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

AÑO IV – N° 6, Noviembre / Diciembre 2016

Año 2016
Secretaría de Biblioteca y Jurisprudencia

Presentación

La Secretaría de Biblioteca y Jurisprudencia del Poder Judicial pone a consideración de los usuarios el presente Boletín N° 6, Noviembre/Diciembre 2016. Contiene todas las resoluciones: Acuerdos, Sentencias e Interlocutorias **ingresadas a la base de datos y publicadas** durante el período.

Las correspondientes al año 2015 las encontrará a texto completo, en el caso de las de años anteriores solo se publica una referencia. Para acceder al texto completo de éstas, deberán recurrir al sitio web: http://www.jusneuquen.gov.ar/index.php/jurisprudencia

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

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

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

Saludos cordiales

Diciembre/2016

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

Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia

- **"ESPINDOLA DANIEL DEMETRIO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 2527/2008) – Acuerdo: 54/16 – Fecha: 10/06/2016 ver texto
- **"RODRÍGUEZ SANDRA MONICA C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3020/2010) – Acuerdo: 94/16 – Fecha: 14/10/2016 ver texto
- **"DEL RIO EDUARDO Y OTRO C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD"** –(Expte.: 4805/2014) – Acuerdo: 01/16 – Fecha: 23/03/2016 ver texto
- **"VAZQUEZ CLARINDA ROSA Y VAZQUEZ SEBASTIAN RENE C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – (Expte.: 3838/2012) – Acuerdo: 02/16 – Fecha: 25/07/2016 ver texto
- **"MORAÑA CARLOS ALBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CÓ S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – (Expte.: 3792/2012) – Acuerdo: 03/16 – Fecha: 29/07/2016 ver texto
- **"CIFUENTES MAURICIO FABIAN C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – (Expte.: 6311/2015) – Acuerdo: 04/16 – Fecha: 08/08/2016 ver texto
- **"ASOCIACION DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DE LA JUSTICIA DEL NEUQUEN Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – (Expte.: 3147/2010) – Acuerdo: 05/16 – Fecha: 18/10/2016 ver texto
- **"CLIBA INGENIERIA AMBIENTAL S. A. C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3373/2011) - Acuerdo: 07/16 – Fecha: 16/10/1602 ver texto
- **"OLAVE MARIA CRISTINA Y OTRA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTRO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3013/2010) – Acuerdo: 09/16 – Fecha: 29/02/2016 ver texto

Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia

- **"SEPÚLVEDA CLELIA ISABEL Y OTRO C/ POLICLÍNICO NEUQUÉN S.A. S/ COBRO DE HABERES"** – (Expte.: 126/2014) – Acuerdo: 16/16 – Fecha: 04/10/2016 ver texto
- **"VÁZQUEZ ROSANA C/ PADILLA JUAN CARLOS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO**

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

DE AUTOMOTOR CON LESIÓN O MUERTE" – (Expte.: 91/2013) – Acuerdo: 19/16 – Fecha: 12/10/2016 ver texto

- **"COMUNIDAD MAPUCHE MELLAO MORALES C/ CORPORAC. MINERA DEL NQN. S.E. S/ ACCIÓN DE NULIDAD S/ INCIDENTE DE ELEVACIÓN"** – (Expte.: 28/2012) – Acuerdo: 20/16 – Fecha: 20/10/2016 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ CARPOSTAS S.A. S/ EXPROPIACIÓN"** - (Expte.: 157/2014) – Acuerdo: 21/16 – Fecha: 21/10/2016 ver texto
- **"A.C.U. de N. C/ BANCO PROVINCIA DEL NEUQUÉN S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL"** – (Expte.: 152/2012) – Acuerdo: 22/16 – Fecha: 31/10/2016 ver texto
- **"CARDELLINO JAVIER C/ S. A. IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S/ EJECUCIÓN DE HONORARIOS"** - (Expte.: 1582/2014) – Acuerdo: 23/16 – Fecha: 02/11/2016 ver texto

Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia

- **"R. L. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** – (Expte.: 15541/2015) – Acuerdo: 18/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto

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

- **"BENEDETTI JOSE PEDRO C/ Y.P.F S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 459782/2011) – Sentencia: 204/16 – Fecha: 18/10/2016 ver texto
- **"ORELLANA JOSE LAUREANO C/ VERGARA ANGEL RAUL Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL"** - (Expte.: 382997/2008) – Sentencia: 205/16 – Fecha: 20/10/2016 ver texto
- **"QUINTANA ROBERTO OMAR C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 443970/2011) – Sentencia: 210/16 – Fecha: 27/10/2016 ver texto
- **"MAUREYRA LIRIA INES C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D.Y P. - MALA PRAXIS"** - (Expte.: 430766/2010) – Sentencia: 212/16 – Fecha: 27/10/2016 ver texto
- **"JARA AGUSTINA DEL CARMEN C/ CAJA DE AHORROS Y SEGUROS S.A. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - (Expte.: 370364/2008) – Sentencia: 216/16 – Fecha: 01/11/2016 ver texto

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

- **"HUENTO ELOY Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER Y OTRO S/ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 506311/2014) – Sentencia: 217/16 – Fecha: 01/11/2016 ver texto
- **"SOLIS JOSE DANIEL C/ ORTIZ NATALIA EVA Y OTROS S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 401767/2009) – Sentencia: 218/16 – Fecha: 01/11/2016 ver texto
- **"FERNANDEZ OSCAR GASTON C/ BANCO COLUMBIA SA S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 468648/2012) – Sentencia: 221/16 – Fecha: 03/11/2016 ver texto
- **"VALDA ELENA VIVIANA C/ EXPERIENCIA ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - (Expte.: 449087/2011) – Sentencia: 223/16 – Fecha: 03/11/2016 ver texto
- **"CARUZZO CLAUDIA PATRICIA C/ KOCH SERGIO ARIEL S/D.Y P. RES.CONTRACTUAL PARTICULARES"** - (Expte.: 427310/2010) – Sentencia: 230/16 – Fecha: 15/11/2016 ver texto
- **"GAETE SERGIO DANIEL C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D.Y P. RESP CONT. ESTADO"** - (Expte.: 475547/2013) – Sentencia: 238/16 – Fecha: 29/11/2016 ver texto
- **"B. M. E. C/ C. G. A. S/ INC. MODIFICACION REGIMEN DE VISITAS"** - (Expte.: 60199/2013) – Interlocutoria: 415/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto
- **"CORREA JUAN CARLOS C/ SU FRIGORIFICO S.A. Y OTROS S/ D.Y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESION)"** - (Expte.: 368743/2008) – Sentencia: 237/16 – Fecha: 29/11/2016 ver texto
- **"S. S. V. S/ SITUACION LEY 2212" -** (Expte.: 74737/2016) – Interlocutoria: 343/16 – Fecha: 29/09/2016 ver texto
- **"BENEGAS LUIS GUILLERMO C/ BAKER HUGHES ARGENTINA S.R.L. S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"** - (Expte.: 506133/2015) – Interlocutoria: 442/16 – Fecha: 01/12/2016 ver texto

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

- **"PAIARECCI ALEJANDRO C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - (Expte.: 467754/2012) – Sentencia: 194/16 – Fecha: 20/10/2016 ver texto
- **"MUÑOZ SOTO VICTOR MANUEL C/ CARINAO CARINAO RENE RAFAEL Y OTRO S/ D.Y.P.X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 473183/2012) – Sentencia: 197/16 – Fecha: 27/10/2016 ver texto
- **"SZECHENYI ALEJANDRO GABRIEL C/ CLUB BANCO PROVINCIA NEUQUEN S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 381647/2008) – Sentencia: 199/16 – Fecha: 01/11/2016 ver texto

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

- **"LANDEROS ROBERTO ELIASAR C/ CASTAÑARES TOMAS S/D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE"** - (Expte.: 474131/2013) – Sentencia: 201/16 – Fecha: 01/11/2016 ver texto
- **"ORTIZ MIGUEL ANGEL C/ PECOM SERVICIOS ENERGIA S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 424237/2010) – Sentencia: 202/16 – Fecha: 03/11/2016 ver texto
- **"GARCIA ROSA AMELIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO" -** (Expte.: 407940/2010) – Sentencia: 203/16 – Fecha: 03/11/2016 ver texto
- **"GIMENEZ ADELAIDA ERCILIA C/ GONZALEZ FEDERICO MANUEL Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 468588/2012) – Sentencia: 206/16 – Fecha: 08/11/2016 ver texto
- **"CASAJUS SANTIAGO JOSE C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 471538/2012) – Sentencia: 208/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto
- **"SAN MARTIN ELSA Y OTROS C/ VAZQUEZ JORGE ALBERTO S/ D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE"** - (Expte.: 391124/2009) – Sentencia: 210/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto
- **"GUTIERREZ CARLOS ALBERTO Y OTRO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 400274/2016) – Sentencia: 211/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto
- **"GOMEZ JONATAN C/ MUÑIZ AARON CALEB Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 461319/2016) – Sentencia: 212/16 – Fecha: 10/11/16 ver texto
- **"CABILLA LILIANA BEATRIZ C/ SUCESORES DE IGLESIAS HUGO Y OTRO S/ D. Y P.- MALA PRAXIS"** - (Expte.: 357516/2016) – Sentencia: 215/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto
- **"FERREIRA HECTOR MARCELINO Y OTRO C/ PAREDES ALICIA S/ ACCION DE NULIDAD"** - (Expte.: 513391/2016) – Interlocutoria: 329/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto
- **"SECCHI ANDREA KARINA C/ EMEBESUR S.A. Y OTRO S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 508518/2016) – Interlocutoria: 330/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto
- **"PROVINCIA DE NEUQUEN C/ HUCZAK JUAN ARIEL S/ APREMIO"** - (Expte.: 6712/2014) – Interlocutoria: 208/16 – Fecha: 28/07/2016 ver texto

- **"B. C. S/ ABUSO SEXUAL"** - (Expte.: OFIJU 25/2014) – Sentencia: 72/16 - Fecha: 08/08/2016 ver texto
- **"G. R. S/ ABUSO SEXUAL"** - (Expte.: MPFZA 13805/2014) – Sentencia: 70/16 - Fecha: 05/08/2016 ver texto
- **"COSTICH MARTÍN SEBASTIÁN S/ LESIONES GRAVES EN CONCURSO CON PORTACIÓN DE ARMA DE GUERRA"** - (Expte.: MPFNQ 12862/2014) – Sentencia: 74/16 - Fecha: 16/08/2016 ver texto
- **"R. L. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** - (Expte.: MPFJU 15541/2015) – Sentencia 83/16 – Fecha: 31/08/2016 ver texto
- **"ALMIRON CARLOS EDGARDO - BLANCO JUAN ABEL - MILLA JOSE MARTIN - ESEISA SILVIO CESAR S/ ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES ESTAFA"** - (Expte.: MPFZA 13389/2014) – Sentencia: 76/16 - Fecha: 19/08/2016 ver texto
- **"LOPEZ MIGUEL ANGEL – JARA JUAN RAMON S/ HOMICIDIO"** – (Expte.: MPFCU 14402/2014) – Sentencia 75/16 – Fecha: 17/08/2016 ver texto
- **"C. C. S/ ABUSO SEXUAL"** – (Expte.: MPFJU 12870/2014) – Sentencia: 77/16 – Fecha: 22/08/16 ver texto
- **"G. F. S/ ABUSO SEXUAL"** – (Expte.: OFICU 149/2014) – Sentencia: 73/16 – Fecha: 08/08/2016 ver texto
- **"JARA RAUL DEL CARMEN S/ HOMICIDIO"** – (Expte.: MPFNQ 10868/2014) – Sentencia: 20/2016 – Fecha: 10/03/2016 ver texto
- **"S. O. A. S/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE CALIFICADO"** – (Expte.: MPFNQ 15184/2014) – Sentencia: 71/16 – Fecha: 08/08/16 ver texto
- **"C. N. O. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"** - (Expte.: MPFNQ 12567/2014) – Sentencia: 85/16 - Fecha: 01/09/2016 ver texto
- **"A. A. L. S/ INFRACCION ART. 119 CP"** - (Expte.: MPFNQ 17244/2014)- Sentencia: 79/16 - Fecha: 23/08/2016 ver texto
- **"P. R. D. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"** - (Expte.: MPFZA 10344/2014) – Sentencia: 90/16 - Fecha: 07/09/2016 ver texto
- **"ROSAS GASTÓN NICOLAS - BERNARDELLI ASDRUBAL MIRKO - GONZALEZ GUSTAVO MARCELO - CATALAN SERGIO RAUL Y CASTILLO MARTIN ALEJANDRO S/ TORTURA"** - (Expte.: MPFNQ 12611/2014) – Sentencia: 89/16 - Fecha: 05/09/2016 ver texto
- **"HERMOSILLA CLAUDIO MAXIMILIANO S/ HOMICIDIO"** - (Expte.: 13917/2014) – Sentencia: 86/16 - Fecha: 01/09/2016 ver texto
- **"PEREIRA BLANCA PRIMITIVA - CAPRIO ALEJANDRO MAXIMILIANO - CAPRIO ÉRICA NOEMI S/ ESTAFA"** - (Expte.: MPFNQ 11246/2014) – Sentencia: 91/16 - Fecha: 08/09/2016 ver texto

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

- **"A. R. E. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** - (Expte.: MPFZA 12337/2014) – Sentencia: 93/16 - Fecha: 13/09/2016 ver texto
- **"P. G. F. S/ ABUSO SEXUAL"** - (Expte.: MPFNQ 23660/2014) – Sentencia: 81/16 - Fecha: 30/08/2016 ver texto
- **"CERDA ANTOLIN S/ HOMICIDIO"** - (Expte.: MPFNQ 10380/2014) – Sentencia: 94/16 - Fecha: 12/09/2016 ver texto
- **"GONZALEZ LIDIA MARIELA S/ TENTATIVA DE HOMICIDIO"** - (Expte.: 15146/2015) – Sentencia: 95/16 - Fecha: 16/09/2016 ver texto
- **"S. E. E. S/ ABUSO SEXUAL SIMPLE"** - (Expte.: OFIZA 175/2014) – Sentencia: 96/16 - Fecha: 21/09/2016 ver texto
- **"VENEGAS JACOBO - PARRA ROBERTO CARLOS S/ LESIONES CULPOSAS"** - (Expte.: OFIZA 16943/201) – Sentencia: 99/16 - Fecha: 26/09/2016 ver texto
- **"VALDEZ ROBERTO MARCELO S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO"** - (Expte.: MPFNQ 52587/2015) – Sentencia: 107/16 - Fecha: 06/10/2016 ver texto
- **"R. R. H. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** - (Expte.: MPFNQ 19272/2014) – Sentencia: 97/16 - Fecha: 21/09/2016 ver texto
- **"M. S. L. F. S/ INFRACCION ART. 119 CP"** - (Expte.: MPFNQ 20609/2014) – Sentencia: 100/16 - Fecha: 26/09/2016 ver texto
- **"G. C. S/ ABUSO SEXUAL"** - (Expte.: MPFJU 15900/2015) – Sentencia: 103/16 - Fecha: 29/09/2016 ver texto
- **"F. P. J. S/ ABUSO SEXUAL"** - (Expte.: MPFZA 14718/2015) – Sentencia: 102/16 - Fecha: 27/09/2016 ver texto
- **"RODRIGUEZ NICOLAS M. – HERRERA GONZALO E. S/ ROBO CALIFICADO"** - (Expte.: MPFCU 18006/2015) – Sentencia: 104/16 - Fecha: 29/09/2016 ver texto
- **"RODRIGUEZ VICTOR EMANUEL S/ LESIONES GRAVES CALIFICADAS"** - (Expte.: MPFNQ 12878/2014) – Sentencia: 105/16 - Fecha: 30/09/2016 ver texto

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

- **"CHEUQUEPAN DOMINGA INES C/ PREVENCION A.R.T S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** - (Expte.: 37238/2014) – Acuerdo: S/N – Fecha: 12/10/2016 ver texto

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

- **"NAHUEL MARIA MIRTHA - SILVA MARCIANO S/ USURPACION"** – (Expte.: 15455/2015 – Sentencia: S/N – Fecha: 09/11/2016 ver texto

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

Por Tema

Abuso sexual

- **"M. S. L. F. S/ INFRACCION ART. 119 CP"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 20609/2014) – Sentencia: 100/16 - Fecha: 26/09/2016 ver texto

Accidente de trabajo

- **"ORELLANA JOSE LAUREANO C/ VERGARA ANGEL RAUL Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 382997/2008) – Sentencia: 205/16 – Fecha: 20/10/2016 ver texto
- **"VALDA ELENA VIVIANA C/ EXPERIENCIA ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" -** Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 449087/2011) – Sentencia: 223/16 – Fecha: 03/11/2016 ver texto
- **"PAIARECCI ALEJANDRO C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 467754/2012) – Sentencia: 194/16 – Fecha: 20/10/2016 ver texto

Acción de amparo

- **"HUENTO ELOY Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER Y OTRO S/ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 506311/2014) – Sentencia: 217/16 – Fecha: 01/11/2016 ver texto

Acción de inconstitucionalidad

- **"DEL RIO EDUARDO Y OTRO C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4805/14) – Acuerdo: 01/16 – Fecha: 23-03-2016 ver texto
- **"VAZQUEZ CLARINDA ROSA Y VAZQUEZ SEBASTIAN RENE C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3838/2012) – Acuerdo: 02/16 – Fecha: 25/07/2016 ver texto

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

- **"MORAÑA CARLOS ALBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CÓ S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3792/2012) – Acuerdo: 03/16 – Fecha: 29/07/2016 ver texto
- **"CIFUENTES MAURICIO FABIAN C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 6311/2015) – Acuerdo: 04/16 – Fecha: 08/08/2016 ver texto
- **"ASOCIACION DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DE LA JUSTICIA DEL NEUQUEN Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia- Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3147/2010) – Acuerdo: 05/16 – Fecha: 18/10/2016 ver texto

Actos procesales

- **"BENEGAS LUIS GUILLERMO C/ BAKER HUGHES ARGENTINA S.R.L. S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 506133/2015) – Interlocutoria: 442/16 – Fecha: 01/12/2016 ver texto
- **"FERREIRA HECTOR MARCELINO Y OTRO C/ PAREDES ALICIA S/ ACCION DE NULIDAD"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 513391/2016) – Interlocutoria: 329/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto

Agravante de la pena

- **"LOPEZ MIGUEL ANGEL – JARA JUAN RAMON S/ HOMICIDIO"** – Tribunal de Impugnación – (Expte.: MPFCU 14402/2014) – Sentencia 75/16 – Fecha: 17/08/2016 ver texto

Arbitrariedad

- **"A. R. E. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 12337/2014) – Sentencia: 93/16 - Fecha: 13/09/2016 ver texto

Carga de la prueba

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

- **"A. A. L. S/ INFRACCION ART. 119 CP"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 17244/2014)- Sentencia: 79/16 - Fecha: 23/08/2016 ver texto

Contrato de trabajo

- **"SEPÚLVEDA CLELIA ISABEL Y OTRO C/ POLICLÍNICO NEUQUÉN S.A. S/ COBRO DE HABERES"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 126/2014) – Acuerdo: 16/16 – Fecha: 04/10/2016 ver texto
- **"BENEDETTI JOSE PEDRO C/ Y.P.F S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 459782/2011) – Sentencia: 204/16 – Fecha: 18/10/2016 ver texto
- **"QUINTANA ROBERTO OMAR C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 443970/2011) – Sentencia: 210/16 – Fecha: 27/10/2016 ver texto
- **"FERNANDEZ OSCAR GASTON C/ BANCO COLUMBIA SA S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 468648/2012) – Sentencia: 221/16 – Fecha: 03/11/2016 ver texto
- **"SZECHENYI ALEJANDRO GABRIEL C/ CLUB BANCO PROVINCIA NEUQUEN S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 381647/2008) – Sentencia: 199/16 – Fecha: 01/11/2016 ver texto
- **"ORTIZ MIGUEL ANGEL C/ PECOM SERVICIOS ENERGIA S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 424237/2010) – Sentencia: 202/16 – Fecha: 03/11/2016 ver texto
- **"CASAJUS SANTIAGO JOSE C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 471538/2012) – Sentencia: 208/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto

Control de constitucionalidad

- **"C. C. S/ ABUSO SEXUAL"** – Tribunal de Impugnación – (Expte.: MPFJU 12870/2014) – Sentencia: 77/16 – Fecha: 22/08/16 ver texto

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

Daños y perjuicios

- **"VÁZQUEZ ROSANA C/ PADILLA JUAN CARLOS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO DE AUTOMOTOR CON LESIÓN O MUERTE"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 91/2013) – Acuerdo: 19/16 – Fecha: 12/10/2016 ver texto
- **"A.C.U. de N. C/ BANCO PROVINCIA DEL NEUQUÉN S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 152/2012) – Acuerdo: 22/16 – Fecha: 31/10/2016 ver texto
- **"SOLIS JOSE DANIEL C/ ORTIZ NATALIA EVA Y OTROS S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 401767/2009) – Sentencia: 218/16 – Fecha: 01/11/2016 ver texto
- **"CARUZZO CLAUDIA PATRICIA C/ KOCH SERGIO ARIEL S/D.Y P. RES.CONTRACTUAL PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 427310/2010) – Sentencia: 230/16 – Fecha: 15/11/2016 ver texto
- **"GAETE SERGIO DANIEL C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D.Y P. RESP CONT. ESTADO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 475547/2013) – Sentencia: 238/16 – Fecha: 29/11/2016 ver texto
- **"CORREA JUAN CARLOS C/ SU FRIGORIFICO S.A. Y OTROS S/ D.Y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESION)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 368743/2008) – Sentencia: 237/16 – Fecha: 29/11/2016 ver texto
- **"MUÑOZ SOTO VICTOR MANUEL C/ CARINAO CARINAO RENE RAFAEL Y OTRO S/ D.Y.P.X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 473183/2012) – Sentencia: 197/16 – Fecha: 27/10/2016 ver texto
- **"LANDEROS ROBERTO ELIASAR C/ CASTAÑARES TOMAS S/D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 474131/2013) – Sentencia: 201/16 – Fecha: 01/11/2016 ver texto
- **"GARCIA ROSA AMELIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 407940/2010) – Sentencia: 203/16 – Fecha: 03/11/2016 ver texto

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

- **"GIMENEZ ADELAIDA ERCILIA C/ GONZALEZ FEDERICO MANUEL Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 468588/2012) – Sentencia: 206/16 – Fecha: 08/11/2016 ver texto
- **"SAN MARTIN ELSA Y OTROS C/ VAZQUEZ JORGE ALBERTO S/ D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 391124/2009) – Sentencia: 210/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto
- **"GUTIERREZ CARLOS ALBERTO Y OTRO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 400274/2016) – Sentencia: 211/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto
- **"GOMEZ JONATAN C/ MUÑIZ AARON CALEB Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 461319/2016) – Sentencia: 212/16 – Fecha: 10/11/16 ver texto
- **"CABILLA LILIANA BEATRIZ C/ SUCESORES DE IGLESIAS HUGO Y OTRO S/ D. Y P.- MALA PRAXIS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 357516/2016) – Sentencia: 215/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto

