, dentro de los gastos del proceso abarcados por la condena en costas, el importe que su letrado percibió de aquella en concepto de "gastos artículo 9, apartado II, inciso 11 Ley 1594" (ver fs. 26).

Y, desde ya, podemos adelantar que la temática ha sido correctamente resuelta por el magistrado de grado lo que, en definitiva, le niega todo andamiaje a la impugnación de la quejosa.

La ley provincial 1.594 rige las remuneraciones al trabajo personal del profesional abogado o procurador, ya sea en su desempeño judicial, extrajudicial o en sede administrativa (Cfr. artículo 1°). No contiene disposiciones sobre costas procesales, las cuales deben buscarse en el Capítulo V, del Título II del Código de forma.

El apartado II del artículo 9 de la citada ley específicamente regula los importes mínimos con los que corresponde retribuir la labor del profesional por tareas extrajudiciales, esto es, en los supuestos en los que la cuestión no llegó a conocimiento del órgano judicial.

Aquí yace el error conceptual que arrastra la ejecutante desde la introducción de la cuestión y que la lleva a reclamar como "gasto" del proceso aquello que es un "honorario".

Con esclarecedora sencillez, la jurisprudencia bonaerense (donde rige una ley de similar redacción a la nuestra) ha señalado: "La inclusión en el acápite II del artículo 9 de la ley 8904, de los gastos administrativos de estudio para iniciar juicios, se vincula con tareas -como lo indica su título- de naturaleza extrajudicial, lo que descalifica "ab-initio", su englobamiento en el concepto de costas, toda vez que tal retribución es asignable en compensación por el análisis de una controversia de intereses que no llega a los estrados judiciales. Por el contrario arribando el conflicto a la jurisdicción, esos gastos se encuentran comprendidos en la regulación de honorarios de la profesional, por lo que no cabe su reintegro" [Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quilmes, sala I • Rivero, Oscar v. Peugeot Citroen s/ Daños y perjuicios • 09/02/2009 • 14/152008; publicado en www.laleyonline.com.ar].

En igual sentido se ha dicho: 'El rubro "apertura a carpeta" no puede quedar comprendido dentro de los gastos que debe reembolsar el vencido, desde que en sí mismo no es imprescindible para la promoción del juicio, sino que es una erogación realizada para el mejor funcionamiento interno del estudio del letrado que asistió al vencedor (art. 77 Código Procesal)' [CC0201 LP 89022 RSI-314-99 I 23/12/1999; Carátula: Fisco de la Provincia de Bs. As. c/Scotto Wis, Enrique s/Expropiación inversa, publicado en www.juba.scba.gov.ar].

Con mucha mayor claridad y en fecha más reciente, la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires aclaró la cuestión conceptual en los siguientes términos: 'el decreto ley arancelario 8904/77 en este aspecto contiene una

redacción algo ambigua y poco feliz que podría llevar a confundir que aquello que se indica en el artículo 9. II. 11. son gastos y no honorarios. Veamos: el artículo 9. II se titula "Honorarios mínimos por la labor extrajudicial" y en el sub inciso 11 se indican "Por gastos administrativos de estudio para iniciación de juicios (fotocopias, abrir carpetas, aportes de colegio, etc.) un jus. Entonces, ¿cómo cabe interpretar lo allí dicho? ¿A qué se refiere la norma? ¿A honorarios o a gastos? Para dar un sentido lógico al precepto normativo cabe interpretar que lo que la ley de honorarios quiso retribuir con un jus son los honorarios extrajudiciales devengados para estudiar una causa (v.gr. por el estudio mismo, por la extracción de fotocopias, la apertura de una carpeta, y demás labores extrajudiciales que no llegan a los estrados); y no -en vez- el gasto de la fotocopia, la carpeta, la tinta, las hojas etc.; honorarios aquellos que de iniciarse el juicio quedan por cierto incluidos en la regulación que se practique en éste. Cosa distinta son los gastos que el abogado realice para iniciar el juicio: los llamados telefónicos que hubiera realizado para comunicarse con su cliente e incluso con la contraparte para arribar a un acuerdo, las hojas que utilice para confeccionar la demanda, la tinta que gaste en ello, las fotocopias para traslado, etc., etc. Estos gastos obviamente también extrajudiciales, una vez iniciado el proceso quedan alcanzados por la condena en costas (art. 77, cód. proc.)'. [Cámara de Apelación Civil y Comercial Trenque Lauquen; del primer voto de la Dra. Silvia E. Scelzo, en autos: "MORENO, MAXIMILIANO RAUL C/ CABRERA, ROBERTO ALFREDO S/ COBRO EJECUTIVO"; Expte.: -88803- Fecha del acuerdo: 07-05-2014. Libro: 45/Registro: 109. Publicado en http://blogs.scba.gov.ar/].