Declaración de la víctima

- **"S. E. E. S/ ABUSO SEXUAL SIMPLE"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: OFIZA 175/2014) – Sentencia: 96/16 - Fecha: 21/09/2016 ver texto

Defensa en juicio

- **"G. F. S/ ABUSO SEXUAL"** – Tribunal de Impugnación – (Expte.: OFICU 149/2014) – Sentencia: 73/16 – Fecha: 08/08/2016 ver texto
- **"G. C. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFJU 15900/2015) – Sentencia: 103/16 - Fecha: 29/09/2016 ver texto

Delitos contra la propiedad

- **"NAHUEL MARIA MIRTHA - SILVA MARCIANO S/ USURPACION"** – Tribunal de Juicio – (Expte.: 15455/2015 – Sentencia: S/N – Fecha: 09/11/2016 ver texto

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

Derecho al recurso

- **"R. L. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFJU 15541/2015) – Sentencia: 83/16 – Fecha: 31/08/2016 ver texto

Emoción violenta

- **"HERMOSILLA CLAUDIO MAXIMILIANO S/ HOMICIDIO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 13917/2014) – Sentencia: 86/16 - Fecha: 01/09/2016 ver texto
- **"CERDA ANTOLIN S/ HOMICIDIO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 10380/2014) – Sentencia: 94/16 - Fecha: 12/09/2016 ver texto

Empleo público

- **"OLAVE MARIA CRISTINA Y OTRA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTRO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3013/2010) – Acuerdo: 09/16 – Fecha: 29/02/2016 ver texto

Etapas del proceso

- **"SECCHI ANDREA KARINA C/ EMEBESUR S.A. Y OTRO S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 508518/2016) – Interlocutoria: 330/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto

Extinción de la acción penal

- **"COSTICH MARTÍN SEBASTIÁN S/ LESIONES GRAVES EN CONCURSO CON PORTACIÓN DE ARMA DE GUERRA"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 12862/2014) – Sentencia: 74/16 - Fecha: 16/08/2016 ver texto
- **"P. R. D. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 10344/2014) – Sentencia: 90/16 - Fecha: 07/09/2016 ver texto
- **"PEREIRA BLANCA PRIMITIVA - CAPRIO ALEJANDRO MAXIMILIANO - CAPRIO ÉRICA NOEMI S/ ESTAFA"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 11246/2014) – Sentencia: 91/16 - Fecha: 08/09/2016 ver texto

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

- **"RODRIGUEZ VICTOR EMANUEL S/ LESIONES GRAVES CALIFICADAS"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 12878/2014) – Sentencia: 105/16 - Fecha: 30/09/2016 ver texto

Fundamentación de sentencias

- **"VENEGAS JACOBO - PARRA ROBERTO CARLOS S/ LESIONES CULPOSAS"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: OFIZA 16943/201) – Sentencia: 99/16 - Fecha: 26/09/2016 ver texto

Gastos del proceso

- **"CARDELLINO JAVIER C/ S. A. IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S/ EJECUCIÓN DE HONORARIOS"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 1582/2014) – Acuerdo: 23/16 – Fecha: 02/11/2016 ver texto
- **"B. M. E. C/ C. G. A. S/ INC. MODIFICACION REGIMEN DE VISITAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 60199/2013) – Interlocutoria: 415/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto

Hecho nuevo

- **"B. C. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: OFIJU 25/2014) – Sentencia: 72/16 - Fecha: 08/08/2016 ver texto

Imposición de costas

- **"ALMIRON CARLOS EDGARDO - BLANCO JUAN ABEL - MILLA JOSE MARTIN - ESEISA SILVIO CESAR S/ ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES ESTAFA"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 13389/2014) – Sentencia: 76/16 - Fecha: 19/08/2016 ver texto

Jueces naturales

- **"G. R. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 13805/2014) – Sentencia: 70/16 - Fecha: 05/08/2016 ver texto

Juicios por jurados

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

- **"VALDEZ ROBERTO MARCELO S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 52587/2015) – Sentencia: 107/16 - Fecha: 06/10/2016 ver texto

Lesiones graves

- **"GONZALEZ LIDIA MARIELA S/ TENTATIVA DE HOMICIDIO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 15146/2015) – Sentencia: 95/16 - Fecha: 16/09/2016 ver texto

Medidas cautelares

- **"COMUNIDAD MAPUCHE MELLAO MORALES C/ CORPORAC. MINERA DEL NQN. S.E. S/ ACCIÓN DE NULIDAD S/ INCIDENTE DE ELEVACIÓN**" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 28/2012) – Acuerdo: 20/16 – Fecha: 20/10/2016 ver texto
- **"S. S. V. S/ SITUACION LEY 2212"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 74737/2016) – Interlocutoria: 343/16 – Fecha: 29/09/2016 ver texto

Prescripción de la acción penal

- **"S. O. A. S/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE CALIFICADO"** – Tribunal de Impugnación – (Expte.: MPFNQ 15184/2014) – Sentencia: 71/16 – Fecha: 08/08/16 ver texto

Procedimiento laboral

- **"CHEUQUEPAN DOMINGA INES C/ PREVENCION A.R.T S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 37238/2014) – Acuerdo: S/N – Fecha: 12/10/2016 ver texto

Procesos especiales

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

- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/CARPOSTAS S.A. S/ EXPROPIACIÓN"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 157/2014) – Acuerdo: 21/16 – Fecha: 21/10/2016 ver texto
- **"PROVINCIA DE NEUQUEN C/ HUCZAK JUAN ARIEL S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 6712/2014) – Interlocutoria: 208/16 – Fecha: 28/07/2016 ver texto

Prueba

- **"RODRIGUEZ NICOLAS M. – HERRERA GONZALO E. S/ ROBO CALIFICADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCU 18006/2015) – Sentencia: 104/16 - Fecha: 29/09/2016 ver texto

Querellante

- **"ROSAS GASTÓN NICOLAS - BERNARDELLI ASDRUBAL MIRKO - GONZALEZ GUSTAVO MARCELO - CATALAN SERGIO RAUL Y CASTILLO MARTIN ALEJANDRO S/ TORTURA" -** Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 12611/2014) – Sentencia: 89/16 - Fecha: 05/09/2016 ver texto

Rebeldía

- **"C. N. O. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 12567/2014) – Sentencia: 85/16 - Fecha: 01/09/2016 ver texto

Resoluciones judiciales

- **"R. L. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 15541/2015) – Acuerdo: 18/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto

Responsabilidad del estado

- **"RODRÍGUEZ SANDRA MONICA C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3020/2010) – Acuerdo: 94/16 – Fecha: 14/10/2016 ver texto

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

Responsabilidad contractual del estado

- **"CLIBA INGENIERIA AMBIENTAL S. A. C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3373/2011) - Acuerdo: 07/16 – Fecha: 16/10/2016 ver texto

Responsabilidad extracontractual del estado

- **"ESPINDOLA DANIEL DEMETRIO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2527/2008) – Acuerdo: 54/16 – Fecha: 10/06/2016 ver texto

Seguros

- **"JARA AGUSTINA DEL CARMEN C/ CAJA DE AHORROS Y SEGUROS S.A. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 370364/2008) – Sentencia: 216/16 – Fecha: 01/11/2016 ver texto

Sentencia arbitraria

- **"JARA RAUL DEL CARMEN S/ HOMICIDIO"** – Tribunal de Impugnación – (Expte.: MPFNQ 10868/2014) – Sentencia: 20/2016 – Fecha: 10/03/2016 ver texto
- **"P. G. F. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 23660/2014) – Sentencia: 81/16 - Fecha: 30/08/2016 ver texto

Valoración de la prueba

- **"F. P. J. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 14718/2015) – Sentencia: 102/16 - Fecha: 27/09/2016 ver texto

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

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

Por Carátula

- **"A. A. L. S/ INFRACCION ART. 119 CP"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 17244/2014)- Sentencia: 79/16 - Fecha: 23/08/2016 ver texto
- **"A. R. E. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 12337/2014) – Sentencia: 93/16 - Fecha: 13/09/2016 ver texto
- **"A.C.U. de N. C/ BANCO PROVINCIA DEL NEUQUÉN S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 152/2012) – Acuerdo: 22/16 – Fecha: 31/10/2016 ver texto
- **"ALMIRON CARLOS EDGARDO - BLANCO JUAN ABEL - MILLA JOSE MARTIN - ESEISA SILVIO CESAR S/ ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES ESTAFA"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 13389/2014) – Sentencia: 76/16 - Fecha: 19/08/2016 ver texto
- **"ASOCIACION DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DE LA JUSTICIA DEL NEUQUEN Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia- Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3147/2010) – Acuerdo: 05/16 – Fecha: 18/10/2016 ver texto
- **"B. C. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: OFIJU 25/2014) – Sentencia: 72/16 - Fecha: 08/08/2016 ver texto
- **"B. M. E. C/ C. G. A. S/ INC. MODIFICACION REGIMEN DE VISITAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 60199/2013) – Interlocutoria: 415/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto
- **"BENEDETTI JOSE PEDRO C/ Y.P.F S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 459782/2011) – Sentencia: 204/16 – Fecha: 18/10/2016 ver texto
- **"BENEGAS LUIS GUILLERMO C/ BAKER HUGHES ARGENTINA S.R.L. S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 506133/2015) – Interlocutoria: 442/16 – Fecha: 01/12/2016 ver texto
- **"C. C. S/ ABUSO SEXUAL"** – Tribunal de Impugnación – (Expte.: MPFJU 12870/2014) – Sentencia: 77/16 – Fecha: 22/08/16 ver texto
- **"C. N. O. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 12567/2014) – Sentencia: 85/16 - Fecha: 01/09/2016 ver texto
- **"CABILLA LILIANA BEATRIZ C/ SUCESORES DE IGLESIAS HUGO Y OTRO S/ D. Y P.- MALA PRAXIS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de

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

Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 357516/2016) – Sentencia: 215/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto

- **"CARDELLINO JAVIER C/ S. A. IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S/ EJECUCIÓN DE HONORARIOS"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 1582/2014) – Acuerdo: 23/16 – Fecha: 02/11/2016 ver texto
- **"CARUZZO CLAUDIA PATRICIA C/ KOCH SERGIO ARIEL S/D.Y P. RES.CONTRACTUAL PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial– Secretaría Sala II – (Expte.: 427310/2010) – Sentencia: 230/16 – Fecha: 15/11/2016 ver texto
- **"CASAJUS SANTIAGO JOSE C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 471538/2012) – Sentencia: 208/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto
- **"CERDA ANTOLIN S/ HOMICIDIO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 10380/2014) – Sentencia: 94/16 - Fecha: 12/09/2016 ver texto
- **"CHEUQUEPAN DOMINGA INES C/ PREVENCION A.R.T S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 37238/2014) – Acuerdo: S/N – Fecha: 12/10/2016 ver texto
- **"CIFUENTES MAURICIO FABIAN C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 6311/2015) – Acuerdo: 04/16 – Fecha: 08/08/2016 ver texto
- **"CLIBA INGENIERIA AMBIENTAL S. A. C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3373/2011) - Acuerdo: 07/16 – Fecha: 16/10/1602 ver texto
- **"COMUNIDAD MAPUCHE MELLAO MORALES C/ CORPORAC. MINERA DEL NQN. S.E. S/ ACCIÓN DE NULIDAD S/ INCIDENTE DE ELEVACIÓN"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 28/2012) – Acuerdo: 20/16 – Fecha: 20/10/2016 ver texto
- **"CORREA JUAN CARLOS C/ SU FRIGORIFICO S.A. Y OTROS S/ D.Y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESION)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 368743/2008) – Sentencia: 237/16 – Fecha: 29/11/2016 ver texto

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

- **"COSTICH MARTÍN SEBASTIÁN S/ LESIONES GRAVES EN CONCURSO CON PORTACIÓN DE ARMA DE GUERRA"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 12862/2014) – Sentencia: 74/16 - Fecha: 16/08/2016 ver texto
- **"DEL RIO EDUARDO Y OTRO C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4805/2014) – Acuerdo: 01/16 – Fecha: 23/03/2016 ver texto
- **"ESPINDOLA DANIEL DEMETRIO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2527/2008) – Acuerdo: 54/16 – Fecha: 10/06/2016 ver texto
- **"F. P. J. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 14718/2015) – Sentencia: 102/16 - Fecha: 27/09/2016 ver texto
- **"FERNANDEZ OSCAR GASTON C/ BANCO COLUMBIA SA S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 468648/2012) – Sentencia: 221/16 – Fecha: 03/11/2016 ver texto
- **"FERREIRA HECTOR MARCELINO Y OTRO C/ PAREDES ALICIA S/ ACCION DE NULIDAD"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 513391/2016) – Interlocutoria: 329/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto
- **"G. C. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFJU 15900/2015) – Sentencia: 103/16 - Fecha: 29/09/2016 ver texto
- **"G. F. S/ ABUSO SEXUAL"** – Tribunal de Impugnación – (Expte.: OFICU 149/2014) – Sentencia: 73/16 – Fecha: 08/08/2016 ver texto
- **"G. R. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 13805/2014) – Sentencia: 70/16 - Fecha: 05/08/2016 ver texto
- **"GAETE SERGIO DANIEL C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D.Y P. RESP CONT. ESTADO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 475547/2013) – Sentencia: 238/16 – Fecha: 29/11/2016 ver texto
- **"GARCIA ROSA AMELIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 407940/2010) – Sentencia: 203/16 – Fecha: 03/11/2016 ver texto
- **"GIMENEZ ADELAIDA ERCILIA C/ GONZALEZ FEDERICO MANUEL Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - 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 – Secretaría Sala III – (Expte.: 468588/2012) – Sentencia: 206/16 – Fecha: 08/11/2016 ver texto

- **"GOMEZ JONATAN C/ MUÑIZ AARON CALEB Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 461319/2016) – Sentencia: 212/16 – Fecha: 10/11/16 ver texto
- **"GONZALEZ LIDIA MARIELA S/ TENTATIVA DE HOMICIDIO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 15146/2015) – Sentencia: 95/16 - Fecha: 16/09/2016 ver texto
- **"GUTIERREZ CARLOS ALBERTO Y OTRO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 400274/2016) – Sentencia: 211/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto
- **"HERMOSILLA CLAUDIO MAXIMILIANO S/ HOMICIDIO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 13917/2014) – Sentencia: 86/16 - Fecha: 01/09/2016 ver texto
- **"HUENTO ELOY Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER Y OTRO S/ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 506311/2014) – Sentencia: 217/16 – Fecha: 01/11/2016 ver texto
- **"JARA AGUSTINA DEL CARMEN C/ CAJA DE AHORROS Y SEGUROS S.A. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 370364/2008) – Sentencia: 216/16 – Fecha: 01/11/2016 ver texto
- **"JARA RAUL DEL CARMEN S/ HOMICIDIO"** – Tribunal de Impugnación – (Expte.: MPFNQ 10868/2014) – Sentencia: 20/2016 – Fecha: 10/03/2016 ver texto
- **"LANDEROS ROBERTO ELIASAR C/ CASTAÑARES TOMAS S/D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 474131/2013) – Sentencia: 201/16 – Fecha: 01/11/2016 ver texto
- **"LOPEZ MIGUEL ANGEL – JARA JUAN RAMON S/ HOMICIDIO"** – Tribunal de Impugnación – (Expte.: MPFCU 14402/2014) – Sentencia 75/16 – Fecha: 17/08/2016 ver texto
- **"M. S. L. F. S/ INFRACCION ART. 119 CP"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 20609/2014) – Sentencia: 100/16 - Fecha: 26/09/2016 ver texto
- **"MAUREYRA LIRIA INES C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D.Y P. - MALA PRAXIS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I

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

Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 430766/2010) – Sentencia: 212/16 – Fecha: 27/10/2016 ver texto

- **"MORAÑA CARLOS ALBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CÓ S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3792/2012) – Acuerdo: 03/16 – Fecha: 29/07/2016 ver texto
- **"MUÑOZ SOTO VICTOR MANUEL C/ CARINAO CARINAO RENE RAFAEL Y OTRO S/ D.Y.P.X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 473183/2012) – Sentencia: 197/16 – Fecha: 27/10/2016 ver texto
- **"NAHUEL MARIA MIRTHA - SILVA MARCIANO S/ USURPACION"** – Tribunal de Juicio – (Expte.: 15455/2015 – Sentencia: S/N – Fecha: 09/11/2016 ver texto
- **"OLAVE MARIA CRISTINA Y OTRA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTRO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3013/2010) – Acuerdo: 09/16 – Fecha: 29/02/2016 ver texto
- **"ORELLANA JOSE LAUREANO C/ VERGARA ANGEL RAUL Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 382997/2008) – Sentencia: 205/16 – Fecha: 20/10/2016 ver texto
- **"ORTIZ MIGUEL ANGEL C/ PECOM SERVICIOS ENERGIA S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 424237/2010) – Sentencia: 202/16 – Fecha: 03/11/2016 ver texto
- **"P. G. F. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 23660/2014) – Sentencia: 81/16 - Fecha: 30/08/2016 ver texto
- **"P. R. D. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 10344/2014) – Sentencia: 90/16 - Fecha: 07/09/2016 ver texto
- **"PAIARECCI ALEJANDRO C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 467754/2012) – Sentencia: 194/16 – Fecha: 20/10/2016 ver texto
- **"PEREIRA BLANCA PRIMITIVA - CAPRIO ALEJANDRO MAXIMILIANO - CAPRIO ÉRICA NOEMI S/ ESTAFA"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 11246/2014) – Sentencia: 91/16 - Fecha: 08/09/2016 ver texto

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

- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ CARPOSTAS S.A. S/ EXPROPIACIÓN"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 157/2014) – Acuerdo: 21/16 – Fecha: 21/10/2016 ver texto
- **"PROVINCIA DE NEUQUEN C/ HUCZAK JUAN ARIEL S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 6712/2014) – Interlocutoria: 208/16 – Fecha: 28/07/2016 ver texto
- **"QUINTANA ROBERTO OMAR C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 443970/2011) – Sentencia: 210/16 – Fecha: 27/10/2016 ver texto
- **"R. L. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFJU 15541/2015) – Sentencia: 83/16 – Fecha: 31/08/2016 ver texto
- **"R. L. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 15541/2015) – Acuerdo: 18/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto
- **"R. R. H. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 19272/2014) – Sentencia: 97/16 - Fecha: 21/09/2016 ver texto
- **"RODRIGUEZ NICOLAS M. – HERRERA GONZALO E. S/ ROBO CALIFICADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCU 18006/2015) – Sentencia: 104/16 - Fecha: 29/09/2016 ver texto
- **"RODRÍGUEZ SANDRA MONICA C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3020/2010) – Acuerdo: 94/16 – Fecha: 14/10/2016 ver texto
- **"RODRIGUEZ VICTOR EMANUEL S/ LESIONES GRAVES CALIFICADAS"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 12878/2014) – Sentencia: 105/16 - Fecha: 30/09/2016 ver texto
- **"ROSAS GASTÓN NICOLAS - BERNARDELLI ASDRUBAL MIRKO - GONZALEZ GUSTAVO MARCELO - CATALAN SERGIO RAUL Y CASTILLO MARTIN ALEJANDRO S/ TORTURA"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 12611/2014) – Sentencia: 89/16 - Fecha: 05/09/2016 ver texto
- **"S. E. E. S/ ABUSO SEXUAL SIMPLE"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: OFIZA 175/2014) – Sentencia: 96/16 - Fecha: 21/09/2016 ver texto
- **"S. O. A. S/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE CALIFICADO"** – Tribunal de Impugnación – (Expte.: MPFNQ 15184/2014) – Sentencia: 71/16 – Fecha: 08/08/16 ver texto

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

- **"S. S. V. S/ SITUACION LEY 2212"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 74737/2016) – Interlocutoria: 343/16 – Fecha: 29/09/2016 ver texto
- **"SAN MARTIN ELSA Y OTROS C/ VAZQUEZ JORGE ALBERTO S/ D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 391124/2009) – Sentencia: 210/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto
- **"SECCHI ANDREA KARINA C/ EMEBESUR S.A. Y OTRO S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 508518/2016) – Interlocutoria: 330/16 – Fecha: 10/11/2016 ver texto
- **"SEPÚLVEDA CLELIA ISABEL Y OTRO C/ POLICLÍNICO NEUQUÉN S.A. S/ COBRO DE HABERES"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 126/2014) – Acuerdo: 16/16 – Fecha: 04/10/2016 ver texto
- **"SOLIS JOSE DANIEL C/ ORTIZ NATALIA EVA Y OTROS S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 401767/2009) – Sentencia: 218/16 – Fecha: 01/11/2016 ver texto
- **"SZECHENYI ALEJANDRO GABRIEL C/ CLUB BANCO PROVINCIA NEUQUEN S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 381647/2008) – Sentencia: 199/16 – Fecha: 01/11/2016 ver texto
- **"VALDA ELENA VIVIANA C/ EXPERIENCIA ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 449087/2011) – Sentencia: 223/16 – Fecha: 03/11/2016 ver texto
- **"VALDEZ ROBERTO MARCELO S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 52587/2015) – Sentencia: 107/16 - Fecha: 06/10/2016 ver texto
- **"VAZQUEZ CLARINDA ROSA Y VAZQUEZ SEBASTIAN RENE C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3838/2012) – Acuerdo: 02/16 – Fecha: 25/07/2016 ver texto
- **"VÁZQUEZ ROSANA C/ PADILLA JUAN CARLOS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO DE AUTOMOTOR CON LESIÓN O MUERTE"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 91/2013) – Acuerdo: 19/16 – Fecha: 12/10/2016 ver texto

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

- **"VENEGAS JACOBO - PARRA ROBERTO CARLOS S/ LESIONES CULPOSAS"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: OFIZA 16943/201) – Sentencia: 99/16 - Fecha: 26/09/2016 ver texto

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

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

"ESPINDOLA DANIEL DEMETRIO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2527/2008) – Acuerdo: 54/16 – Fecha: 10/06/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Responsabilidad Extracontractual del Estado.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. FALTA DE SERVICIO. MUNICIPALIDAD. ESPACIO PÚBLICO. TASA POR USO DE ESPACIO PÚBLICO. DEUDA. ACTOS ADMINISTRATIVOS. KIOSCO. BAJA DE LICENCIA COMERCIAL. CLAUSURA. DESALOJO. MERCADERIA INCAUTADA. RESPONSABILIDAD DEL MUNICIPIO. CUANTIFICACION DEL DAÑO.

1.- La demanda en donde se le reclama al municipio el resarcimiento de los daños ocasionados por la baja de la licencia comercial y la clausura de un kiosco resulta procedente, puesto que la municipalidad actuó en forma negligente y desarticulada. La falta de certeza en punto a la ubicación real del kiosco se podría haber solucionado con una inspección que corroborara ese aspecto; diligencia que, según hemos visto, recién se concretó en forma efectiva luego de que se dispusiera la baja de la licencia comercial.

2.- El daño emergente pretendido en el valor de los elementos que fueron incautados al efectuarse el desalojo (mercadería, estanterías, heladeras, exhibidores de diarios y revistas, fotocopiadoras, equipos de aire acondicionado) no debe prosperar, pues de las constancias probatorias rendidas no surge la existencia de dicho perjuicio patrimonial, toda vez que no se cuenta con documentación o facturas que acrediten la propiedad del actor ni que tales bienes hayan quedado en manos del municipio.

3.- Frente a la responsabilidad que se atribuyó al Estado, derivada de la baja de la licencia y el desalojo del kiosco que explotaba el actor, debe prosperar el reconocimiento del lucro cesante por el periodo en que el actor se vio ilegítimamente privado de la explotación comercial. Es decir, desde octubre de 2005 hasta que le fuera otorgada nuevamente la licencia en agosto de 2006. El único dato cierto disponible, es el informe elaborado por la División Comercio e Industria de la Dirección de Determinación Tributaria, del que surge que, según los datos de las Declaraciones Juradas anuales de los periodos 2002/2005, los ingresos anuales declarados por el actor van de $5.000 a $9.860. En mérito a ello, se estima prudente establecer el resarcimiento por lucro cesante del periodo antes indicado en $8.200.

4.- Es procedente la reparación del daño moral, pues los testimonios rendidos en la causa fueron contestes respecto de los padecimientos sufridos por el actor en su faz espiritual (…). Además, no puede soslayarse el hecho de que el actor es una persona con discapacidad, con una minusvalía ocupacional del 90% y con una familia

numerosa. Consiguientemente, estimase prudente fijar el monto de la reparación en $15.000.

Texto completo:

ACUERDO N° 54. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los diez días del mes de Junio del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por el señor Vocal Titular Doctor RICARDO TOMAS KOHON y el señor Vocal Doctor EVALDO DARIO MOYA, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermudez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "ESPINDOLA DANIEL DEMETRIO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. 2527/2008), en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el señor Vocal Doctor Evaldo Darío Moya dijo:

I.- Que a fs. 27/46 se presenta el Sr. Daniel Demetrio Espíndola, por apoderado, y promueve acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Neuquén, a efectos de obtener la revocación del Decreto 750/08 -por el cual se rechazara su pretensión en sede administrativa- y el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la irregular conducta llevada a cabo por la demandada, los que tasa en $258.000 o lo que -en más o en menos- resulte de la prueba a rendirse, con más intereses y costas.

Relata que el reclamo se origina en el obrar ilegítimo del municipio demandado al darle de baja a la licencia comercial, con fundamento en la existencia de una deuda fiscal por el uso del espacio público municipal.

Expone que, tal como surge del expediente 2300-5173/87 del Ministerio de Economía y Obras Públicas de Neuquén, el 8/9/87 obtuvo un permiso para instalar un kiosco en las inmediaciones del CPEM 23, otorgado por la Dirección Provincial de Arquitectura.

Destaca que, a raíz de un accidente sufrido en 1981, sufre una discapacidad que le impide desarrollar varias actividades laborales, situación que lo coloca bajo el amparo de un específico régimen legal y constitucional de protección.

Afirma que el municipio, alegando una deuda inexistente por uso de espacio público, el 27/1/03 dio de baja la licencia comercial y el 1/10/05 -mediante Acta de Inspección 8893- procedió a la clausura del kiosco y al decomiso de mercadería.

Sostiene que su establecimiento no se encuentra en la vía pública y no le son aplicables las normas referidas a dicho régimen; por lo tanto, la determinación de una deuda por canon por uso del dominio público es ilegítima.

Señala que tal ilegitimidad fue reconocida por el Municipio que le suprimió la deuda por tal concepto y le otorgó una nueva licencia para tratar de enmendar el error.

A continuación, reseña las actuaciones administrativas 4744-E-1987 –y agregados-, en trámite ante la Dirección de Comercio e Industria de la Municipalidad y asegura que se advierte el ilegítimo obrar de la accionada.

Destaca que: el kiosco estaba situado dentro del predio de propiedad del Consejo Provincial de Educación y, por lo tanto, no existía ocupación de la vía pública.

Refiere que, en 1990, se le otorgó autorización provisoria -licencia comercial 16510- y que, en abril de 1997, mediante Disposición 596/97, se le concedió una nueva autorización, en la que se consignó que la ubicación era en Sarmiento 485.

Apunta que el 22/5/02 se labró el Acta de Inspección 1499 en la que se identificó al kiosco como "en vía pública" y se intimó al pago de una deuda en concepto de canon -según art. 15 de la Ordenanza 8337/98-

Dice que el Director de Comercio informó a la División Comercio de la Dirección de Gestión Tributaria que el kiosco estaba instalado en la vía Pública. Agrega que, debido a ello, se le requirió la presentación de las Declaraciones Juradas por los periodos fiscales 2001 y 2002 y las rectificatorias de los periodos 1997 a 2000 por no estar declarada la ocupación en la vía pública.

Señala que –según informe de la Dirección General de Gestión Tributaria a fs. 102 de las actuaciones administrativas-, al mes de noviembre de 2002, tenía una deuda de $847,10 nominal, en relación con los tributos municipales relativas a su

actividad comercial. Indica que, en dicho informe, se agregó que el kiosco se encontraba ubicado en la vía pública por lo que correspondía liquidar el canon por tal ocupación.

Afirma que debido a lo anterior, el 27/1/2003, se dictó la Disposición 197/03 que dio de baja, de oficio, la Licencia Comercial 16510. Agrega que, según se desprende de los considerandos de dicho acto, la decisión se adoptó por la aplicación de la Ordenanza 8337 derogada en 1998 y vinculada sólo a los kioscos ubicados en la vía pública.

Dice que notificado de la referida Disposición, el 24/2/03 efectuó una presentación en la que explicó que desde el inicio del trámite para la instalación del kiosco había informado que las tierras eran de propiedad de la gobernación. Asimismo aclaró que, una vez autorizado, se instaló con un kiosco de chapa que tuvo que vender porque tenía que ser de material y luego construyó el local dentro de un cantero del CPEM23 del CPE y que, por tal motivo, no hizo la declaración de ocupación de la vía pública.

Relata que su presentación fue contestada mediante Disposición 463/03 del Subsecretario de Desarrollo Local que rechazó su planteo sin tomar en consideración las circunstancias antes expuestas.

Expone que, luego, la Dirección Municipal de Determinación Tributaria liquidó la deuda –fs. 147/8- que ascendía a $29.077,10 al 30/9/05, a partir de la inclusión del canon por ocupación de espacio público en los periodos 1997/2005.

Agrega que, a fs. 149, se informó que la deuda por Tasa de Inspección era de $1.713,81.

Detalla que a fs. 151 de las actuaciones administrativas, obra Acta de Inspección 8893 del 1/10/05 fecha en la que se procedió al desalojo del local comercial.

Señala que, pese a sus insistentes reclamos, ninguno de los funcionarios intervinientes se ocupó de corroborar si el kiosco estaba en la vía pública o en el predio del CPE, extremo que hubiera evitado la determinación de una deuda inexistente y el posterior desalojo de su comercio, la confiscación de mercadería, la rotura de las instalaciones y el secuestro de documentación que lo privaron de su única fuente laboral (aun conociendo su discapacidad).

Asevera que, con posterioridad, el municipio le permitió reabrir el kiosco pero que ante la pérdida de mercadería, la necesidad de reparar los daños causados en el desalojo y la ausencia de medios económicos, no pudo hacerlo.

Manifiesta que ante el escenario de ausencia de respuestas, el 29/6/07, formuló reclamación administrativa en la que solicitó el resarcimiento de los daños.

Indica que la falta de respuesta lo obligó a iniciar una acción de amparo por mora que derivó en la emisión del Decreto 750/08 por medio del cual se desestimó su reclamo.

Señala que el mencionado decreto reconoce que el kiosco no se encontraba en la vía pública y por ende que el desalojo fundado en la falta de pago del canon por uso de ocupación de espacio público fue incorrecto.

Dice que en los considerandos se expresa que la Dirección de Auditoria Interna de Licencias informó en el año 2006 que el kiosco no estaría alcanzado por la vía pública sino que se encontraría dentro de las instalaciones del CPEM 23 y sugirió establecer la reevaluación de la deuda descontando el tributo por ocupación o uso público.

Relata que la Dirección Municipal de Determinación Tributaria reliquidó la deuda e hizo referencia a que faltaba la presentación de las Declaraciones Juradas del 2004 y 2005 y que, una vez cumplido tal recaudo, se generarían las cuotas faltantes y el informe sobre el estado de deuda al 20/4/06.

Expone que el 14/8/06 le otorgaron nuevamente la licencia comercial pero que, sin embargo, se rechazó su reclamo y lo colocó en la situación de tener que iniciar estas actuaciones para poder obtener el resarcimiento de los daños sufridos por el ilegítimo accionar de la demandada.

A modo de corolario, resalta que el local comercial no se encuentra en la vía pública y que, por ello, los antecedentes fácticos y jurídicos meritados en las Disposiciones 197/03 y 462/03 son erróneos y están viciados de nulidad de conformidad a lo establecido por los arts. 67 incs. a), b), m), o) y s) y 72 de la Ordenanza 1728/82; que, en base a ello, el desalojo y la clausura comportaron una actividad estatal ilegítima que ocasionó daños que deben ser reparados; que el municipio reconoció en el Decreto 750/08 que el desalojo, basado en la falta de pago del canon por uso del espacio público, obedeció a un error; y que, por ello, corresponde declarar la nulidad del decreto y ordenar la reparación de los daños causados.

A continuación, se explaya en torno al marco jurídico con referencia a la especial protección que el plexo

constitucional y legal establecen para las personas con discapacidad. Señala que el municipio, al decidir privarlo de su principal fuente de mantenimiento, no advirtió que la particular condición del reclamante exigía un plus de protección.
Refiere al derecho a la salud y señala que, en los presentes, se torna aplicable la Convención Americana de Derechos Humanos y las obligaciones que asumen los Estados partes en relación con la protección integral de las personas con discapacidad; reconocida en el ámbito local por la ley 1634.
De seguido, argumenta en torno a la responsabilidad del Estado y asegura que se encuentran reunidos los presupuestos de procedencia. En tal sentido, señala que nos encontramos ante un funcionamiento defectuoso de la Administración Municipal –incorrecta determinación de una deuda que derivó en el infundado desalojo- que constituye causa eficiente de los daños reclamados.
En el capítulo siguiente detalla los daños que dice haber sufrido. Como daño emergente reclama $170.000 que estima es el costo de la mercadería y elementos incautados durante el desalojo. Asimismo, reclama en concepto de lucro cesante, por la imposibilidad de desarrollar su actividad comercial y la consecuente pérdida de ganancias, desde el cierre del local hasta que sea posible su reapertura e indica como promedio mensual de pérdida de ganancias la suma de $18.000.
Asimismo pretende el resarcimiento del daño moral. Funda tal pretensión en las graves afecciones a su espíritu que le causó el obrar ilegítimo de la demandada y en la falta de consideración a su situación de desamparo. Tasa esta afección en $70.000.
Por último, hace reserva del caso federal, y efectúa su petitorio.
II.- A fs. 58 mediante R.I. 6836/09 se declara la admisión del proceso.
III.- Ejercida la opción por el proceso ordinario y ofrecida la prueba, se ordenó correr traslado a la demandada.
A fs. 77/94, se presenta la Municipalidad de Neuquén. Contesta la demanda y solicita su rechazo.
Luego de la negativa de los hechos en que funda el actor su pretensión, sostiene que no resulta responsable de los supuestos daños invocados por el accionante.
Señala que los hechos en que se funda la demanda no representan la realidad de los acontecimientos que se desprenden de los antecedentes administrativos.
Alega que se pretende endilgar total responsabilidad a su parte sin observar sus propios actos conforme lo prevé el art. 1198 del CC.
Dice que, por tal motivo, pese a que el actor se encontraría en una situación de discapacidad en su salud, no se vulneraron sus derechos constitucionales ni legales.
Señala que la actuación de las diferentes áreas intervinientes se llevó a cabo dentro de la esfera de sus atribuciones y que no puede soslayarse la conducta asumida por el accionante, desde que el ser beneficiario de un espacio para ejercer el comercio no lo exime de su responsabilidad frente a las cargas públicas o tributarias.
Refiere que en las actuaciones administrativas provinciales, referidas a la autorización otorgada al Sr. Espíndola para la instalación de un kiosco, se hacía referencia a que iba a situarse en la vía pública y que, tanto la Secretaría General de Gobierno como el Consejo Provincial de Educación, elevaron informes al Órgano Ejecutivo Municipal a fin de que se considerase la instalación en la vía pública.
Alega que, debido a ello y a los planos que daban cuenta de la ubicación, la Dirección de Comercio encuadró la actividad dentro de la Ordenanza 8337 como kiosco en la vía pública.
Luego refiere a las inspecciones e intimaciones efectuadas y defiende la legalidad de los actos que dispusieron la baja de la licencia comercial y el rechazo del reclamo del actor –Disposiciones 197/03 y 462/03-.
Sostiene que posteriormente, mediante Acta 8655 del 16/7/05, se intimó al actor a desocupar el local y el 21/9/05 se realizó una nueva inspección en la que se constató que en el local no había actividad comercial.
Menciona que la Dirección de Auditoria de Licencia, informó en marzo de 2006 que el kiosco no estaría emplazado en la vía pública sugiriendo que se revise la deuda y que se descuenten los tributos que no correspondan. Agrega que en el referido informe se hizo referencia a que el contribuyente no había cumplido con la presentación de las declaraciones juradas anuales.

Al respecto, señala que el cumplimiento como contribuyente de las ordenanzas fiscales y tributarias fue realizado fuera de término y una vez vencidos los plazos otorgados en las intimaciones cursadas, tal como surge del informe elaborado por la Dirección de Comercio a fs. 176 del expte. 4774.

En punto a la deuda tributaria dice que se remitió el expediente HCD-003-E-2006, en el que se solicitaba la condonación; que el actor regularizaría su deuda en el primer cuatrimestre de 2006 y que, posteriormente, presentadas las declaraciones juradas –el 14/8/06- se otorgó una nueva licencia comercial provisoria.

Hace notar que de la realidad que se desprende del expediente administrativo, se advierte que desde el comienzo del trámite en 1987, tanto en el ámbito provincial como municipal, se hace referencia a la instalación de un kiosco en la vía pública y que bajo esos términos se otorgaron las autorizaciones.

Señala que el actor luego cambió de ubicación el kiosco por razones de rentabilidad –tal como él mismo lo puso de manifiesto en su presentación del 05/1/88al contestar la intimación a correr el kiosco al lugar designado por el MOSP- y que lo hizo sin autorización del CPE conforme surge del informe de dicho organismo obrante a fs. R 250.

Resalta que además de lo anterior, el accionante no cumplió con sus obligaciones tributarias.

Concluye que, en tal contexto, el resarcimiento pretendido constituye un enriquecimiento sin causa del actor en detrimento del patrimonio municipal y evidencia la improcedencia de la acción.

A continuación, impugna la cuantificación de los daños efectuada en la demanda por irrazonable, desproporcionada y arbitraria.

Para finalizar, funda en derecho, hace reserva del caso federal, ofrece prueba y solicita el rechazo de la demanda con costas.

III.- A fs. 112 se abre la causa a prueba, produciéndose la aportada por las partes. A fs. 356 se clausuró dicho periodo y se pusieron los autos para alegar.

A fs. 366/377 y fs. 372/4, obran agregados los alegatos de la actora y la demandada, respectivamente.

IV.- A fs. 376/385 se expide el Sr. Fiscal ante el Cuerpo, quien propicia el acogimiento parcial de la demanda. Entiende que el daño emergente no fue acreditado. Propone se indemnice al actor por la pérdida de chance que configura la imposibilidad de ejercer el comercio a raíz de la clausura del kiosco y por el daño moral sufrido, estimándose una suma prudencial por dichos conceptos conforme la facultad establecida en el art. 165 del CPCC.

V.- A fs. 594, se dicta el llamado de autos para sentencia, providencia que se encuentra firme y consentida, y coloca a las presentes actuaciones en condiciones de resolver.

VI.- La pretensión actoral se circunscribe a reclamar que se condene a la demandada a abonar los daños sufridos a consecuencia del accionar ilegítimo de la Municipalidad de Neuquén, que dio de baja la licencia comercial y luego procedió al desalojo de su kiosco, con fundamento en una deuda en concepto de canon por ocupación del espacio público que era inexistente.

El sustento fáctico de la acción, nos sitúa en la órbita de la responsabilidad extracontractual del Estado, traducida en una falta de servicio o funcionamiento defectuoso, inadecuado o irregular de la función administrativa.

La responsabilidad pretendida se configura cuando existe: imputabilidad material del acto o hecho administrativo a un órgano del Estado en ejercicio de sus funciones; falta o funcionamiento defectuoso o irregular del servicio; existencia de daño cierto; y, relación causal entre el hecho y el daño.

Esta responsabilidad, parte de la idea de que el servicio debe efectuarse de manera que pueda cumplir con el fin para el que ha sido establecido. De allí que el Estado es responsable por los perjuicios que cause su incumplimiento o su irregular ejecución.

Para que opere este factor de imputación, el damnificado debe acreditar la causalidad material o física entre el tardío, defectuoso, irregular o ausente funcionamiento del servicio y el daño que éste le produjo a su persona y/o bienes.

"Exige dar cumplimiento a la carga procesal de individualizar del modo más claro y concreto cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular, no bastando con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos, sin calificar singularmente tanto desde la perspectiva de su idoneidad como factor causal en la

producción de los perjuicios como en punto a su falta de legitimidad". (Fallos 317:1233).

Ahora bien, establecido que el objeto del reclamo es la responsabilidad derivada de la falta de servicio, habrá que determinar si se encuentran debidamente acreditados en autos los extremos que la hacen viable.

En este caso, se pretende atribuir responsabilidad extracontractual a la Municipalidad de Neuquén porque consideró que el kiosco del actor estaba en la vía pública y, en virtud de ello subsumió su situación en un régimen que no le era aplicable (Ordenanza 8337/98) y lo intimó por obligaciones fiscales que no tenía y que, luego, motivaron la baja de la licencia y el posterior desalojo.

A raíz de ello, sostiene que la Disposición 197/03 (que dispuso la baja de oficio de la licencia comercial) y la Disposición 462/03 y el Decreto 750/08 (que rechazaron los recursos interpuestos) son nulos.

La demandada se defiende alegando que el error obedeció a que desde el Estado Provincial le informaron que la autorización otorgada al actor era en el espacio público municipal; que el actor modificó la ubicación que le había indicado la Dirección de Arquitectura Provincial y; que los funcionarios y las distintas áreas municipales intervinientes actuaron en forma correcta.

VII.- De las constancias obrantes en las actuaciones administrativas se advierte que:

En septiembre de 1987, el actor fue autorizado por la Dirección de Arquitectura de la Provincia de Neuquén a explotar un kiosco en el Parque Central de esta ciudad en inmediaciones del CPEM 23 (fs. 16/7).

En Noviembre de 1987 (fs. 7) la Municipalidad de Neuquén, autorizó al Sr.

Espíndolaa explotar un kiosco situado en Sarmiento 450 y le otorgó la licencia comercial 16.510 que le fue renovando en los años posteriores.

El 22 de mayo de 2002, mediante Acta 1499 (fs. 89) se intimó al actor a regularizar la deuda en concepto de canon (arts. 10 y 15 de la Ordenanza 8337/98) bajo apercibimiento de dar de baja la licencia comercial.

En Julio de 2002 (fs. 90), la División Comercio de la Dirección de Gestión Tributaria le solicitó a la Dirección de Comercioe Industria le informe si la licencia comercial 16.510 estaba desarrollando sus actividades como kiosco en la vía pública y desde qué fecha.

El 7 de Agosto de 2002 (Fs. 95), la Dirección de Comercio e Industria informó que el kiosco del Sr. Espíndola estaba instalado en la vía pública.

Ante ello, la División Comercio de la Dirección de Gestión Tributaria, solicitó a Inspecciones que le requiera al Sr. Espíndola la presentación de las DDJJ del 2001 y 2002 y las rectificatorias anteriores por no estar declarada la ocupación de la vía pública.

El 27/9/02, se notificó al actor a través del Requerimiento 03/02 la presentación de las referidas declaraciones juradas (fs. 97).

En noviembre de 2002 (fs. 98) la Dirección de Comercio solicitó a la Dirección de Gestión Tributaria le informe si el Sr. Espíndola había regularizado la deuda intimada por Acta 1499.

La Dirección de Gestión Tributaria elaboró un informe (fs. 102) sobre la licencia comercial 16510, de donde surge que se remitió al actor una intimación que no fue recepcionada por deuda correspondiente a los títulos VIII, XIV, XVI y XVII del Código Tributario; que su deuda nominal era de $847,10; que dicha deuda no incluye el importe por derechos de ocupación o uso de espacio público (Rubro IV) debido a que el contribuyente no lo declaró en las declaraciones juradas; y, que se le había intimado a rectificar, en tal sentido, las declaraciones del periodo 1997/2002.

El 27/1/03 la Dirección de Comercio e Industria emitió la Disposición 197/03 que dio de baja de oficio a la licencia comercial del Sr. Espíndola.

El 28/1/2003, por Acta 1632 (fs. R125) se le notificó al actor la Disposición 197/13, se lo intimó al cese de la actividad comercial y se le otorgó un plazo de 30 días para retirar la estructura interna del local bajo apercibimiento de hacerlo el municipio a su costo.

El 24/2/03 el Sr. Espíndola presentó un nota (fs. R126/7), en la que solicitó eximición de la deuda, recordó su condición de persona con discapacidad, e indicó que el kiosco estaba situado en el cantero del CPEM 23 por lo cual no correspondía tenerlo por ubicado en la vía pública.

El 14/3/03 se dictó la Disposición 463/03 (fs. R137) que rechazó el reclamo del accionante.

El 16/7/05, por Acta 8655, se le otorgó un plazo de 15 días hábiles para desocupar el local.

En septiembre de 2005, mediante actas de inspección municipales (fs. R145/7) se constató que el local se encontraba cerrado y sin actividad desde el mes anterior.

En octubre de 2005, conforme surge del Acta 8893, se procedió al decomiso de la mercadería existente, el actor impidió el desalojo total y manifestó que se hacía responsable de la custodia y cuidado del local.

En marzo de 2006, (fs. R157) el Sr. Espíndola solicitó una audiencia con el Intendente para explicarle la situación del kiosco que se había intentado demoler situado dentro del predio del CPEM 23.

A fs. R161 obra un informe elaborado por la Auditoria de Licencias que da cuenta de lo actuado e informa que se había verificado que el kiosco, efectivamente, no se encontraba sobre la línea municipal sino dentro del predio del CPEM 23.