VI.- Pero el reclamo del rubro tampoco tiene viabilidad por el carácter antojadizo de la tasación. Descartada la aplicabilidad del precepto de la Ley Arancelaria (es decir, que no constituye un parámetro para valorar el pretenso gasto de la ejecutante), le correspondía a esta probar el importe concreto de la hipotética erogación, cuestión que no ha hecho.

El recibo de fs. 26 no cumple con dicha finalidad, puesto que fue imputado a un concepto que, como ya se explicó in extensum, no puede ser incluido en la condena en costas y, en consecuencia, no deben rembolsar los ejecutados.

En el acuerdo citado en párrafos precedentes se indicó: "4- Y bien, continuando con el tratamiento del rubro referido en el considerando 3-, considero que corresponde rechazarlo por falta de alegación y prueba de concretas erogaciones que pudieran ser encuadradas bajo el rótulo "gastos de estudio" y por $232 (arts. 77, 34.4 y 375 cód. proc.). Se dirá que esas concretas erogaciones son las previstas en el art. 9.II.11 del d-ley 8904/77, pero entonces: a- ¿cuáles fotocopias contribuyeron a justificar un gasto de $ 232?; son evidentes las fotocopias de fs. 5 y 6/vta., pero eso es muy poco para trepar hasta esa cifra; b- no se ve cuál pudiera ser el costo de "abrir" una o más carpetas;".

Y, con mucha perspicacia, continuó el vocal que con su voto germinó la decisión mayoritaria: 'A mi ver, lo que el art. 9.II.11 del d-ley 8904/77 ha querido contemplar es el honorario devengado por el trabajo profesional prejudicial mínimo -graficado inmejorablemente con la expresión "abrir carpetas"- y sólo para dar fundamento a su justiprecio -1 jus- ha utilizado como parámetros ciertos gastos propios de ese trabajo: considerar que ese precepto se refiere literalmente a gastos es hacer caer al legislador en la inconsecuencia de confundir honorarios con gastos. Otra inconsecuencia ulterior sería la irrefrenable inclusión automática del rubro "gastos de estudio" en todas y cada una de las liquidaciones de todos los juicios, sin prueba de la existencia de todos y cada uno de los gastos, y sólo de pleno derecho por virtud del art. 9.II.11 del d-ley 8904/77' [Cfr. Cámara de Apelación Civil y Comercial Trenque Lauquen; segundo voto del Dr. Toribio E. Sosa, en el fallo ya citado].

VII.- En conclusión, la solución a la que arribó el a-quo se encuentra ajustada a derecho y corresponde, sin más, rechazar la apelación subsidiaria ensayada por la recurrente.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto –en subsidio- por la parte ejecutante contra el proveído de fs. 44/vta. y, en consecuencia, confirmarlo en aquello que ha sido materia de agravio para la apelante.

II.- Sin costas en esta instancia, por inexistencia de contradicción, y sin regulación de honorarios de Alzada, por no tratarse de tareas que ameriten una regulación independiente.

III.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Sentencias Interlocutorias N°: 93/2015

Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

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