VIII.- Del repaso anterior, surge que:

a.- La intimación por deuda que se le hizo al Sr. Espíndola fue por canon por uso del espacio público, fundado en la Ord. 8337/98 que sólo es aplicable a kioscos en la vía pública. La intimación de la deuda por los demás rubros no fue recepcionada (cfr. informe de fs. 102).

b.- Pese a que el kiosco funcionaba desde 1987, no existe constancia anterior a la baja de la licencia de que se hubieran realizado inspecciones para verificar si, efectivamente, se trataba de un kiosco en la vía pública.

c.- La baja de la licencia comercial se dispuso por aplicación de lo dispuesto en la Ordenanza 8337/98, aplicable a kioscos ubicados en la vía pública.

d.- Luego de la presentación del reclamo del actor, en febrero de 2003, en que aclaró que el kiosco estaba en el cantero del CPEM23 que pertenece al dominio provincial y que por eso no lo había declarado como en la vía pública, tampoco se realizaron inspecciones para confirmar la veracidad de sus datos. Recién en el año 2006 se verificó que el kiosco no estaba en la vía pública.

e.- La Ordenanza8337/98 regula todo lo concerniente a kioscos en la vía pública. Autoriza al Ejecutivo a regularizar las licencias otorgadas a kiosco en la vía pública (art. 1); define como "kiosco en la vía pública" a aquellos instalados sobre bienes del dominio público y/o privado municipal" (art. 3) y establece que tales kioscos deben abonar un canon anual por ocupación del espacio público (art. 10).

f.- Si bien el régimen anterior (Ord. 3464/87) también preveía el pago del canon anual para los kioscos ubicados en la vía pública(art. 7), no existen constancias de que se lo haya intimado o que registrara deuda por tal concepto (pese a que el municipio siempre entendió que se encontraba ubicado en un espacio público).

IX.- Ahora bien, de lo hasta aquí expuesto se desprende que el supuesto fáctico en que se sustenta la Disposición 197/3 –kiosco en la vía pública- y el régimen aplicado –Ordenanza 8337/98- son erróneos.

Como consecuencia de ello, dicho acto y los que lo confirmaron, son nulos: contienen los vicios previstos por los incs. a) m) y s) del art. 67 de la ley 1284 (discordancia con la situación de hecho existente y la reglada por la norma, irrazonabilidad y motivación errónea).

La nulidad de dichos actos evidencia que ha existido por parte de la Municipalidad de Neuquén una deficiente prestación del servicio de control e inspección del comercio.

En efecto, ha quedado en evidencia que la municipalidad actuó en forma negligente y desarticulada. La falta de certeza en punto a la ubicación real del kiosco se podría haber solucionado con una inspección que corroborara ese aspecto; diligencia que, según hemos visto, recién se concretó en forma efectiva luego de que se dispusiera la baja de la licencia comercial.

No obstante, para poder declarar la responsabilidad y ordenar la indemnización, es preciso establecer la existencia de daño y la relación de causalidad del mismo con la falta de servicio.

La existencia del daño es un elemento imprescindible de la responsabilidad, sea civil o estatal, ya que sin él no puede siquiera pensarse en la pretensión resarcitoria, dado la ausencia de interés.

En efecto, aceptada la procedencia de la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho

público, su admisión en los casos concretos dependerá, entre otras cosas, de la acreditación del perjuicio que deba ser reparado. Sin la existencia de ese menoscabo o deterioro, la responsabilidad no se pone en movimiento.

En este caso, como se detallara al inicio, el accionante reclama la indemnización de daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

IX.1.- Como daño emergente pretende el valor de los elementos que afirma fueron incautados al efectuarse el desalojo (mercadería, estanterías, heladeras, exhibidores de diarios y revistas, fotocopiadoras, equipos de aire acondicionado).

Sin embargo, de las constancias probatorias rendidas no surge la existencia de dicho perjuicio patrimonial.

No se cuenta con documentación o facturas que acrediten la propiedad del Sr. Espíndola ni que tales bienes hayan quedado en manos del municipio.

Del Acta 8893, por la que se procedió a la clausura, no surge la existencia de los bienes que detalla el actor ni consta que se haya incautado ningún elemento. En dicha acta, se dejó constancia que se había presentado el Sr. Espíndola diciendo que se iba a instalar dentro del local para impedir el desalojo y que se hacía responsable de su custodia y cuidado.

De las testimoniales rendidas a fs. 195/6, y 227/228 vta., tampoco pueden extraerse datos precisos. Ninguno de los testigos recordaba con exactitud cuáles eran los elementos existentes o los que se incautaron.

Además, aunque de tales testimonios pudiera inferirse que el municipio hubiera retirado algunos bienes, ello no alcanza para establecer que eran de propiedad del actor ni el valor de los mismos porque no se cuenta con otros elementos probatorios que permitan tener por acreditada la existencia de este rubro.

IX.2.- El restante daño patrimonial reclamado es el lucro cesante. EL resarcimiento pretendido por este rubro es el equivalente a las ganancias que dejó de percibir el accionante, desde Octubre de 2005 hasta que le sea posible la reapertura del kiosco, a razón de $18.000 mensuales.

Cabe recordar que el lucro cesante está configurado por las ventajas económicas esperadas de acuerdo a las probabilidades objetivas, debida y estrictamente comprobadas (Fallos: 306:1409), cuya admisión requiere una acreditación suficiente del beneficio económico dejado de percibir (Fallos: 311:2683) (Cfr. CSJN Fallos 328:4175).

Así, para que sea indemnizable basta con la probabilidad objetiva de que se hubiese logrado un beneficio, conforme al curso ordinario de las cosas y de las circunstancias existentes.

En este caso, frente a la responsabilidad que se atribuyó al Estado, derivada de la baja de la licencia y el desalojo del kiosco que explotaba el actor, debe prosperar el reconocimiento del lucro cesante por el periodo en que el Sr.

Espíndola se vio ilegítimamente privado de la explotación comercial. Es decir, desde octubre de 2005 hasta que le fuera otorgada nuevamente la licencia en agosto de 2006.

En punto a la cuantificación, se advierte que la suma mensual estimada en la demanda no encuentra luego, en el desarrollo de la causa, sustento alguno que justifique su procedencia.

En efecto, como se informa en la pericia contable rendida a fs. 289/293 no fue posible determinar los ingresos netos mensuales ni el porcentaje de rentabilidad porque el actor no contaba con documentación que permita la obtención de esos datos.

El único dato cierto disponible, es el informe obrante a fs. 229, elaborado por la División Comercio e Industria de la Dirección de Determinación Tributaria, del que surge que, según los datos de las Declaraciones Juradas anuales de los periodos 2002/2005, los ingresos anuales declarados por el Sr. Espíndola van de $5.000 a $9.860.

En mérito a ello, se estima prudente establecer el resarcimiento por lucro cesante del periodo antes indicado en $8.200.

IX.3.- Resta considerar la procedencia del reclamo por daño moral.

Dadas las características de los hechos ocurridos y las sensaciones que el actor afirma haber experimentado a consecuencia de ellos, su configuración no genera dudas.

Los testimonios rendidos en la causa fueron contestes respecto de los padecimientos sufridos por el actor en su faz espiritual (cfr. fs. 195/6, 227/228 vta.).

Además, no puede soslayarse el hecho de que el Sr. Espíndola es una persona con discapacidad, con una minusvalía ocupacional del 90% -cfr. certificado del JUCAID obrante a fs. 177- y con una familia numerosa. Frente a tales

circunstancias se hace evidente que, el hecho de quedarse sin la fuente principal de ingresos y el derrotero que tuvo que llevar a cabo por las distintas áreas de la administración municipal para tratar de recuperarla, debe haberle provocado cuanto menos angustia, zozobra, sufrimiento, sensación de desamparo.

En consecuencia, corresponde hacer lugar al resarcimiento de este rubro, estimándose prudente fijar el monto de la reparación en $15.000.

X.- En mérito a todo lo expuesto y la existencia de un nexo causal adecuado y directo entre el obrar ilegítimo del municipio y los daños que se reputan acreditados, corresponde ordenar la reparación de los detrimentos sufridos por el actor.

El total indemnizatorio asciende a la suma total de $23.200. Dicho importe, devengará, desde octubre de 2005 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 y hasta el efectivo pago, se calcularán a la tasa activa mensual establecida por el mismo Banco.

La pretensión de actualización de los importes de capital fijados en conceptos resarcitorios deberá ser rechazada, a tenor de la vigencia del artículo 10 de la Ley 23.928.

Las costas del pleito se imponen a la comuna vencida, dado que el hecho que la demanda no haya prosperado en su totalidad no significa que deban distribuirse los gastos del proceso, porque fue la actitud de la demandada con su obrar ilegítimo lo que dio origen al reclamo(art. 68 del CPCC, aplicable por reenvío del artículo 78 Ley 1305). ASI VOTO.

El Señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON, dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Evaldo Darío Moya por lo que emito mi voto en idéntico sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE:1°) Hacer lugar parcialmente a la demanda incoada por el Señor Daniel Demetrio Espíndola y, en consecuencia, condenar a la Municipalidad de Neuquén al pago de la suma de $23.200 con más los intereses establecidos en el considerando X. 2°) Imponer las costas a la demandada vencida (art. 68 CPCC, de aplicación supletoria); 3°) Diferir la regulación de honorarios para cuando se cuente con pautas a tal efecto; 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

DR. RICARDO TOMAS KOHON - DR. EVALDO DARIO MOYA

DRA. MARIA GUADALUPE LOSADA - SubSecretaria

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

"RODRÍGUEZ SANDRA MONICA C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3020/2010) – Acuerdo: 94/16 – Fecha: 14/10/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Responsabilidad del Estado.

MUERTE. DOCENTE. PROTESTA SINDICAL. POLICIA. DISPARO DE ARMA DE FUEGO. FALTA DE SERVICIO. CONDENA EN SEDE PENAL. DAÑOS Y PERJUICIOS. LUCRO CESANTE. PERDIDA DE CHANCE. DAÑO MORAL. CONCUBINA. DAMNIFICADOS INDIRECTOS. DAÑO PSICOLOGICO. PENSION VITALICIA.

1.- Corresponde hacer lugar a la acción procesal administrativa incoada por la actora, por su propio derecho y en representación de sus hijas menores de edad, contra la Provincia de Neuquén, por la que se solicita la reparación de los daños y perjuicios que sufrieran como consecuencia del fallecimiento de su concubino y padre de sus hijas, ocurrido en el marco de una protesta sindical, como consecuencia del accionar de un efectivo de la policía de la Provincia del Neuquén, en tanto se encuentra configurada la responsabilidad del Estado por deficiente prestación del servicio de policía de seguridad (falta de servicio), en base a la condena existente en sede penal. En el caso, se ha demostrado que el agente policial ha incurrido en ejercicio anómalo de su función, dado que existió un exceso en las funciones ejercidas por los funcionarios policiales que deben acotarse a la necesidad y proporcionalidad; conforme las obligaciones que le son impuestas por la Ley Orgánica de la Policía de Neuquén (ver Ley 632 y, en especial, lo establecido por el art. 18, inc. h), de la ley 2.081 que prevé el deber de "disparar el arma reglamentaria sólo cuando exista un riesgo razonablemente grave para la propia vida, la integridad física o la de terceras personas, o en circunstancias que permitan suponer un grave riesgo para la seguridad de la comunidad…").

2.- La responsabilidad del Estado provincial y la consiguiente obligación de resarcir deriva del hecho incuestionable de la extralimitación injustificada del funcionario policial al agredir con disparos de arma de fuego –lanzagases- a un manifestante, tal como se analizara en el decisorio penal que precediera a este pronunciamiento. Tal desmesura ocurrió durante un acto de servicio, es decir, en ejercicio de sus funciones; prisma desde el cual se advierte que dicho funcionario no cumplió sino de una manera irregular las obligaciones inherentes a su función policial (cfr. Fallos 292:428; 300:867; 303:1152; 304:125).

3.- La legitimación de la actora surge de la prueba rendida en autos, que acredita la existencia del concubinato con la víctima al momento de los hechos (art. 1079 C.C.).

4.- En orden a la pensión vitalicia: La expresa mención de que la "cobertura asistencial" debía otorgarse a través de una norma legal de fondo, la que "se propiciará con carácter de urgente sujeta a los regímenes jubilatorios" excluye la finalidad resarcitoria que pretende otorgarle la demandada, desde que apunta al eventual otorgamiento de una pensión, que sea acordada por ley –norma legal de fondo- o, quizás enmarcada en algún régimen jubilatorio existente.

5.- El Poder Ejecutivo se encuentra facultado constitucionalmente para reconocer indemnizaciones a los particulares que han sufrido daños como consecuencia del accionar ilícito -y aún lícito- de la Administración Pública –sin soslayar la intervención necesaria que, en nuestro derecho público local, le cabe al Sr. Fiscal de Estado como

garante de los intereses patrimoniales de la Provincia- (cfr. arts. 214 inc. 10 y 252 de la Constitución Provincial).

6.- Si bien el Poder Ejecutivo provincial tiene entre sus facultades la de "acordar jubilaciones, pensiones, retiros y demás beneficios sociales…" sólo puede hacerlo "…con arreglo a las leyes respectivas." (art. 214 inc. 13), es decir, en el marco de las leyes que regulen los regímenes previsionales y asistenciales, cuya competencia le cabe al Legislador ("dictar leyes generales de jubilaciones, pensiones y subsidios", confr. art. 189 inc. 19 de la C.P).

7.- No resulta procedente computar las sumas recibidas en concepto de pensión vitalicia como compensación por el daño sufrido puesto que la pensión graciable y la indemnización responden a causas diversas: una es una liberalidad; la otra, una reparación del daño sufrido injustamente.

8.- El resarcimiento del valor vida es, en realidad, la reparación del perjuicio que la muerte de la víctima implica en el presente o puede implicar en el futuro para sus familiares que demandan, en función de la asistencia económica que les prestaba al ocurrir la muerte o la ayuda que hubieran podido esperar de ella (cfr. Ac. 19/98, del Registro de la Sala Civil).

9.- La eventualidad de que el fallecido lograra culminar la carrera universitaria en la cual se había inscripto y, consecuentemente, incrementara su patrimonio constituyen alternativas que han sido planteadas –y se observan a la luz de las probanzas de autos- como una mera posibilidad de obtener beneficios que descarta la indemnización pretendida.

10.- Para que exista chance la víctima debe encontrarse en situación fáctica o jurídica idónea para aspirar a la obtención de esas ventajas, al momento del evento dañoso (cfr. Zannoni, Eduardo "El daño en la responsabilidad civil", 3º ed., Bs. As. Astrea, 2006, pag. 110 y 111), y tal circunstancia no ha sido suficientemente acreditada.

11.- La legitimación para accionar de la concubina por el rubro daño moral, presenta como valladar el art.1078 del C. Civil –vigente al momento de los hechos- en cuanto establece que: "…La acción por indemnización del daño moral sólo competerá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos". Esta Sala declaró la inconstitucionalidad del artículo citado por establecer una exclusión irrazonable que contrarían los principios de igualdad (art 16 C.N.), reparación de la integridad física y moral (art. 17 C.N.; arts. 5 y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), el del resarcimiento integral ("alterum non ladere" del art. 19 de la C. N.) y la garantía de protección integral de la familia (art. 14 bis C.N.) (cfr. Acuerdo 66/12).

12.- La limitación que en materia de legitimación activa por daño moral consagra el

artículo 1078 del C.C. se presenta, en el caso, como inconstitucional, al consagrar un tratamiento irrazonablemente distinto respecto de sujetos que se encuentran en idéntica situación de hecho, no respetando las pautas constitucionales que resguardan a la familia, y a la reparación integral del daño sufrido.

13.- Aun cuando la lesión psicológica sea valorada y calculada dentro del daño moral, ello no significa que no sea indemnizada. Por el contrario, en el caso, proyecta sus efectos y repercute como un factor de intensificación del daño moral resarcible, a fin de computar debidamente la gravedad espiritual que presenta para el sujeto el menoscabo de la normalidad psíquica como consecuencia del hecho.

14.- La afección psíquica grave que surge de los informe técnicos, habrá de ser ponderada a los efectos de redimensionar la indemnización que debe reconocerse en el ámbito extrapatrimonial.

15.- En la ponderación del daño moral ocasionado no deben soslayarse las especiales circunstancias que rodearon la trágica muerte del docente las que, como se evidencia en las pericias psicológicas y las testimoniales citadas, fueron intensamente traumáticas para el grupo familiar. En especial, se aprecia que en el caso constituyen factores de acrecentamiento del dolor espiritual: lo inesperada de la muerte que aconteció durante una protesta salarial docente desarrollada en forma pacífica, la situación de indefensión que presentaba la víctima al momento del hecho, la condición de efectivo de las fuerzas de seguridad policial que revestía el victimario, la injusticia del daño padecido que pudo ser evitado, el dolor por la agonía intensa padecida por la víctima hasta su deceso, quien debió soportar un traslado al nosocomio y una posterior intervención quirúrgica de urgencia, etc. todas vivencias perturbadoras que funcionaron como intensificadoras del daño ocasionado a las aquí accionantes.

16.- Corresponde distinguir las sumas a otorgar a cada familiar reclamante, no por considerar un dolor mayor a otro, sino que hallarse acreditadas circunstancias diferenciadas con relación a cada una de ellos, que necesariamente repercuten en el plano resarcitorio.

Texto completo:

ACUERDO N° 94. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los catorce días del mes de Octubre del año dos mil dieciséis se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa Analía Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "RODRÍGUEZ SANDRA MONICA C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. n° 3020/10, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el señor Vocal Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- A fs. 29/46 se presenta, mediante apoderado, la Sra. Sandra Mónica Rodríguez, por su propio derecho y en representación de sus hijas

menores de edad, C. F. y . F., e interpone acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén.

Solicita la reparación de los daños y perjuicios que sufrieran como consecuencia del fallecimiento de su concubino y padre de sus hijas, Carlos Alberto Fuentealba, acaecido el día 05 de abril de 2007 como consecuencia del accionar de un efectivo de la policía de la Provincia del Neuquén, por el monto total de pesos siete millones ochocientos nueve mil quinientos cincuenta y dos con setenta y ocho centavos ($7.809.552,78.-).

Luego de explayarse sobre los recaudos de habilitación de la instancia, se dedica a fundar la legitimación activa y pasiva.

Respecto a esta última, afirma que es la Provincia del Neuquén la que debe responder por los daños y perjuicios acaecidos como consecuencia del actuar ilícito de un funcionario policial, en virtud de lo prescripto por el artículo 1112 del C. Civil.

Con relación a la legitimación para accionar, afirma que A. y C. Fuentealba son hijas de la víctima, conforme lo acredita con las copias certificadas de las partidas que adjunta a fs. 7 y 8, y en tal carácter se encuentran legitimadas para peticionar la reparación de los daños patrimoniales y morales ocasionados, con fundamento en los artículos 1078, 1079, 1084 y 1085 del Código Civil.

Aclara que la acción la ejercen en nombre propio y no iure hereditatis según lo afirmado por la doctrina imperante en la materia.

Refiere que tratándose de hijas menores de edad, existe una presunción iuris tantum respecto de la existencia de daños, es decir, que se encuentran exentas de tener que acreditar el perjuicio ocasionado por la muerte de su padre, aunque sea conveniente a los fines de establecer la extensión del resarcimiento que pretenden.

Manifiesta que en tanto resultó ser concubina del causante durante aproximadamente 17 años y hasta el momento del hecho luctuoso (conforme lo justifica con la copia certificada de la información sumaria Nro. 441/07 (fs. 9), se encuentra legitimada para reclamar el resarcimiento que su muerte le produjo, tanto en lo que respecta al daño material como al daño moral, dado que estima inaplicable la previsión del artículo 1098 del C. Civil por entender que es contraria a la "protección integral de la familia", al principio de "reparación integral" y la igualdad en la reparación de los daños.

A continuación relata que conforme ha quedado acreditado en la causa "Poblete, José Darío s/ Homicidio doblemente calificado por la calidad del imputado –integrante de la Policía de la Provincia del Neuquén-, por alevosía y por el uso de arma de fuego en carácter de autor", causa nº93 Año 2007, radicada ante la Cámara Criminal Primera de esta Circunscripción Judicial, mediante el dictado de la sentencia Nro. 32/2008, de fecha 8 de julio del año 2008, el cabo José Darío Poblete ocasionó lesiones tan graves a Carlos Alberto Fuentealba que le ocasionaron la muerte, acaecida el día 05 de abril de 2007.

Respecto a las circunstancias fácticas que rodearon el hecho luctuoso, afirma que ocurrió en el marco de las medidas de fuerza llevadas a cabo por el gremio ATEN, sobre la Ruta Nro. 22 a la altura del km 1264 –Arroyito-, el día 04 de abril de 2007, oportunidad en que se montó un procedimiento policial en el que tomaron intervención varios grupos policiales, entre ellos, el de Zapala donde prestaba servicios el cabo Poblete.

Manifiesta que en dicha coyuntura el Sr. Fuentealba -quien participaba de las protestas- viajaba como pasajero en el automóvil marca Fiat 147, dominio AMP 172, conducido por Gonzalo Arroyo, cuando de manera intencional y deliberadamente el Cabo Poblete apuntó al vehículo y disparó con la Pistola Federal 011117 provista por la repartición. Afirma que el proyectil se introdujo por la luneta del auto e impactó en el cráneo de Fuentealba, produciéndole el hundimiento de la región occipital izquierda, lo que provocó su posterior trasladado al Hospital Regional zonal donde fue intervenido quirúrgicamente, falleciendo en horas de la noche del día siguiente.

Asegura que el deceso se produjo por traumatismo encefálico grave por acción de un misil que actuó por peso y a velocidad intermedia, provocando un hundimiento localizado en el hueso, ya que la energía emitida en el punto de partida del impacto creó una onda que provocó además, daño cerebral que lesionó el encéfalo opuesto.

Interpreta que el operativo donde el Sr. Fuentealba encontró la muerte estuvo especialmente diseñado para la ocasión. Asegura que desde el propio Estado se ordenó, coordinó y supervisó un operativo policial con exceso de

integrantes, con personal de los denominados "grupos especiales", policías de uniformes, carros hidrantes, personal policial portando armas de fuego no convencionales, etc. lo que constituye una circunstancia que por sí sola incrementaba el riesgo de que se produjeran afectaciones a distintos bienes jurídicos.

Afirma que la muerte fue producto de un operativo policial llevado a cabo con un inusitado nivel de violencia y de afectación de bienes jurídicos, pensado y diseñado anticipadamente, con ausencia de controles puntuales y precisos, pese a encontrarse presente la totalidad de la plana mayor de la policía de la Provincia y el representante del Poder Ejecutivo en el escenario de los hechos.

Razona que objetivamente no resultaba necesaria ni proporcional la acción de disparar armas tales como pistolas 12.70 o lanzagases, incluso en dirección al cuerpo de los manifestantes, así como tampoco realizar las persecuciones en zonas alejadas de la Ruta 22 –cuyo despeje fue la justificación del operativo- como tampoco acometer, en el tramo final del operativo produciendo una "encerrona" sobre los vehículos que se iban retirando e incluso disponer la interceptación de rodados en cercanías de quienes ejercían su legítimo derecho a manifestar el descontento con las decisiones del gobierno provincial.

Expone que en esta circunstancia radica, precisamente, la "falta de servicio" imputada al Estado Provincial como causal de atribución del daño ocasionado, por la actuación ilegítima de un miembro de sus fuerzas policiales, todo lo cual ha quedado acreditado en el expediente penal mencionado anteriormente.

Señala que no puede pasarse por alto que el Cabo Poblete, al momento de los hechos, ya contaba con una condena anterior, por el delito de vejaciones (Cfr. sentencia nro. 104 de fecha 23 de agosto de 2006, Expte. 4556 Año 2004, dictada por el Juzgado Correccional de Zapala) y que pese a ello, fue seleccionado para integrar el cuerpo de policías que asistirían al lugar de las protestas.

Expone que tal circunstancia denota la responsabilidad de la Provincia del Neuquén por "culpa in eligendo" e "in vigilando" dada por el irregular reclutamiento, capacitación, formación y contralor del personal que presta servicios para las fuerzas de seguridad, máxime considerando que el Cabo Poblete formaba parte de los denominados "grupos especiales", estando habilitado para la portación de armas de fuego no convencionales tales como pistolas 12.70 o pistolas lanzagases.

Señala que deberá tenerse presente que el Código Civil atribuye mayor alcance a la obligación de reparar cuando se ha actuado con dolo, tal el caso bajo análisis.

Luego, se detiene a considerar que mediante el dictado de la Ley 2547 (B.O. 3042 de fecha 07/06/07) el Estado Provincial le otorgó una pensión de carácter vitalicio, mediante la modalidad de pago mensual, por un monto equivalente a treinta y seis (36) horas cátedra de nivel medio AA-6 del escalafón docente y las actualizaciones que se devenguen en el futuro para igual situación de revista del personal en actividad.

Sin embargo, estima que ello no es óbice para reclamar una reparación integral, dado que la misma fue dada a efectos de "dar cobertura asistencial y concurrir con el apoyo y la contención que debe brindar el Estado como responsabilidad indelegable ante la situación lamentable que derivara en la muerte del profesor Carlos Fuentealba" conforme señalara la Diputada Storioni al momento de debatir el proyecto de ley en la Legislatura Provincial.

Explica que la pensión otorgada por el Estado Provincial no tiene carácter indemnizatorio, sino que participa de la naturaleza "graciable" pues ha sido otorgada a fin de brindar una "cobertura asistencial" o "amparo económico" por la situación de emergencia vivida.

Sin embargo, asevera que aun cuando se estimara que su naturaleza fuera "indemnizatoria" de modo alguno podría satisfacer las normas constitucionales relativas a la obligación de garantizar una "reparación integral".

Con cita de la doctrina de los actos propios, puntualiza que de los términos vertidos por la Diputada Storioni al momento de debatir la concesión de la pensión se desprende que el Estado Provincial se considera responsable por la muerte de Carlos Fuentealba.

A continuación se explaya sobre el resarcimiento del daño material y moral reclamado.

Con relación al daño material cuya reparación reclama para sí y sus hijas, expresa que el Sr. Fuentealba al momento de su muerte tenía 40 años de edad, era profesor en varias escuelas (C.P.E.M. Nros. 60, 69, 70, 54, 17 y 40) cumpliendo

32 horas semanales y que su salario era, el último año, de pesos dos mil cien ($2.100).

Explica que Carlos era el sostén principal de la familia, por eso había tomado la mayor cantidad de horas cátedra que podía y tenía la convicción de seguir capacitándose a fin de mejorar la situación económica familiar. En este sentido, afirma, que se hallaba estudiando en la Universidad Nacional del Comahue la carrera de Profesorado en Letras pero que a principio de 2007, había decidido cambiarse al Profesorado de Química.

Indica que su parte, también es docente y que al momento del hecho, contribuía a la economía del hogar pero en menor medida, pues trabajaba sólo a la mañana y el resto del día se dedicaba al cuidado y atención de las niñas, como así también a sus estudios.

En función de la aplicación de la fórmula matemática financiera de uso habitual en el fuero civil provincial, como pauta orientadora, y considerando la expectativa de vida promedio del sexo masculino en 75 años –incluyendo no sólo su vida laboral activa sino también la pasiva-, reclama la suma de $955.500, en concepto de lucro cesante.

A ello, le agrega el reclamo por pérdida de chance, acorde con la mayor capacitación que desde antes de su muerte el Sr. Fuentealba había decidido asegurarse, teniendo en cuenta que estaba cursando la carrera de Profesor de Química. Afirma que tal circunstancia debe considerarse atento a que existía una posibilidad cierta de que se recibiera y pudiera ejercer como tal, lo que hace presumir necesariamente que incrementaría sus ingresos brindando una mayor colaboración económica a su familia.

Pretende una indemnización en virtud de los probables futuros ingresos, estimada sobre el 20% del monto del lucro cesante, lo que asciende a la suma de $191.000.

Apunta que a la hora de evaluar una justa indemnización, no debe dejar de considerarse la corta edad de las hijas de la víctima al momento de su fallecimiento (9 y 14 años), lo que evidencia que el deber de atender y asistir a las mismas, se hubiera prolongado por muchos años más.

En definitiva, reclama en concepto de lucro cesante y pérdida de chance la suma de $1.146.600.

Asimismo, la actora pretende la reparación del lucro cesante y pérdida de chance que dice haber padecido a título personal, por la muerte de su concubino.

Afirma que hasta el momento del hecho dañoso, ella trabajó como docente en diversas escuelas primarias durante 20 años. Asimismo, dice que estaba cursando la carrera de profesorado para nivel medio y superior de Artes Visuales en la Escuela Superior de Bellas Artes de Neuquén, con el fin de poder dar clases en instituciones terciarias.

Puntualiza que desde el 5 de abril de 2007, fecha en que se produjo la muerte de su marido a manos de un efectivo de las fuerzas policiales, su vida cambió para siempre. Allí comenzó una ardua lucha orientada a responsabilizar a los autores del ilícito, batalla que, al momento de interponer esta acción aún no había llegado a su fin, no obstante la condena del Cabo José Darío Poblete, puesto que continuaba en trámite la denominada causa "Fuentealba II" (Fiscalía de Cámara s/ investigación" Expte. 38150/7).

Afirma que como consecuencia de ello, debió empezar tratamiento psicológico, asistiendo a sesiones de terapia dos veces por semana con el Lic. Pablo Seiguer, con quien continúa atendiéndose.

Refiere que desde ese momento está con licencia médica, sin poder asistir a sus labores diarias hasta tanto no se le otorgue el alta.

Alude a la Resolución Nro. 1535 del Consejo Provincial de Educación, de fecha 03 de octubre de 2007, mediante la cual se le otorgó una "licencia excepcional con goce de haberes desde el 30 de abril de 2007 y hasta el alta médica".

En particular, menciona un informe de la Junta Médica del Consejo Provincial de Educación de fecha 26/08/08, en la cual se indica que su parte tenía serias dificultades para verse frente a un aula y que la falta de resolución judicial por la muerte de su marido le impedía poder hacer el duelo, por lo cual le otorgaba una licencia hasta el 20/03/09. Luego, indica que existió otra Junta Médica de fecha 16/04/09, mediante la cual se le vuelve a otorgar licencia médica.

Asegura que su carrera docente se vio interrumpida bruscamente por el hecho traumático, después de 20 años de antigüedad, con el agravante de no poder retornar a ninguna actividad del ámbito educativo dado que lo asocia directamente con la muerte de su esposo, quien se convirtió en un emblema de la defensa de la educación pública y de los salarios de los educadores.

Considera que, siendo que ella también se encontraba cursando estudios, con la proyección de ser un "complemento" de los ingresos económicos que aportaba su esposo, y en virtud de los antecedentes mencionados acerca de la imposibilidad de asegurarse en el futuro cumplir con dichas "expectativas", es que solicita una indemnización por las eventuales ganancias adicionales, ciertas y probables que podría haber generado en el futuro.

A fin de estimar el monto, recurre a la fórmula matemática financiera, y tomando como base que al momento del hecho ella tenía 42 años de edad, la expectativa de vida promedio del sexo femenino (de 78 años), y sus ingresos al mes de septiembre de 2009 que ascendían a la suma de $2.817,08 reclama el pago de una indemnización equivalente a $1.450.232,78.

Con relación al daño moral padecido a título personal y por sus dos hijas, afirma que para su justipreciación cabe tener en cuenta:

- La muerte del progenitor y compañero de vida caló hondo en la estructura familiar, puesto que era el tronco económico y afectivo de la misma, con especial incidencia en la vida de sus hijas que se vieron prematuramente privadas de su asistencia espiritual y material a una corta edad.

- Que al dolor y angustia que padece cualquier familiar ante el deceso de un ser querido, se le debe añadir las afecciones relacionadas con la impotencia e ira que les genera el modo y el contexto en que se produjo la muerte de Carlos Fuentealba –asesinado de manera violenta durante una protesta social por un miembro de las fuerzas de seguridad del grupo GEOP, tras una feroz represión ejercida contra los manifestantes, operativo policial que fuera anticipadamente pensado y organizado-.

- Las repercusiones sociales y políticas del caso. Fuentealba se ha convertido en un estandarte de la defensa de la protesta social en nuestra provincia y en la nación toda. Las escuelas y lugares públicos se hallan empapelados con su rostro y en toda manifestación se enarbola su nombre.

Alega que, si bien las repercusiones mediáticas, políticas o sociales de un determinado caso no determinan de por sí el monto indemnizatorio, lo cierto es que, en este caso, la sociedad ha vislumbrado la trasgresión de principios o valores fuertemente arraigados en la sociedad. Por ello, estima que las características excepcionales que presenta la muerte de Carlos Fuentealba, obligan a fijar una indemnización también excepcional.

- La circunstancias que rodearon la muerte –en particular, la paradoja de quienes están encargados de brindar seguridad sean los que el produjeron la muerte-, también deben ser consideradas a los fines de fijar la indemnización por daño moral, la que considera que debe abarcar el "aspecto punitivo" cumpliendo una "función ejemplificadora propia de una sanción".

Destaca que se trató de un hecho evitable, cometido en el marco de una represión injustificada y no en el contexto de una acción legítima del Estado en aras de controlar a los manifestantes.

- La índole del hecho generador, ya que no puede ser igual la extensión de la responsabilidad resarcitoria de quien produce dolosamente un daño, que quien debe responder por su actuar culposo o negligente.

Refiere que, por su parte, sobrellevar las presiones de enfrentarse a los procesos judiciales, la constante e inevitable exposición pública, la necesidad de contener económica y emocionalmente a sus hijas, ha dañado su salud psíquica. Afirma que ha atravesado períodos de depresión, de desequilibrios anímicos, de profunda angustia e ira.

Cita al Psicólogo que la trata, quien informa con fecha 28/11/08 que padece "trastorno por estrés postraumático (F. 43.1 DMS IV)" e indica la necesidad de un tratamiento psicoterapéutico prolongado con probables interrupciones y reinicios, diagnóstico que se mantiene en fecha 14/12/2009.

Con relación a las niñas, afirma que si bien las envió a terapia ni bien ocurrió la muerte de su padre, se han negado a continuar la misma, pese a los reiterados intentos de que retomen el tratamiento.

Manifiesta que las niñas abandonaron el colegio por unos meses, pues tampoco se hallaban en condiciones de afrontar el duro golpe que significaba volver a la escuela, donde encontraban fotos de su padre que empapelaban las aulas y el único tema de conversación durante meses fue la circunstancia de su muerte.

Refiere que, sin embargo, las niñas debieron finalmente enfrentarse con todo ello y retomar sus estudios, pero que aún hoy padecen problemas de concentración producto del desequilibrio emocional que están atravesando.

Por todo ello, reclama una indemnización que asciende a la suma de $1.500.000 en su favor, la suma de $1.700.000 a favor de C. y la de $1.800.000 en favor de A., teniendo en consideración la edad de las víctimas.

Asimismo, reclama el pago de los gastos por tratamiento psicológico. Refiere al respecto, que desde el fallecimiento de su esposo se encuentra bajo tratamiento psicológico con el Lic. Pablo Seiguer, y que desde febrero de 2008 –fecha en que dejó de atender por ISSN- ha tenido que abonar las sesiones en forma particular. Afirma que durante un tiempo tuvo que asistir con una frecuencia de dos sesiones semanales hasta que pudo reducirlas a una sola por semana.

Explica que el costo de la sesión era de $80 la hora hasta el mes de junio de 2009, y desde esa fecha el costo aumentó a $100. Por ello reclama en concepto de gastos ya erogados, la suma de $12.720.- con más la suma de $50.000 para la continuación de la terapia en el futuro.

También reclama un tratamiento psicológico para sus hijas C. y A., las que si bien no asisten actualmente, tienen necesidad de hacerlo a fin de despejar la posibilidad de aparición tardía de sintomatología asociada al hecho traumático.

En virtud de ello, reclama por este rubro la suma de $75.000 para cada una, en atención a la edad y la posibilidad de tener un tratamiento prolongado.

Solicita que a la totalidad de las sumas que reclama, se le adicionen intereses a la tasa activa, desde que dicha sumas resultaron debidas, es decir, desde el hecho ilícito y hasta su efectivo pago.

Dedica algunos párrafos a la relación causal que existe entre la muerte del Sr. Fuentealba y los daños que dice haber padecido. Funda la reparación de los daños sufridos, en los artículos 1068, 1071 bis, 1077, 1078 1° parte, 1079, 1080, 1083, 1084, 1109 ss. y cc del Código Civil, el artículo 19 de la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con Jerarquía constitucional.

Ofrece prueba, hace reserva de caso federal, denuncia la promoción de un beneficio de litigar sin gastos y formula petitorio.

II.- A fs. 48 toma intervención el Sr. Defensor del Tribunal, en su carácter de Ministerio Pupilar por las menores C. y A. Fuentealba.

A foja 59 y vta., por medio de la RI N° 322/10 se declara la admisión formal del proceso.

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

IV.- A fojas 482/493 vta. 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.

En esa inteligencia, explica que un importante grupo de manifestantes materializaron un reclamo laboral por fuera de la vía jurisdiccional, cortando ilegalmente la Ruta Nacional 22 a la altura de Arroyito y, que luego de requeridos por la autoridad policial para que cesen las hostilidades, no sólo desobedecieron la legítima orden de liberar la ruta para permitir el libre tránsito, sino que deliberadamente enfrentaron a las fuerzas policiales apostadas en el lugar.

Relata que debido a la desobediencia y resistencia a la orden policial de liberar la ruta, en el uso de la fuerza pública –ley 2081- y ejerciendo una legítima defensa, se llevó a cabo el procedimiento en el cual resultó lesionado un manifestante.

Dice que, despojado del contexto político en que los actores proponen el entendimiento del evento dañoso, se advierte que los manifestantes -entre los cuales se encontraba el Sr. Fuentealba- habían alterado el orden público y la paz social, imponiendo la presencia de la autoridad policial que procuró recomponer la situación y garantizar la tranquilidad y seguridad.

Expone que, en el marco de la desobediencia de los manifestantes a la orden policial de desalojar la ruta, el personal policial hizo uso justificado de una de las herramientas con las que cuenta legalmente para disuadir a los manifestantes, esto es, el uso de la granada de gas lacrimógeno cuyo efecto propio es la molestia visual, idónea para hacer cesar la actitud hostil y dispersar la multitud.

Continúa narrando que, siendo de público conocimiento que la lesión que recibió Fuentealba fue por el impacto de

una granada como la descripta, es evidente que el lamentable resultado lejos de haber sido el querido por el autor del lanzamiento, fue una desgracia totalmente involuntaria y ajena a toda intención procurada en ese momento, máxime cuando se confirmó categóricamente que el tipo de arma que causó la lesión no es aquella utilizada para herir o matar.

En virtud de ello, concluye que el lamentable hecho ha sido provocado por un error en la dirección dada al disparo del gas lacrimógeno al momento del tumultuoso hecho.

Interpreta que, importando a los fines de la litis el hecho per se, objetivamente analizado, despojado de toda connotación política y repercusión mediática, corresponde su consideración bajo los preceptos de la responsabilidad objetiva del Estado, justipreciando los rubros con especial apego a las constancias objetivas con que se cuente en autos, y lógicamente, las pautas jurisprudenciales vigentes para casos idénticos.

Explica que el Poder Ejecutivo provincial celebró un acuerdo general con los representantes del sindicato de Trabajadores de la Educación del Neuquén (A.T.E.N.), sector que llevaba adelante la representación de la concubina del Sr. Fuentealba y de sus hijas.

Alega que, en cumplimiento de dicho acuerdo, se emitió el Decreto 553/07 mediante el cual se le otorgó a la hoy actora y a sus hijas menores de edad, una pensión de carácter vitalicia e irrevocable, equivalente a la pérdida de chance sufrida por la desaparición del Sr. Fuentealba, consistente en un cobro mensual equivalente a lo que en vida laborara el causante, igual a 36 horas cátedra de nivel medio AA-6 del escalafón docente, monto alcanzado por las actualizaciones que en lo sucesivo se devenguen.

Cuestiona la actitud asumida por la accionante, quien si bien reconoce la existencia de tal pensión, manifiesta que no tiene carácter indemnizatorio, siendo ello una tergiversación con sustento semántico. Asegura que, al margen de la denominación que se le imprima al concepto en cuestión, es su monto y base de cálculo lo que nos da la naturaleza jurídica real del cobro, ya que la pensión propiamente dicha, será percibida por los deudos del ISSN –organismo previsional pertinente- lo que contradice la argumentación de la actora quien, en el supuesto por ella descripto, resultaría beneficiada por un doble cobro indebido.

Insiste en que lo abonado por el Estado como consecuencia del Decreto 553/07, luego Ley 2547 es lisa y llanamente la traducción administrativa de lo que resultaría reclamable en juicio por responsabilidad civil para el caso de muerte del sostén económico familiar, bajo el rubro o concepto de pérdida de chace, con el aditamento de habérsele otorgado con carácter vitalicio, condición que jamás hubiera obtenido por la vía jurisdiccional.

Aclara que tal pensión tiene carácter de "reparación integral" en cuanto al rubro en cuestión, considerando el fundamento expresado en el debate parlamentario de la Ley 2547, donde se hace constar claramente que se trata de una norma de excepción, que tiene por objeto indemnizar, brindando cobertura asistencial con el fin de satisfacer las necesidades económicas de sus beneficiarios.

Con base en ello estima intolerable la pretensión de doble cobro que se intenta por esta vía, por lo que solicita el rechazo de este rubro peticionado.

Con relación al rubro "lucro cesante" solicitado por la actora a título personal, afirma que el mismo es improcedente dado que la propia parte reconoce que se encuentra gozando de una licencia laboral, de carácter extraordinaria, y con goce de haberes; situación que permite afirmar que no variaron sus ingresos o ganancias a partir del hecho objeto de autos, por lo que de acogerse este rubro provocaría un enriquecimiento sin causa.

Cuestiona por exorbitante la suma reclamada en concepto de daño moral, dado que es muy superior a la otorgada normalmente para casos análogos que, pese a no tener la repercusión mediática y política del presente, no difieren respecto al sufrimiento que causa la muerte de una persona en su entorno familiar. Cita abundante jurisprudencia de otros fueros en apoyo a su postura.

Propicia el rechazo del rubro daño psicológico porque estima que no tiene entidad autónoma, sino que es un daño que debe ser subsumido dentro del moral.

Alude que la mediatización y publicidad que obtuvo el caso de autos por obra de las organizaciones gremiales pudo haber sido la causa del daño psicológico que dice haber padecido la actora y sus hijas.

Exige que de considerarse el rubro en forma autónoma, deberá la actora probar que el mismo es consecuencia directa e inmediata del hecho y no un corolario de la mediatización del caso y las repercusiones que ello pudo tener.

Por último, estima irresponsable y malintencionada la cuantificación de la reparación económica pretendida por la actora, la que jamás podrá prosperar, lo que evidencia, a su juicio, una inconducta procesal temeraria y maliciosa que excede la pluspetición inexcusable del art. 72 del CPCC, exigiendo ser sancionada con la oportuna condena en costas a la actora y sus letrados, con absoluta independencia de la forma en que se resuelva definitivamente la litis.

Ofrece prueba, expresa desinterés en la producción de la pericial psicológica y formula su petitorio.

V.- A fs. 498 se abre la causa a prueba.

A fs. 502, en atención a la renuncia del Dr. Gavernet, se sortea Defensor del Tribunal subrogante, siendo desinsaculada la Dra. María Dolores Finochietti, la que evacua la vista otorgada a fs. 503.

A fs. 517, en atención a haber alcanzado la mayoría de edad, comparece por derecho propio Camila Fuentealba y ratifica todo lo actuado a su favor por sus letrados patrocinantes.

A fs. 1854, se clausura el período probatorio poniéndose los autos a disposición de las partes para alegar, facultad que sólo ejerce la actora a fs. 1858/1876.

VI.- A fs. 1878/1891 dictamina el Sr. Fiscal ante el Cuerpo, quien propicia se haga lugar a la demanda.

Sostiene que se trata de un supuesto de obligación extracontractual del Estado por "falta de servicio".

Con cita del precedente "Barreto" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, afirma que al no existir en el derecho local un texto expreso que contemple los supuestos de responsabilidad del Estado, el tratamiento deberá efectuarse recurriendo en forma analógica a las disposiciones del derecho común o algún principio general del derecho.

Luego de reseñar los aspectos más relevantes de la sentencia Nro. 32/2008 recaída en la causa penal "Poblete" (causa Nro. 93 Año 2007), estima que el resultado dañoso fue consecuencia directa de la conducta desplegada por un agente de la policía, en ejercicio de la función policial, por la tenencia y utilización de un arma de fuego que le fue provista en virtud de dicha actividad policial, en función de la cual el Estado debe responder.

Concluye que se encuentra probado el hecho ilícito cometido por el efectivo policial en abuso de su función y en total violación de los deberes legales transcriptos. En ello radica, a su criterio, la falta de servicio.

A continuación se explaya respecto de los daños reclamados. Con relación a la pensión que recibe la Sra. Rodríguez, afirma que su alcance y excepcionalidad, junto a los caracteres de vitalicia e irrevocable, reemplazan lo reclamado por las actoras en concepto de pérdida de chance y lucro cesante.

Propicia el reconocimiento del lucro cesante, respecto de la Sra. Sandra Rodríguez, daño moral pretendido por las tres actoras y los gastos por tratamiento psicológico en función del daño psíquico probado respecto de las actoras.

Respecto al primero de los daños mencionados, estima que surge acreditado en la causa que la Sra. Rodríguez vio frustradas sus expectativas de crecimiento, encontrándose probado que concluyó el profesorado de Artes Visuales para el Nivel Medio y que contaba con una serie de expectativas de continuar con el Profesorado Superior en la especialidad Dibujo y Pintura. Lo que permite presumir que pretendería aumentar sus ingresos con esa nueva capacitación, la que a raíz del hecho en cuestión se ve imposibilitada de concretar, al no poder retornar a sus actividades habituales.

En cuanto al reclamo por daño moral efectuado por la concubina, propicia la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1078 del C.C. Con relación al resarcimiento, pondera en particular la repercusión pública que adquirió el caso, el significativo perjuicio espiritual extrapatrimonial y su pervivencia por la dificultad de sobrellevar un duelo en un caso público. Entiende configurado un daño psíquico a instancias de la pericia llevada a cabo.

Con relación al daño moral sufrido por las hijas de la víctima, estima configurado el mismo in re ipsa. Respecto a la fijación del quantum, considera que debe tenerse presente el carácter resarcitorio del rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tienen que guardar necesariamente relación con el daño material.

Por último, propicia el reconocimiento de los gastos de asistencia psicológica realizados y los futuros respecto de todas las actoras.

VII.- A fs. 1892 la actora recusa con causa al señor Vocal Dr. Evaldo Darío Moya.

A fs. 1895 el Dr. Moya se excusa de intervenir en autos, en virtud de encontrarse comprendido en la causal prevista por el artículo 17 inc. 7 del CPCC.

Mediante RI 659/2014 se acepta la excusación del Dr. Moya y se lo tiene por apartado del conocimiento de la presente causa.

A fs. 1902 se llama autos para sentencia, los que son suspendidos atento el pedido de remisión de la causa penal adjuntada y sus anexos, por parte de la Secretaria Penal del Tribunal Superior de Justicia.

Devueltas las actuaciones a esta Secretaria, se llama autos para sentencia (fs. 1913), los que son nuevamente suspendidos a fin de citar a Ariadna Fuentealba a comparecer por sí misma a juicio, en atención a haber adquirido la mayoría de edad.

A fs. 1917 comparece la Srta. Ariadna Fuentealba por sí, con patrocinio y ratifica todo lo actuado hasta el momento.

Finalmente, a fs. 1918 se dispone el cese de la intervención del Sr. Defensor General y se reanuda el llamado de autos para sentencia, el que consentido y firme coloca a estas actuaciones en estado para ser falladas.

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

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

Se trata de una responsabilidad directa, porque la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 312:1656; 317:1921; 318:193; 321:1124; 330:2748; 331:1690).

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

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

La demandada, básicamente, postula que el actuar del personal policial se encontró justificado frente a la resistencia y ataque directo de los manifestantes, entre los cuales se encontraba la víctima.

En esta senda, afirma que el día 04 de abril de 2007, un grupo de manifestantes que llevaban a cabo una protesta por un reclamo laboral, procedieron a interrumpir ilegalmente el tránsito sobre la Ruta Nacional Nro. 22 a la altura de Arroyito. Asegura que los manifestantes, requeridos por la autoridad policial, desobedecieron la orden de liberar la ruta y, deliberadamente, enfrentaron a las fuerzas policiales, resistiéndose a la autoridad.

Asevera que como resultado de ese enfrentamiento, llevado a cabo en ejercicio de un legítimo uso de la fuerza –conforme lo prevé la ley 2081- y en defensa propia, resultó lesionado un manifestante.

Expone que el contexto descripto justificó el uso, por parte del personal policial, de una de las herramientas legales que habitualmente se utilizan para disuadir tumultos: la granada de gas lacrimógeno que, conforme lo expuso la autopsia, fue la causante de la lesión que derivó en muerte de un manifestante. En definitiva, reconoce la existencia del hecho y la mecánica del disparo que causó la lesión mortal en el Sr. Fuentealba, pero del relato que efectúa se infiere su intención de presentar como causal eximente de su responsabilidad el actuar culposo de la víctima (cfr. fs. 489) en tanto, dice, resistió violentamente –junto a otros manifestantes- la orden de desalojo de la Ruta en cuestión, motivando que los agentes policiales utilizaran la fuerza en defensa propia.

Sin embargo, un detenido análisis de la prueba rendida en autos, y en especial, de las constancias de las causas penales adjuntadas, llevan a descartar este argumento invocado como defensa por la demandada y a concluir en la existencia de una falta de servicio generadora de responsabilidad.

X.- En este punto, debe hacerse hincapié en la proyección que ejerce en los presentes la sentencia penal condenatoria recaída en la causa "Poblete, José Darío s/ Homicidio doblemente calificado por la calidad del imputado –integrante de la policía de la Provincia del Neuquén- por alevosía y por el uso de arma de fuego en carácter de autor" (Expte. 93/7), dictada por la Cámara Criminal Primera de Neuquén, Sentencia Nro. 32 del 8 de julio de 2008.

En dicho fuero, ya han sido objeto de estudio las conductas desarrolladas por el Cabo Primero José Darío Poblete dependiente de la Provincia de Neuquén, a quien se lo encontró penalmente responsable del delito de homicidio de Carlos Fuentealba.

En efecto, los jueces de la Cámara en lo Criminal Primera condenaron a JOSE DARIO POBLETE como autor penalmente responsable del delito de HOMICIDIO CALIFICADO por haber sido cometido por un miembro integrante de las Fuerzas Policiales abusando de su función, con la agravante de haber sido cometido con violencia mediante el empleo de un arma de fuego, agravado por alevosía, en concurso ideal (arts. 80 inc. 2 y 9, 41 bis y 54 del Código Penal), a la pena de PRISIÓN PERPETUA, más la inhabilitación absoluta perpetua y costas del proceso (arts. 12 del Código Penal; 491 y 494 del C.P.P y C.)(cfr. fs. 1853/1897).

Dicha condena quedó firme tal como surge de las Resoluciones Interlocutorias N° 172/09 y 19/10 ambas de la Sala Penal de este Tribunal, que declararon respectivamente y a su tiempo, la inadmisibilidad del recurso de casación y del recurso Extraordinario Federal interpuestos por el reo (cfr. fs. 2141/2184 y fs. 2256/2276 de los autos referenciados). En igual tesitura se enmarcan las sentencias de fecha 09/08/2011 y 23/03/2012 por medio de las cuales la CSJN rechazó la queja interpuesta por recurso denegado (Causa P. 394. XLVI).

Desde allí, cabe concluir que tanto las heridas infligidas al Sr. Fuentealba que le ocasionaron su muerte, como la autoría material de las mismas por parte de un efectivo de la Policía Provincial se encuentran debidamente probadas, habiéndose identificado y condenado en sede penal al agente responsable, cuestión que se proyecta a las presentes actuaciones bajo los efectos del artículo 1102 del Código Civil.

En efecto, el art. 1102 del Código Civil vigente al momento del hecho y aplicable subsidiariamente a la materia, regula, in genere, los efectos que el pronunciamiento penal condenatorio tiene en el juicio civil, donde se ventilan las consecuencias del mismo hecho, relacionadas con el perjuicio sufrido por el damnificado.

Resulta conveniente aclarar que, antes que otorgar a esa influencia la categoría de cosa juzgada en el sentido tradicional, parece más propio aludir a la prioridad y prevalencia del contenido de una sentencia respecto de la otra, que produce no todos, pero sí algunos, de sus efectos. Más que cosa juzgada, hay una vinculación legal que debe observar el juzgador iusprivatista respecto de la sentencia penal precedente sobre el mismo hecho (cfr. Creus, Carlos, Influencias del proceso penal sobre el proceso civil, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 20/23, Bueres-Highton, Código Civil.., Ed. Hammurabi, T. 3-A, p.316).

Según se desprende de la norma en cuestión, después de la condenación criminal no se pueden cuestionar, discutir o desconocer en sede civil dos aspectos: a) la existencia del hecho principal; b) la culpabilidad del imputado.

Como es sabido, el juez penal debe analizar necesariamente la materialidad del hecho que se atribuye al imputado y esa materialidad comprende las circunstancias esenciales para resolver la cuestión, de modo que el juez civil debe atenerse a los datos fácticos que el magistrado dio por verificados (Llambías, Jorge, "Límites de la cosa juzgada penal" ES 84-755, SC Mendoza, Sala I, "Buel c/ Cía. de Perforaciones Río Colorado", ED 145-454).

Sin perjuicio de ello, el criterio prevaleciente indica que no todas las declaraciones que integran la sentencia penal hacen cosa juzgada en sede civil, sino sólo aquellas que el juez penal tuvo necesidad de pronunciar para resolver sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal del autor (cfr. Creus, op. cit., p. 68; Bueres-Highton, op. cit, p. 316, Cárdenas-Kemelmajer de Carlucci, Código Civil, Ed. Astrea, p. 306).

Ahora bien, en el caso bajo análisis, las circunstancias de hecho esenciales para la fundamentación del fallo penal involucraban necesariamente el comportamiento de la víctima, puesto que no podía prescindirse de ese examen para resolver la acción pública, aun cuando no se evaluara concretamente la existencia de "legítima defensa" dado que la misma no fue opuesta como defensa por el imputado.

Sin embargo, la sentencia hace mérito del lugar donde se encontraba la víctima al momento del hecho –esto es, como pasajero, viajaba en el asiento trasero de un automóvil marca Fiat 147, que se desplazaba lentamente en sentido contrario a donde estaban apostados los efectivos policiales- así como la posición en que se ubicaba el cabo Poblete cuando efectuó el disparo "quien se colocó en un momento detrás del vehículo a una distancia de 2 a 6 metros, e intencional y abusivamente apuntó y disparó con la Pistola Federal 011117 provista por la repartición, hacia dicho vehículo…" (voto del Dr. Rodríguez Gomez), lo que permite descartar la existencia de culpa de la víctima en el acaecimiento del hecho dañoso.

Refuerza esta conclusión, la consideración que hacen los jueces –por mayoría- sobre la existencia de alevosía configurada en el caso como agravante, lo que permite descartar de plano la hipótesis de una actuación violenta por parte de la víctima que justificara una reacción defensiva del efectivo policial.

La sentencia concluye que: "…a Carlos Fuentealba, no le dieron oportunidad de realizar la defensa más elemental e instintiva, alejarse del peligro, esconderse, escaparse de su agresor, correr, estaba entrampado e indefenso, y el imputado, no dudó en aprovecharse de esta situación y disparó…" (del voto del Dr. Rodríguez Gomez).

Resta destacar que nada nuevo se aportó en este expediente, con relación a los elementos de juicio obrantes en la causa penal, de modo que la versión de los hechos que brinda la demandada no puede tener acogida en este pleito.

En virtud de los lineamientos que preceden, resulta claro que, en este juicio reparatorio, está fuera de discusión la existencia de hechos típicos constitutivos del delito de homicidio calificado por haber sido cometido por un miembro de las fuerzas de seguridad policiales abusando de su función, agravado por haber sido cometido con violencia mediante el empleo de un arma de fuego y alevosía, y la imputación del hecho a un agente policial individualizado –aspectos ya reconocidos en el proceso penal-, todo lo cual traduce una falta de servicio que compromete al Estado Provincial, en el marco de su responsabilidad directa y objetiva.

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

En el caso, se ha demostrado que el agente policial ha incurrido en ejercicio anómalo de su función, dado que existió un exceso de sus funciones que deben acotarse a la necesidad y proporcionalidad; conforme las obligaciones que le son impuestas por la Ley Orgánica de la Policía de Neuquén (ver Ley 632 y, en especial, lo establecido por el art. 18, inc. h), de la ley 2.081 que prevé el deber de "disparar el arma reglamentaria sólo cuando exista un riesgo razonablemente grave para la propia vida, la integridad física o la de terceras personas, o en circunstancias que permitan suponer un grave riesgo para la seguridad de la comunidad…").

La responsabilidad del Estado provincial y la consiguiente obligación de resarcir deriva del hecho incuestionable de la extralimitación injustificada del funcionario policial al agredir con disparos de arma de fuego –lanzagases- a un manifestante, tal como se analizara en el decisorio penal que precediera a este pronunciamiento. Tal desmesura ocurrió durante un acto de servicio, es decir, en ejercicio de sus funciones; prisma desde el cual se advierte que dicho funcionario no cumplió sino de una manera irregular las obligaciones inherentes a su función policial (cfr. Fallos 292:428; 300:867; 303:1152; 304:125).

La disvaliosa situación generada, unida a la conducta delictiva del dependiente que concreta el hecho dañoso, configura una falta de servicio de policía de seguridad brindado por el Estado Provincial, que es el fundamento de la imputación de responsabilidad que corresponde efectuar.

XI.- Establecida la responsabilidad de la Provincia demandada, corresponde considerar la procedencia del resarcimiento exigido.

En ese cometido debe evaluarse si las accionantes se encuentran legitimadas para reclamar, es decir, si la ley les otorga acción para demandar.

Es preciso señalar que "los sujetos que alegan un perjuicio personal a raíz de la muerte de la víctima son damnificados indirectos, es decir, por vía de rebote, repercusión o reflejo. De allí que es menester poner de manifiesto alguna ligazón

habida con el fallecido, que permita concluir en que la extinción de la vida de éste ha trascendido en la esfera de intereses de quien acciona." (Zavala de González, Matilde "Resarcimiento de daños" Tomo 2b, Daños a las personas, Buenos Aires, Hammurabi, 2º edición, 1991, pág. 111).

Esa ligazón o vínculo que refiere la autora citada puede ser legal (caso de familiares) o de hecho (alimentarios no parientes u otros supuestos resarcitorios en que el accionante no contaba con un derecho subjetivo a exigir aquello de lo que el homicidio le ha privado). En ciertos casos, la sola prueba del vínculo legal autoriza a presumir el daño (art. 1084 y 1085 del C.C). En los restantes, los demandantes deberán acreditar el daño ocasionado (art. 1079 C.C) (cfr. aut. cit. ob. cit. pág. 112/114).

Cabe distinguir aquí, entonces, la situación en la que se encuentran las actoras Camila y Ariadna Fuentealba, en tanto han acreditado (cfr. partidas de nacimiento obrantes a fs. 7 y 8 del presente) su carácter de hijas menores de edad al momento del fallecimiento del causante, razón por la cual rige a su respecto la presunción iuris tantum del daño.

La legitimación de la actora Sandra Rodríguez surge de la prueba rendida en autos, que acredita la existencia del concubinato con la víctima al momento de los hechos (art. 1079 C.C.).

"La muerte de uno de los integrantes de la pareja acarrea, normalmente, repercusiones económicas disvaliosas para la sobreviviente, en razón de la privación de asistencia que el muerto brindaba, por vía de aportes dinerarios, o de algún otro género de esfuerzo mancomunado para el desenvolvimiento de la existencia, tanto más necesario cuando hay hijos comunes a los que sostener y educar" (cfr. Zavala de González, Matilde "Perjuicios Económicos por muerte", tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 2010, pag. 158).

El concubinato se encuentra acreditado con la información sumaria obrante a fs. 9 del expediente judicial, las declaraciones juradas de cargas familiares obrantes en el legajo de la actora Sandra Rodríguez (fs. 871 y 919), que son coincidentes con la absolución de posiciones de fs. 1849; las manifestaciones de los testigos de fs. 1309/1310 (Ciuffo),1324/27 (Mena) y 1330 (Gómez) que refieren a la situación de convivencia familiar mucho antes del hecho luctuoso; así como de la existencia de hijos en común: Camila, nacida el 22/08/1992 y Ariadna, nacida el 28/04/1997 (cfr. certificados de fs. 8 y 26 respectivamente, ambas reconocidas por el padre).

Debe considerarse que "para poner de relieve la condición de damnificado indirecto y la consiguiente vinculación con la víctima, basta cualquier medio de convicción suficiente, pues no está en juego un problema de estado sino la prueba de la legitimación sustancial del actor, es decir, uno de los extremos constitutivos de la acción resarcitoria, a cuyo respecto, se aplican las reglas generales del onus probandi" ("Resarcimiento de daños" Tomo 2b, Daños a las personas, Buenos Aires, Hammurabi, 2º edición, 1991, pág. 115.).

XI. 2.- Comprobados tales extremos, y no estando controvertido que el causante era el principal sostén del grupo familiar conviviente, queda en evidencia el efectivo menoscabo que la muerte produjo en el seno familiar, razón por la cual se deben reparar las consecuencias económicas que de ello derivan.

En ese aspecto, es necesario contemplar la existencia de la pensión vitalicia otorgada a la Sra. Sandra Rodríguez mediante Decreto Nro. 553/07 y luego ratificada por ley Nro. 2547, que si bien ha sido reconocida por ambas partes, controvierten su naturaleza y alcance.

En efecto, mientras que la actora alega que la pensión fue otorgada en uso de facultades legislativas como "pensión graciable", desde la perspectiva de la defensa articulada por la Provincia la naturaleza resarcitoria de la misma surge de los términos en que fue acordada y, por ello, su otorgamiento estaría destinado a indemnizar los perjuicios sufridos por la actora y sus hijas con motivo del trágico fallecimiento del Sr. Fuentealba.

Una postura intermedia evidencia el Sr. Fiscal General en su dictamen quien conteste con la naturaleza resarcitoria de la pensión otorgada, asume que la misma compensa el daño ocasionado en lo relativo al lucro cesante y pérdida de chance por la muerte de la víctima, excluyendo el daño moral, aunque no se explaya en su consideración.

A fin de dilucidar la naturaleza de la pensión otorgada y su finalidad, es preciso remitirse, en primer lugar, a los términos de los actos y normas que la acuerdan.

Como bien señala la demandada, la pensión vitalicia acordada a la Sra. Rodríguez, fue inicialmente otorgada mediante Decreto 553 del 07/05/2007 suscripto por el Poder Ejecutivo Provincial en Acuerdo General de Ministros.

Entre sus considerandos se expresa que la pensión se otorga a fin de "…dar cobertura asistencial y concurrir con el apoyo y la contención que debe brindar el estado como responsabilidad indelegable ante la trágica y lamentable situación que derivara en la muerte del profesor Carlos Fuentealba".

Asimismo, se indica que: "…el Gobierno Provincial, dada la gravedad del caso debe dar respuesta inmediata, evitando dilaciones formales y procedimentales"; "Que la cobertura asistencial se debe otorgar a la esposa Sandra Mónica Rodríguez y a las hijas a través de una norma legal de fondo, la que se propiciará con carácter de urgente sujeta a los regímenes jubilatorios"… (el subrayado no está en el original).

En esa inteligencia, se dispuso: "Artículo 1: OTÓRGASE una pensión de carácter vitalicio, irrevocable y de por vida, a favor de la señora SANDRA MÓNICA RODRÍGUEZ, DNI N°..., equivalente al monto de 36 horas cátedra de nivel medio AA-6 del escalafón docente, y las actualizaciones que se devenguen en el futuro por todo concepto." "Artículo 2: El gasto que demande el cumplimiento del presente Decreto será imputado con cargo a Jur 12 - SA. P - PRG 29 - SUB 19 -URP 3 - FIN 04 - FUN 10 - SECC 1 - SECT 03 - PPAL 06 - PPAR 51 - SPAR 400 – FUFI 11 hasta tanto se sancione la correspondiente ley".

De los términos del Decreto analizado surge en forma indubitable la voluntad del Poder Ejecutivo de otorgar a la Sra. Rodríguez una pensión, no así una indemnización.

Esta exégesis no sólo se fundamenta en el específico nomen iuris utilizado en la fórmula otorgante del beneficio –repárese que no se utilizan términos tales como "indemnización", "reparación integral" o "resarcimiento" propios de la materia de daños- sino, principalmente, de la finalidad que en forma expresa se consigna en la motivación del acto, relativa a brindar una "cobertura asistencial" a la viuda y su familia en forma "urgente" y "con carácter excepcional" que permita "concurrir con el apoyo y la contención que debe brindar el estado como responsabilidad indelegable" ante la contingencia del trágico fallecimiento de quien fuera el sostén principal de la familia.

La expresa mención de que la "cobertura asistencial" debía otorgarse a través de una norma legal de fondo, la que "se propiciará con carácter de urgente sujeta a los regímenes jubilatorios" excluye la finalidad resarcitoria que pretende otorgarle la demandada, desde que apunta al eventual otorgamiento de una pensión, que sea acordada por ley –norma legal de fondo- o, quizás enmarcada en algún régimen jubilatorio existente.

Refuerza esta interpretación la fórmula de cálculo del quantum de la pensión otorgada, la que se asemeja a los parámetros tenidos en cuenta al momento de otorgar un beneficio previsional –referencia al último salario del causante, el cargo que tenía –AA6- y la antigüedad en el empleo-, así como su concesión en forma "vitalicia". En cambio, a los fines de acordar una indemnización integral por daños patrimoniales sufridos por los familiares frente al fallecimiento, se deben considerar y relacionar las diversas variables relevantes en cada caso en particular, tanto en relación con la víctima -edad, condición económica y social, profesión, expectativa de vida, ingresos, etc.- como con los damnificados -grado de parentesco, edad de los hijos, educación, tipo de asistencia que brindaba el fallecido, etc.

No otra parece ser la intención del Poder Ejecutivo desde que bien podría haber admitido, en sede administrativa, la responsabilidad que le cupo al Estado en el evento dañoso y acordar el pago de una indemnización resarcitoria por los daños ocasionados, ejerciendo la tutela administrativa efectiva y evitando la ocurrencia de los deudos a sede jurisdiccional para el reconocimiento de sus derechos. Mas, de ser ése el caso, devenía innecesaria la ratificación legislativa.

Por ello, la posterior convalidación de la pensión otorgada por parte de la Legislatura Provincial no altera la naturaleza del beneficio de carácter asistencial sino que, por el contrario, lo ratifica.

Del debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 2547 (cfr. Diario de Sesiones de la HLPN, XXXVI Período Legislativo, 4° sesión ordinaria, Reunión Nro. 6, pags. 552/54) puede extraerse que la finalidad de la pensión fue brindar "asistencia y contención" a la familia de la víctima, representada en la persona de su concubina Sandra Rodríguez, descartándose el resarcimiento de los perjuicios que el hecho generó para sus deudos.

Al respecto, la Diputada Storioni (miembro informante) indicó que "A través de este proyecto de Ley que estamos tratando se convalida lo actuado por el Poder Ejecutivo provincial a través del Decreto 553 de este año, donde se propicia el otorgamiento de una pensión vitalicia a la señora Sandra Rodríguez (…) se otorgó una reparación con el fin

de dar cobertura asistencial y concurrir con el apoyo y la contención que debe brindar el Estado como responsabilidad indelegable ante la situación lamentable que derivara en la muerte del profesor Carlos Fuentealba. Se trató, a través de esta norma legal, de dar una respuesta inmediata evitando dilaciones formales y procedimentales (…)".

Luego agrega que: "era imperioso para el Estado Provincial contribuir con el amparo económico que en ese momento requería la señora Rodríguez ante la situación de emergencia que todos conocemos."

Posteriormente explica que la norma fue una consecuencia inmediata y directa de los compromisos asumidos en la mesa de negociaciones que se llevó adelante entre el Poder Ejecutivo provincial y los representantes del sector sindical y, que el gremio ATEN había formulado una petición sobre el pago de una "pensión" para la señora Rodríguez. Explica que se convino entre todos los integrantes de la mesa de trabajo que "el Poder Ejecutivo emitiera una norma de excepción a efectos de indemnizar de algún modo a la señora Rodríguez". Concluye que la norma "otorga una cobertura al cien por ciento a la señora Rodríguez no limitándose a porcentajes sino asignando el monto integral, de manera de satisfacer las necesidades económicas del beneficiario."

En particular, menciona que el acto "se fundó en las circunstancias extraordinarias que ameritaban su dictado y que son de dominio público, a pesar de la existencia de limitaciones impuestas por nuestra Constitución Provincial
(…).

Esta declaración confirma la naturaleza asistencial del beneficio acordado, desde que tal como se señalara anteriormente, el Poder Ejecutivo se encuentra facultado constitucionalmente para reconocer indemnizaciones a los particulares que han sufrido daños como consecuencia del accionar ilícito -y aún lícito- de la Administración Pública –sin soslayar la intervención necesaria que, en nuestro derecho público local, le cabe al Sr. Fiscal de Estado como garante de los intereses patrimoniales de la Provincia- (cfr. arts. 214 inc. 10 y 252 de la Constitución Provincial).

Desde esa perspectiva, el Poder Ejecutivo nunca podría haberse encontrado "limitado constitucionalmente" en sus facultades para acordar un resarcimiento por daños producidos por la actuación de un funcionario público, dependiente de la policía provincial.

Distinta es la respuesta en lo que respecta a la facultad de conceder beneficios previsionales o asistenciales, los cuales deben estar encuadrados en alguna normativa preexistente: de ahí su necesidad de "convalidar" la actuación mediante el dictado de una norma legal de fondo.

Es que, si bien el Poder Ejecutivo provincial tiene entre sus facultades la de "acordar jubilaciones, pensiones, retiros y demás beneficios sociales…" sólo puede hacerlo "…con arreglo a las leyes respectivas." (art. 214 inc. 13), es decir, en el marco de las leyes que regulen los regímenes previsionales y asistenciales, cuya competencia le cabe al Legislador ("dictar leyes generales de jubilaciones, pensiones y subsidios", confr. art. 189 inc. 19 de la C.P).

Y, conforme se señala en la alocución efectuada con anterioridad al dictado de la ley, el excepcional caso de la trágica muerte del Profesor Fuentealba escapaba a los moldes tradicionales, la situación no podía enmarcarse en ninguna de los supuestos previstos en las leyes 611 y 809, por ello el legislador en uso de sus facultades discrecionales, consideró prudente el otorgamiento de un beneficio asistencial extraordinario, una pensión graciable.

Llegados a este punto de análisis cabe recordar que "La primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley, así como que los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió; las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin violentar su significado específico, máxime cuando aquél concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente, para todo lo cual se deben computar la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando, como verdadero, el que las concilie, y deje a todas con valor y efecto –Dictamen de la Procuración General al que la Corte remite- (CSJN, Rosenzvit, Héctor Abel y otros s/ causa n°14411, 13/05/2015, Fallos: 338:386).

Por ello, surgiendo del texto legal del Decreto 553/07 y de la ley 2547 el carácter asistencial de la pensión vitalicia otorgada a la Sra. Sandra Rodríguez, resulta ocioso considerar las interpretaciones efectuadas por los órganos asesores

de la Administración Pública (Dictámenes 0095/07, 447/08 y 193/10 cuyas copias obran en el Expte. 4000-003135/2008) así como las argumentaciones de la demandada relativas la naturaleza resarcitoria del beneficio concedido.

Tampoco resulta procedente computar tales sumas como compensación por el daño sufrido puesto que la pensión graciable y la indemnización responden a causas diversas: una es una liberalidad; la otra, una reparación del daño sufrido injustamente.

"De llegarse a la conclusión de que el acto constituyó una verdadera liberalidad, no podría deducirse el beneficio del monto indemnizatorio, en caso de declararse la responsabilidad del donante. En efecto, la donación excluye la posibilidad de revocar, neutralizar o restringir sus efectos (art. art. 1802 in fine del Cód. Civ.) y el supuesto debe ser tratado con efectos similares a una liberalidad proveniente de tercero; en tal caso, la víctima tiene derecho a acumularla al resarcimiento, pues tampoco hay cese del daño (…) Suponiendo que la pertinente situación carencial haya sido provocada por un daño injusto atribuible al Estado (u otro sujeto) aquellos beneficios no extinguen la acción resarcitoria, como si el menoscabo hubiera desaparecido o resultase subsanado." (cfr. Zavala de González, Matilde "Perjuicios económicos por muerte", tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 2010, pág. 323).

XII.- Arribados a la conclusión antecedente, procede examinar la pertinencia de los rubros que componen el resarcimiento pretendido, abocándonos a considerar, en esta etapa, el daño patrimonial ocasionado.

En primer lugar, las actoras reclaman indemnización por lucro cesante. Alegan haber sufrido un perjuicio económico a raíz de la muerte de quien en vida fuera su padre y concubino, principal sostén del grupo familiar.

Al respecto, este Tribunal tiene dicho que el resarcimiento del valor vida es, en realidad, la reparación del perjuicio que la muerte de la víctima implica en el presente o puede implicar en el futuro para sus familiares que demandan, en función de la asistencia económica que les prestaba al ocurrir la muerte o la ayuda que hubieran podido esperar de ella (cfr. Ac. 19/98, del Registro de la Sala Civil).

En ese trance, no debe soslayarse la directiva que procura, en todo caso, adecuar la indemnización a la realidad nociva. Como en definitiva el menoscabo patrimonial se centra en la pérdida del efectivo apoyo económico brindado por el muerto, la presunción legal antes referida puede ser superada por la prueba rendida en el caso.

A los fines del cálculo de la indemnización, se deben computar las circunstancias particulares de la víctima y de su entorno familiar, las que deben ser valoradas prudencialmente por el Tribunal (cfr. Acs. 19/98, 57/06 de la Sala Civil y 66/12, 75/12 y 49/13 de la Sala Procesal-Administrativa del TSJNQN).

En el caso, aparecen como relevantes, la situación patrimonial del grupo familiar, la calidad de docente de primaria que revestía la concubina y la dificultad de trabajar fuera del hogar habiendo quedado sola al cuidado de las niñas menores, las necesidades de las niñas relativas a su escolarización, alimento, ropa, útiles, atención médica, etc., el tiempo que restaba para que los niñas pudieran independizarse del hogar o colaborar económicamente a su sostén, la imposibilidad de colaboración de los abuelos o parientes por lo alejado de su radicación, la actividad laboral que desempeñaba el padre y demás circunstancias personales del causante (edad, sexo, situación familiar y ocupación habitual, condición social, etc.).

Partiendo de la base conceptual expuesta, y teniendo en cuenta que se debe reparar, por equivalencia, un perjuicio cuya existencia resulta un pronóstico, el que se elabora en función de un orden razonable, que de ningún modo es el exacto reverso de lo perdido, estimo acertado utilizar como pauta orientadora la suma dineraria que arroja la fórmula matemática financiera, que computa el salario mensual percibido antes del fallecimiento y la expectativa de vida que se considera razonable para la víctima (Acs. 191/96, 19/98, 50/06, 57/06, 23/10, 25/10 y 27/10 de la Secretaría Civil y 66/12, 75/12 y 49/13, entre otros de esta Sala Procesal-Administrativa).

En cuanto a la actividad productiva que realizaba la víctima y los ingresos que obtenía a partir de su despliegue, se encuentra acreditado que Carlos Fuentealba se desempeñaba al momento de su fallecimiento como profesor en las materias de Física, Matemática, Ciencias Físico-Químicas y Química, con treinta y seis horas cátedra de nivel medio del escalafón docente (DAA-6) en los establecimientos CPEM Nro.60 (02 horas cátedra), Nro. 69 (18 horas cátedra), Nro. 70 (6 horas cátedra), Nro. 54 (03 horas cátedra), EPET Nro. 17 (03 horas cátedra) y CPEM Nro.40 (04 horas cátedra). El salario que percibía por ello ascendía al momento de su deceso, a la suma de $2100 (cfr. Resolución 806/2007 del

Consejo Provincial de Educación fs. 33/34, recibos de sueldo de fs. 27/31 y certificación de servicios de fs. 32 del Expte. Nro. 4000-003135/2008).

Continuando con el análisis de las circunstancias personales de la víctima, surge de autos que Carlos Fuentealba contaba al momento del evento con 40 años (ver partida de defunción agregada a fs. 6). En base a ello, se estima razonable y prudente fijar en 25 años el tiempo restante de vida útil promedio (cfr. criterio seguido por este Tribunal en acuerdos citados anteriormente).

Es preciso destacar que el tiempo restante de vida útil constituye una variable hipotética, una incógnita, que el prudente arbitrio judicial debe llenar, a fin de arribar a una conciliación entre lo objetivo de la fórmula y la particularidad del caso. En el caso, el tiempo fijado prudencialmente es compatible con la ocupación habitual de la víctima, su estado general de salud –no se han alegado enfermedades de largo tratamiento u otras que permitan suponer lo contrario- el sexo y su edad al momento del deceso.

Ahora bien, como el perjuicio que se analiza consiste en la efectiva contribución económica que el fallecido brindaba en el hogar, hay que restar la parte que dirigía a la satisfacción de sus propias necesidades y bienestar personal, que en el caso se estima presuntivamente en un 15%.

Corresponde considerar también que Camila y Ariadna Fuentealba contaban, a la fecha del deceso de su padre con 14 y 9 años de edad respectivamente, lo que demuestra que el deber de atender a su subsistencia se habría prologando por varios años.

No obstante lo cual, el cúmulo de pruebas aportadas permiten suponer que las menores contaban con una chance de que el padre siguiera asistiéndolas más allá de la oportunidad en que arribaran a la mayoría de edad. Se considera que esta ayuda podría perdurar razonablemente hasta que ambas cumplieran 25 años, probabilidad que se estima en un 80%.

Bajo estos parámetros, estimo prudente fijar una indemnización en concepto de lucro cesante, en la suma de $300.000. Dicha suma se distribuye del siguiente modo: $150.000 para Sandra Mónica Rodríguez, $70.000 para Camila Fuentealba y $80.000 para Ariadna Fuentealba. El importe correspondiente a éstas últimas se asigna en función de su distinta edad al tiempo del deceso.

XIII.- Distinta es la solución que cabe acordar al rubro pérdida de chance peticionada con base en la mayor capacitación que desde antes de su muerte Carlos Fuentealba había decidido asegurarse, teniendo en cuenta que estaba cursando el Profesorado de Química, lo que haría presumir que necesariamente incrementaría sus ingresos brindando mayor colaboración económica a la familia, acrecencia que estiman en la suma de $191.100.

La eventualidad de que el fallecido lograra culminar la carrera universitaria en la cual se había inscripto y, consecuentemente, incrementara su patrimonio constituyen alternativas que han sido planteadas –y se observan a la luz de las probanzas de autos- como una mera posibilidad de obtener beneficios que descarta la indemnización pretendida.

La valoración de los datos concretos aportados al proceso –en especial, las constancias emitidas por las distintas facultades de la Universidad Nacional del Comahue (U.N.CO.) obrantes a fs. 931/933/936/938/939 y 940– impide considerar que esas posibilidades superen las meras conjeturas. No se ha puesto de relieve la existencia de un contexto antecedente que respalde la chance.

Repárese que salvo las alegaciones de la actora en su escrito inicial –refutadas por los informes de las respectivas facultades de la U.N.CO.-, ninguna otra probanza respalda la existencia de un tránsito por la actividad académica que permita suponer que su culminación fuera más allá de una mera posibilidad.

Conforme lo sostiene Zanonni, para que exista chance la víctima debe encontrarse en situación fáctica o jurídica idónea para aspirar a la obtención de esas ventajas, al momento del evento dañoso (cfr. Zannoni, Eduardo "El daño en la responsabilidad civil", 3° ed., Bs. As. Astrea, 2006, pag. 110 y 111), y tal circunstancia no ha sido suficientemente acreditada.

Teniendo en cuenta, entonces, que no procede indemnizar ventajas inciertas, por reposar únicamente en aspiraciones y proyectos subjetivos (cfr. Zavala de González, opus cit. pág. 298) habrá de rechazarse este ítem.

XIV.- Continuando con el análisis de los daños, resulta pertinente examinar la procedencia de los restantes daños materiales que alega haber padecido la actora Sandra Mónica Rodríguez, en forma personal y directa por la muerte de su concubino.

Reclama la actora una indemnización en concepto de lucro cesante fundado en la imposibilidad de continuar con su carrera docente –de 20 años de antigüedad- así como el desempeño de cualquier otra actividad relacionada con el ámbito educativo, dado que su profesión se asocia directamente con el asesinato de su esposo.

Ahora bien, el lucro cesante indemniza el daño que supuso privar al patrimonio del damnificado de una ganancia de la que efectivamente se vio impedido, se trata así de la concreta pérdida de un ingreso.

Desde esta perspectiva, la actora no ha logrado acreditar la efectiva pérdida de una ganancia. Es que, conforme lo refiere en su demanda y es corroborado por la prueba arrimada a autos –informe obrante a fs. 962- el Consejo Provincial de Educación, mediante Resolución Nro. 1535 del 3 de Octubre de 2007, le concedió una "licencia excepcional con goce de haberes desde el 30 de abril de 2007 hasta el alta médica".

Esta licencia concedida en forma excepcional, sine die y con goce de haberes, impide considerar configurado un daño por este rubro.

Por otra parte, el temor que siente la actora frente a las alternativas de su futuro laboral –sostiene que en algún momento deberá definir su situación profesional dentro del Consejo Provincial de Educación- no configura un menoscabo actual y concreto que merezca resarcimiento. En la misma tesitura, cabe desestimar la alegada imposibilidad de volver a estar frente al aula o ejercer dentro del ámbito educativo, extremos fácticos que no han recibido suficiente probanzas para tenerlos por configurados como incapacidades que deban ser indemnizadas. Ello no impide que la angustia y aflicción producida por la incertidumbre sobre las posibilidades de su situación laboral futura –en lo que fuera producto del hecho dañoso– pueda ser considerada como un elemento de intensificación del daño extrapatrimonial que reclama.

Resulta procedente en cambio, el reclamo por pérdida de chance que efectúa la Sra. Rodríguez, basado en que, a raíz de la trágica muerte, se vio frustrada la posibilidad de continuar con sus estudios de profesorado de Bellas Artes, con proyección de poder incrementar sus ingresos y ser un "complemento" de los que aportaba su esposo.

Conforme surge de la prueba rendida en autos, la chance que tenía la actora de culminar sus estudios en la Escuela Superior de Bellas Artes se presenta con un grado de probabilidad que merece ser resarcido, no en cuanto a las ventajas económicas que ello suponía para la actora, sino en tanto tenía oportunidad de alcanzarlas.

El informe de la Escuela Superior de Bellas Artes, obrante a fs. 1169 da cuenta que Sandra Mónica Rodríguez culminó la carrera de Profesorado de Artes Visuales para Nivel Primario y que en el año 2007 se encontraba inscripta en la carrera de Profesorado Superior, especialidad Dibujo y Pintura, habiendo cursado hasta el mes de abril del año 2007 como alumna regular. Asimismo, informa -al 13 de junio de 2011- que es alumna regular de la carrera de profesorado Superior, especialidad Dibujo y Pintura. (fs. 1169/1171/1172).

Las declaraciones de la testigo Ciuffo (1309/310) se refieren al hecho puntual:

"En el tema laboral, ella en el 2006 había terminado una carrera y en el 2007 empezaba a estudiar el ciclo superior de esa carrera, pero nunca pudo ejercerla ni pudo trabajar de ese título que había obtenido…".

Asimismo, la testigo Mena (1324/137) esclarece el informe de la Escuela de Bellas Artes, al mencionar que "… en el 2007 ella había empezado el cuarto año del superior de bellas artes y cuando lo asesinaron a Carlos ella dejó de ir a la escuela, no podía. Intentó ir una vez a bellas artes conmigo a un taller de dibujo y no pudo porque tuvo una crisis de llanto, sumado a todas las personas que se le acercaban… era muy fuerte para ella. No pudo seguir la carrera (…) En el 2009 y en el 2010 ella intentó empezar la carrera en bellas artes y no pudo.

En el 2011 volvió a bellas artes, cursó las materias del superior pero no pudo rendir ningún final, no se pudo exponer a la situación de examen…" (fs. 1324/1325).

Por su parte, el testigo Lic. Seiguer (fs. 1334/1336) afirma que "… quiso continuar en el ámbito educativo como estudiante y le resultó altamente dificultoso." La modificación de sus aspiraciones personales es puesta en evidencia también en la pericia psicológica obrante a fs. 1493/99.

Las pruebas referenciadas son suficientes para crear la convicción de que la actora si bien no había culminado sus estudios, se hallaba en trance de hacerlo, habiendo demostrado su interés y progresión en la aprobación de las materias del Profesorado de Artes Visuales, lo que habilita a creer que tendría un desempeño similar en el cursado del Profesorado Superior, título que se hallaba en curso de obtener y que parece verosímil que así lo hiciera, lo que hubiera posibilitado la obtención de un beneficio económico.

Ahora bien, es preciso recordar que lo que debe resarcirse no es la ventaja dejada de percibir sino la frustración de la probabilidad de obtenerla.

Por ello, es improcedente la estimación que realiza la actora, quien al demandar conjuntamente lucro cesante y pérdida de chance -aun cuando resultan ser conceptualmente distintos- calcula el monto a través de la fórmula matemático financiera que se utiliza habitualmente para el cálculo de la incapacidad sobreviniente.

Luego, para justipreciar tal rubro y ante la falta de pautas objetivas cabe acudir a la estimación prudencial que habilita el art 165 CPCC y en ese cometido cabe partir de considerar el incremento (ventaja) que habría sufrido el salario a la actora si hubiera ejercido como Profesora Superior de Dibujo y Pintura. Aun cuando su estimación resulta dificultosa -dado que podría verse influida por la cantidad de horas cátedra y el cargo que obtuviera- puede valorarse la misma, razonablemente, en un 40% más del salario que percibía al momento del hecho dañoso (cfr. recibo sueldo fs. 35 del expte. 4000-003135/2008).-

La indemnización por la pérdida de la chance de obtener tal mejora salarial estaría dada, entonces, por el 20% de la ventaja que podría haber percibido. En base a ello, corresponde fijar prudencialmente la misma en $33.000.- (cfr. art. 165 el CPCC).

XV.- Peticionan también las accionantes se condene al Estado Provincial a abonar la suma total de $5.000.000 en concepto de daño moral -$1.500.000 a favor de Sandra Rodríguez, $1.700.000 a favor de Camila Fuentealba y $1.800.000 a favor de Ariadna Fuentealba-.

El primer aspecto a considerar es la legitimación para accionar de la concubina por este rubro, dado que se presenta como valladar el art. 1078 del C. Civil –vigente al momento de los hechos- en cuanto establece que: "…La acción por indemnización del daño moral sólo competerá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".

Una interpretación literal del artículo citado permite afirmar que la concubina resulta excluida de la acción por resarcimiento del daño moral.

Mas, largo ha sido el debate en doctrina y dispares las soluciones que la jurisprudencia ha dado sobre la razonabilidad de tal exclusión.

Esta Sala –en igual composición- ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión, declarando la inconstitucionalidad del artículo citado por establecer una exclusión irrazonable que contraría los principios de igualdad (art 16 C.N.), reparación de la integridad física y moral (art. 17 C.N.; arts. 5 y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), el del resarcimiento integral ("alterum non ladere" del art. 19 de la C. N.) y la garantía de protección integral de la familia (art. 14 bis C.N.) (cfr. Acuerdo 66/12).

Siendo que las circunstancias fácticas de la presente causa -en lo que hace al punto debatido-guardan plena identidad con las tenidas en cuenta en el precedente citado, cabe entonces, remitirse al análisis que se efectuara en la causa "Vázquez" (Ac. 66/12).

En esa oportunidad, inauguré el Acuerdo con el voto que, en la parte pertinente, transcribo:

"Puede entenderse al daño moral como "una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial" (cfr. Ac. 318/94, 23/10 entre otros).

Es indudable que la muerte intempestiva de un ser querido, con el cual se comparte la vida diaria, genera un padecimiento, un sentimiento de angustia y dolor que encuadra dentro del concepto dado de daño moral.

Al limitar la legitimación activa para accionar por daño moral, el legislador ha querido contener la litigiosidad excesiva que, en su entendimiento, se volcaría a los estrados judiciales avalando planteos de una extensa cadena de personas

que alegan sufrimiento por la muerte de otra.

De esta manera, el legislador ha preferido sentar una pauta precisa, a priori, a fin de limitar la cadena de reclamos judiciales.

Para ello, ha recurrido a un criterio de restricción por grado de parentesco, recurriéndose al derecho sucesorio para su formulación –el artículo hace referencia a los "herederos forzosos"- como parámetro que se adecua, en la mayoría de los casos, a dicha finalidad.

Sin embargo, en el caso concreto, la previa selección de sujetos que sufren, con mayor intensidad, la pérdida de un ser querido, aparece como arbitraria, porque consagra una desigualdad en detrimento de algunas personas que se encuentran en idéntica posición que aquéllas a las que el ordenamiento les otorga un derecho exclusivo para ser resarcidos.

En otros términos, la restricción legislativa no resulta razonable en el caso, desde que excluye a personas que se encuentran en igualdad de condiciones que las habilitadas para accionar.

Así lo advierte, con claridad, Pizarro al decir "Quedan de tal modo, al margen de legitimación activa y de reparación, el perjuicio moral sufrido por damnificados indirectos cuando sobrevenga la muerte del damnificado directo a raíz del hecho (vgr. el daño causado a los padres por una lesión discapacitante de un hijo, que lo reduce a un estado de vida vegetativa) y, en caso de muerte de la víctima, el de otra personas que no sean herederos forzosos (vgr. hermanos, concubina, la novia, etcétera), aún cuando puedan invocar un quebrantamiento espiritual serio, grave y relevante" (Pizarro, Ramón Daniel, Daño Moral, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, 2º edición, pág. 375).

Es que, entre los criterios que el legislador tuvo en miras para conseguir la finalidad deseada (evitar la promoción de acciones en forma desmedida) ha soslayado la acreditación del daño en cada caso concreto, para sustituirlo por una presunción de su existencia basado en la proximidad que el vínculo legal otorga a la víctima y al reclamante (cónyuge, descendientes y ascendientes).

Y, si bien tal parámetro se presenta como adecuado en la mayoría de los casos, en determinadas circunstancias, conduce a soluciones disvaliosas, ya que excluye a personas que –aún no teniendo un vínculo legítimo- presentan idéntica proximidad con la víctima, resultando en igual medida afectados (cfr. SCJBA, 14/09/2011, "R., A. H. c. Kelly, Santiago y otros s/ daños y perjuicios", voto del Dr. Hitters. Publicado en LL, 17/10/2011-3).

En este sentido, "el reconocimiento explícito de la vinculación, como acto público, sólo puede implicar, en todo caso, la presunción de daño (como acontece, a modo de ejemplo, en virtud de lo normado por los arts. 1084 y 1085 del Cód. Civil). Pero jamás puede operar como barrera limitativa frente a la realidad: quien mantiene una relación en el marco del tradicionalmente llamado "concubinato" tiene derechos indemnizatorios y previsionales frente al daño material, y es de mayúscula vetustez negar el innegable daño moral a quien sufre tamaña pérdida en el marco de un gran lazo de afecto (que se profundiza cuando además existe descendencia común)." (Formaro, Juan J. "Legitimación activa frente al daño moral. Derecho de los integrantes de la unión convivencial" diario La Ley, Año LXXVI, Nro. 13, pág. 9/11).

En doctrina se ha justificado la negativa a conceder acción a la concubina en la inteligencia que el concubinato constituye un hecho ilícito (cfr. Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños Tomo I, p. 146), o al menos contrario a la moral y las buenas costumbres (cfr. Borda, Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones, Tomo II, Obligaciones, pág. 429 y stes., Llambías, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Tomo I, p. 352, Kemelmajer de Carlucci, "Falta de legitimación de la concubina y del concubino para reclamar los daños y perjuicios derivados de la muerte del compañero y/o compañera" JA , 1979-III-6, también en el Código Civil y leyes complementarias, de Belluscio- Zannoni, Tomo 5, pág. 118/191, entre otros).

No puedo sino disentir con tales apreciaciones.

Una ponderación realista, a la luz de los parámetros valorativos que nutren a la sociedad actual, no permite sostener una afirmación restrictiva del concepto constitucional de familia, la que ha ido ampliándose a lo largo del tiempo, para considerar nuevas y diversas formas igualmente válidas y dignas de protección (cfr. art. 14 bis de la C.N. y 17.1 y 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 10 del Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales, art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 10 y cctes. de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "Dentro del marco del art. 14 bis de la Constitución Nacional y de los criterios legislativos imperantes en el ámbito de la seguridad social, la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo, porque a la altura contemporánea del constitucionalismo social sería inicuo desamparar núcleos familiares no surgidos del matrimonio"(Fallos 328:3099, 312:1833, 313:225, 313:751).

En igual sentido, se expresó la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires "…Es indudable que las "uniones de hecho" forman parte de las alternativas que pueden escoger las personas en uso de la autonomía de la voluntad familiar, al momento de diseñar su proyecto de vida, sin que resulte aceptable cualquier forma de sanción de esta opción (Arts. 14 bis y 19 Const. Nac.; 17. 1 Convención Americana de Derechos Humanos) (del voto del Dr. Hitters, in re "R., A. H. c. Kelly, Santiago y otros s/daños y perjuicios).

Por su parte, la situación concubinaria ha sido reconocida en diversas leyes especiales posteriores al Código Civil y su reforma (ley 17.711). (…)

Por último, encuentro que la falta de compensación del daño moral sufrido por quien así lo acredita, vulnera el principio de reparación de la integridad física y moral (art. 17 C.N.; arts. 5 y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y el del resarcimiento integral, ambos de raigambre constitucional ("alterum non ladere" del art. 19 de la C. N.).

En conclusión, la limitación que en materia de legitimación activa por daño moral consagra el artículo 1078 del C.C. se presenta, en el caso, como inconstitucional, al consagrar un tratamiento irrazonablemente distinto respecto de sujetos que se encuentran en idéntica situación de hecho, no respetando las pautas constitucionales que resguardan a la familia, y a la reparación integral del daño sufrido.

Pero esta declaración, no importa soslayar la exigencia de demostración del daño padecido en el caso concreto, desde que una cosa es la legitimación activa para accionar y otra, muy distinta, es la existencia y prueba del daño." (según mi voto compartido por el Dr. Massei, en la causa "Vázquez Ninfa Rosa c/Provincia del Neuquén y otro s/Acción Procesal Administrativa", Ac. TSJNQN 66/12).

La legitimación de los concubinos para accionar por daños no patrimoniales derivados de la muerte ha sido receptada en el nuevo Código Civil y Comercial, al establecer que "Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible" (cfr. art. 1741). Y si bien esta normativa resulta inaplicable al caso de autos, dada su vigencia (art. 7), confirma la postura amplia que ha adoptado este Tribunal con anterioridad al dictado de la nueva normativa.

XVI.- Continuando con el análisis, resulta procedente entonces el reclamo efectuado por daño moral, en atención a la lesión inevitable de los sentimientos que la muerte del Sr. Fuentealba produjo en las demandantes.

En el caso de las hijas menores debe considerarse que fueron privadas en forma prematura de la asistencia espiritual y material de su padre, y de la consiguiente protección y seguridad que requerían durante la minoridad.

La muerte de su progenitor ha influido en las relaciones familiares, las cuales debieron proseguir con ausencia de la figura paterna que sostenía y unía la familia no solo a nivel económico sino también simbólico y afectivo.

Las declaraciones de los testigos son ilustrativas de la magnitud del sufrimiento de las menores y de cómo el hecho influyó negativamente en su comportamiento y vida de relación.

Al respecto, la testigo Ciuffo (1309/1310) refiere que "Las nenas han atravesado distintos momentos. Tuvieron grandes depresiones con asistencia psicológica. (…) han perdido la alegría, se han encerrado mucho, les cuesta mucho relacionarse con amigos, están mucho tiempo solas en la habitación cada una. Camila sobre todo ha pasado momentos de mucha ira, mucho enojo y después de mucha depresión, de no querer salir, no pudo terminar el último año de colegio secundario por no poder ir a la escuela."

Similares apreciaciones realiza la testigo Mena (1321/1327) quien relata episodios de ambas hermanas que denotan

estados depresivos y de profunda angustia. Dice que "Camila sigue hoy por hoy sin poder salir sola … ella tiene 19 años y no tiene interés por hacer nada en especial, no quiere volver a la escuela y tiene días en los que está bien, estable y otros en los que vuelve a la depresión y a la imposibilidad de hacer cualquier cosa. (…) Los cambios de humor de Ari son muy llamativos … si bien Ari sale, se relaciona, hay días en los que también se pone muy triste pero no dice nada y se encierra en su habilitación y no nos habla."

Según la pericia psicológica obrante a fs. 1790/1792 Camila Fuentealba, quien tenía 14 años de edad al momento del hecho lesivo, presenta una cronificación de los síntomas que dieron lugar a la instalación de un Trastorno Depresivo Mayor. Se constató un daño psíquico. "La inesperada y trágica muerte del padre (…) conforma un evento traumático que impacta de forma negativa en su psiquismo, tal como surgiera de la examinación del mismo. Se observa en la joven signos de angustia de gran envergadura y síntomas de un estado de deterioro que se cronificó con el tiempo y le impide atravesar esta etapa evolutiva como transita cualquier otra adolescente que vive los duelos típicos de su edad. En su caso, el duelo se evidencia como no resuelto y la muerte de su padre, las causas judiciales, sociales y políticas erigidas en torno a los hechos que desencadenaron su fallecimiento son percibidos como eventos imposibles de abordar con los recursos psíquicos que tiene disponible… …. Se evidencia una elevada sensación de desprotección, fragilidad emocional. (…) Se observa un deterioro clínicamente significativo de la actividad social, familiar y académica… y una incapacidad para planificar el futuro…". Refiere que el desajuste fue de tal magnitud que en el ámbito escolar comenzó a decaer su rendimiento a punto tal que a la fecha de la pericia (5/7/2013) debía rendir el último año del colegio secundario libre.

Similar sintomatología evidencia Ariadna Fuentealba, quien al momento del hecho luctuoso tenía 9 años. La perito refiere que la joven presenta un cuadro clínico de "trastorno adaptativo con alteración mixta", a la vez de rasgos de introversión e inhibición que van en detrimento de su vida social, académica, recreativa y de relación. Presenta características de una personalidad de rasgos evitativos. "Se encuentra constantemente en guardia distanciándose de sucesos vitales ya que son percibidos y anticipados como negativos o dolorosos." Padece trastornos de alimentación (cfr. pericia fs. 1497/1499).

Respecto de la actora Sandra Rodríguez, la muerte importó la pérdida de un compañero de vida, un interlocutor permanente, el corresponsable de la dirección y crianza de las hijas menores, el sujeto con quien se comparte las dificultades y las angustias no sólo de la vida propia sino de las que se observan en la vida de los hijos (Fallos 329:4944).

La prueba testimonial rendida en autos, evidencia el profundo dolor, intensa angustia, los sentimientos de impotencia y miedo, la depresión y los trastornos en su vida de relación que la muerte de su concubino le generó y sus repercusiones en el seno familiar.

Así, la testigo Ciuffo refiere que "Es una familia que no logra encaminarse con objetivos claros, que no encuentran un lugar donde vivir que se sientan cómodas, viven como de paso, todo el tiempo poniendo parches en las situaciones que van pasando. Sin poder proyectar algo a futuro. En la casa hay como una situación de tristeza permanente, es muy difícil hablar de otros temas que no sea el asesinato de Carlos y de la repercusión que tiene sobre ellas. Es como que no se terminan de asentar nunca. Por momentos parece que el dolor se hubiera aliviado pero vuelve a aparecer todo el tiempo, por eso también es difícil el acompañamiento de los conocidos y de los amigos porque resulta muy duro" (cfr. contestación a la pregunta séptima, fs. 1310).

Por su parte, la pericia psicológica efectuada a la Sra. Rodríguez revela que la misma padece "trastorno depresivo mayor" cuyos síntomas fueron cronificados y consolidados en el tiempo a partir de percibir al asesinato de su marido como una huella traumática imborrable en su psiquis. Ello le ha generado un menoscabo en la salud mental que afecta a las áreas laborales, familiares, sociales y recreativas, que evidencian la existencia de un daño psíquico.

Afirma que la trágica muerte de su pareja ha producido modificaciones en su comportamiento debido al deterioro emocional que ello le ha ocasionado, junto a la repercusión pública. Refiere que se siente muy angustiada y sin deseos de trabajar, no logra desarrollar sus actividades artísticas. Su proyecto de vida se vio trastocado por la inesperada muerte de su marido.

Indica que el cuidado de sus hijas se transformó en una responsabilidad mayor a la que tenía antes, debido a percibir

que tiene la doble función de suplir la ausencia de su padre y preservarlas o protegerlas de cualquier posible amenaza o agresión proveniente del medio exterior. Posee dificultades para conducir, especialmente en ruta, debido a que siente miedo y temor de morir ella también. (cfr. pericia fs. 1493/97).

La afección psíquica grave que surge de los informe técnicos referenciados, habrá de ser ponderada a los efectos de redimensionar la indemnización que debe reconocerse en el ámbito extrapatrimonial.

Es decir, aun cuando la lesión psicológica sea valorada y calculada dentro del daño moral, ello no significa que no sea indemnizada. Por el contrario, en el caso, proyecta sus efectos y repercute como un factor de intensificación del daño moral resarcible, a fin de computar debidamente la gravedad espiritual que presenta para el sujeto el menoscabo de la normalidad psíquica como consecuencia del hecho.

En la ponderación del daño moral ocasionado no deben soslayarse las especiales circunstancias que rodearon la trágica muerte del Profesor Fuentealba las que, como se evidencia en las pericias psicológicas y las testimoniales citadas, fueron intensamente traumáticas para el grupo familiar.

En especial, se aprecia que en el caso constituyen factores de acrecentamiento del dolor espiritual: lo inesperada de la muerte que aconteció durante una protesta salarial docente desarrollada en forma pacífica, la situación de indefensión que presentaba la víctima al momento del hecho, la condición de efectivo de las fuerzas de seguridad policial que revestía el victimario, la injusticia del daño padecido que pudo ser evitado, el dolor por la agonía intensa padecida por la víctima hasta su deceso, quien debió soportar un traslado al nosocomio y una posterior intervención quirúrgica de urgencia, etc. todas vivencias perturbadoras que funcionaron como intensificadoras del daño ocasionado a las aquí accionantes.

Por el contrario, el alcance del resarcimiento es independiente del factor de atribución contra el obligado (dolo), pues se define de acorde con la entidad del daño mismo, causado con adecuación por el suceso lesivo, hasta el punto de que aquél no varía intrínsecamente en el caso de responsabilidades objetivas.

En esa tesitura reposa también la exclusión de la función punitiva de la indemnización, de claro corte ejemplificador, desde que la naturaleza misma de la indemnización prescinde de la idea sancionatoria o de castigo del ofensor y se inclina por la reparación del perjuicio causado a la víctima, centro de la concepción moderna del derecho de daños.

Frente a este escenario, corresponde distinguir las sumas a otorgar a cada familiar reclamante, no por considerar un dolor mayor a otro, sino por hallarse acreditadas circunstancias diferenciadas con relación a cada una de ellos, que necesariamente repercuten en el plano resarcitorio.

Por todo ello, en uso de la facultad conferida por el artículo 165 del C.P.C. y C., se reconoce por daño moral la suma de $600.000.- para la Sra. Sandra Mónica Rodríguez, la suma de $500.000 para Camila Fuentealba y la de $400.000.- para Ariadna Fuentealba.

Asimismo, dado que en la demanda se solicita el reconocimiento de los gastos que demandará el tratamiento psicológico individual para cada una de las accionantes, habrá de adicionarse el importe correspondiente a ello, puesto que así ha sido recomendado por la perito actuante.

En efecto, la psicóloga de oficio recomienda que las hijas inicien un tratamiento psicológico a los fines de elaborar correctamente el duelo; asegura que si bien la huella traumática e imborrable no desaparecerá, el tratamiento contribuirá a reorganizar sus vidas, reubicarlas en los roles familiares y elaborar parte de la angustia. Sugiere una frecuencia de dos veces por semana, por un lapso mínimo de tres años con un costo aproximado de $200 (fs. 1499) a $250 (fs. 1792) por sesión (valores estimados en los años 2012-2013, fecha de presentación de los informes).

En este aspecto, no se aprecian motivos para apartarse del tiempo de la terapia estimado por la profesional -3 años-, así como tampoco de la frecuencia semanal indicada -2 veces por semana-, a valores actuales ($400 aprox.). En consecuencia, se fija prudencialmente la suma de $124.800 para cada una de hijas.

Respecto de Sandra Rodríguez, la perito aconseja que continúe su tratamiento psicológico el que debería ser constante y prolongado debido al "trastorno psicopatológico" hallado y la cronificación de los síntomas. Ello se fundamenta en la "imperiosa necesidad de realizar un duelo privado por la muerte de su compañero y padre de sus hijas como la elaboración de la angustia provocada por todo lo sucedido desde que ocurrieron los hechos

denunciados en autos". No estima su duración y frecuencia.

Por su parte, el testigo Lic. Pablo Seiguer, psicólogo tratante, refiere que la frecuencia semanal de la terapia llevada a cabo por la actora es de una vez por semana, pudiendo aumentar a dos veces por semana frente a situaciones de crisis (fs. 1334/6) y que el importe de la consulta es de $230 por sesión (al año 2012).

En este aspecto, si bien no se ha estimado el lapso por el cual debe extenderse la terapia, cabe contemplar las recomendaciones de la perito oficial relativas a la necesidad de un "tratamiento prolongado" y estimar prudencialmente el mismo en 5 años, con una frecuencia semanal conforme lo indicado por el Lic. Seiguer -1 vez por semana-, a valores actuales ($400 aprox.), es procedente acordar la suma de $104.000 en concepto de gastos por tratamiento psicológico.

XVII.- La actora Rodríguez integra su reclamo con los gastos ya efectuados por el tratamiento psicológico afrontado como consecuencia de los hechos relatados.

A tenor de los recibos adjuntados a fs. 121/141, cuyas fechas son posteriores al hecho dañoso y el reconocimiento efectuado por el Lic. Seiguer a fs. 1335 vta., cabe reconocer la suma de $9.490.- a favor de Sandra Rodríguez por este rubro.

XVIII.- En mérito a todo lo expuesto, el total indemnizatorio asciende a la suma de $2.196.090.

Dicho importe devengara, desde la fecha de la muerte (05/04/2007) 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), salvo en lo que respecta a los gastos por tratamiento psicológico que correrán desde que quede firme la presente.

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). TAL MI VOTO.

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

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) HACER LUGAR a la demanda interpuesta por las actoras contra la PROVINCIA DEL NEUQUÉN, CONDENANDO a esta última a abonar a SANDRA MONICA RODRIGUEZ la suma de $896.490.-, a CAMILA FUENTEALBA la suma de $694.800.- y a ARIADNA FUENTEALBA la suma de $604.800.-, con más los intereses que surgen del considerando XVIII. 2°) Imponer las costas a la demandada vencida (art. 68 C.P.C.y C., aplicable por reenvío del art. 78 Ley 1.305). 3°) Diferir la regulación de honorarios de los letrados y la perito actuante para el momento de contar con pautas para ello. 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

DRA. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

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

"DEL RIO EDUARDO Y OTRO C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4805/14) – Acuerdo: 01/16 – Fecha: 23-03-2016

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de inconstitucionalidad.

HONORARIOS DEL ABOGADO. REGISTRO PROVINCIAL DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS. CERTIFICADO DE LIBRE DEUDA ALIMENTARIA. LEY APLICABLE. CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY. FINALIDAD DE LA MEDIDA.

1.- Debe ser rechazada la acción autónoma de inconstitucionalidad promovida en los términos de la Ley Provincial 2130 en su calidad de abogados, solicitando que el Tribunal Superior de Justicia declare la inconstitucionalidad del artículo 11 bis de la ley Provincial 2885 que modifica la ley 2333, en cuanto dispone que "Los Juzgados provinciales no puede disponer pagos a la parte vencedora en un juicio, u honorarios profesionales, sin requerirle previamente el Certificado de Libre Deuda Alimentaria", afirmando que el artículo citado no se ajusta a los principios constitucionales que aseguran al individuo que su propiedad y fruto de su trabajo serán respetados (artículo 24), que será tratado por la ley en términos de igualdad con sus semejantes (artículo 22), que no existirán más inhabilitaciones que las dispuestas por el órgano judicial competente con sentencia firme (artículo 23) y que hasta no ser demostrado lo contrario se lo presume inocente de todo delito (artículo 58 y 63 de la Constitución, artículo 26 de la Declaración Americana de los Deberes y los Derechos del Hombre, artículo 8 inciso 2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, incorporados todos ellos a nuestra Constitución Provincial según texto del artículo 21); y esgrimiendo que la legislación dictada carece de toda razonabilidad; toda vez que la legislación en discusión constituye una aplicación de las acciones positivas que el Estado neuquino debe adoptar en procura de la tutela de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes, guiado por el criterio rector de su "interés superior" receptado constitucionalmente, tanto en el orden nacional como local.

2.- La creación del Registro Provincial de Deudores Alimentarios morosos (Ley Provincial 2333 modificada por la ley 2885), es una medida de acción positiva que el Estado neuquino –a la par que gran parte de las provincias argentinas- ha concebido, teniendo en miras el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, con la finalidad de prevenir y sancionar la falta de cumplimiento de la obligación alimentaria y compeler al deudor a regularizar su situación.

3.- El Registro de Deudores alimentarios morosos es una medida de acción positiva que tiende a tutelar los derechos receptados en la Convención sobre los Derecho del Niño, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas cuando (art. 16 inc. 3 y art. 25 inc. 2), la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 30), el Pacto de San José de Costa Rica (art. 19), los arts. 46 y 47 de la Constitución Provincial, la Ley provincial 2302, cuyo artículo 4°, establece el principio

rector en la materia, velar por su "interés superior" entendido como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos" y la Ley Nacional 26.061 de "Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes" todas ellas basadas en el mismo eje de valores.

4.- La creación del Registro de Deudores alimentarios morosos persigue una doble finalidad; por un lado, busca prevenir el incumplimiento de los deberes asistenciales y por el otro, reparar la situación de desamparo en la que se encuentra el alimentado.

5.- Esta normativa pondera el interés superior del niño, niña y adolescente a no ser privado de su desarrollo integral en virtud del incumplimiento del alimentante, lo que constituye un postulado que justifica axiológicamente la limitación de algunos derechos constitucionales en pos lograr el observancia de la obligación asistencial respecto de aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

6.- Las alegaciones actores se diluyen si se considera que, para la aplicación de la restricción prevista en el artículo 11 bis primer apartado de la ley 2885, no se requiere la adjunción del pertinente certificado al proceso ya que es el órgano judicial el que verifica, de oficio, la ausencia de inscripción en el Registro del destinatario de la orden de pago, en forma previa al libramiento de fondos judiciales, compulsando el listado que al efecto, remite cada quince días el pertinente Registro (cfr. punto 5 del Acuerdo 5119, punto 5, del 19-03-2014) y hasta tanto, se habilite la consulta on-line. Frente a ello, la incomodidad de esperar el cotejo con el listado de los inscriptos que realiza el órgano judicial antes de librar los fondos constituye una mera restricción al ejercicio de los derechos que no alteran su esencia ni vulneran los principios constitucionales.

Texto completo:

ACUERDO N°_1. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintiocho días del mes de marzo del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo el Tribunal Superior de Justicia con la Presidencia de su titular Doctor EVALDO DARIO MOYA, integrado por los señores Vocales Titulares, Doctores RICARDO TOMAS KOHON, OSCAR E. MASSEI, MARIA SOLEDAD GENNARI y ALFREDO ELOSU LARUMBE, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Doctora LUISA A. BERMUDEZ, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "DEL RIO EDUARDO Y OTRO C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD", Expte. N° 4805/14, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor Evaldo Darío Moya dijo: I.- A fs. 4/12 se presentan los Dres. Eduardo del Río y Gastón Rambeaud ambos por su propio derecho y patrocinio letrado recíproco y, en tal calidad, promueven acción autónoma de inconstitucionalidad en los términos de la Ley Provincial 2130, contra el artículo 11 bis de la Ley Provincial 2885 que modifica la Ley 2333, en cuanto dispone que "Los Juzgados provinciales no puede disponer pagos a la parte vencedora en un juicio, u honorarios profesionales, sin requerirle previamente el Certificado de Libre Deuda Alimentaria." Solicitan que el Tribunal Superior de Justicia declare la inconstitucionalidad del mencionado artículo, con los efectos previstos en el artículo 16 de la Constitución Provincial, con costas en caso de haber oposición.

Manifiestan que tal imposición legislativa no se ajusta a los principios constitucionales que aseguran al individuo que su propiedad y fruto de su trabajo serán respetados (artículo 24), que será tratado por la ley en términos de igualdad con sus semejantes (artículo 22), que no existirán más inhabilitaciones que las dispuestas por el órgano judicial competente

con sentencia firme (artículo 23) y que hasta no ser demostrado lo contrario se lo presume inocente de todo delito (artículo 58 y 63 de la Constitución, artículo 26 de la Declaración Americana de los Deberes y los Derechos del Hombre, artículo 8 inciso 2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, incorporados todos ellos a nuestra Constitución Provincial según texto del artículo 21).

Refieren que, además, la legislación dictada carece de toda razonabilidad (exigencia que surge del artículo 18 en consonancia con el artículo 189 inc. 1 de la Constitución Provincial) erigiéndose en un primer paso de consecuencias insospechadas en lo que hace al ejercicio del derecho de propiedad, las tramitaciones formales y el regular tráfico comercial, "alterando y contradiciendo el espíritu" de las disposiciones constitucionales.

Argumentan que el derecho a gozar libremente del producto del trabajo personal lícito es un derecho humano fundamental, reconocido en la Constitución a través de la protección de la propiedad privada.

Afirman que la Constitución exige que sea un juez quien, en virtud de la existencia de un "caso" ordene medidas de restricción a la disponibilidad de bienes de un individuo, con efectos limitados a "ese caso".

Alegan que la indisponibilidad genérica establecida por el artículo 11 bis de la Ley 2333 contraría esa regla, porque es el legislador y no un juez quien ha dispuesto para un universo indeterminado y múltiple de ciudadanos –aquellos que litigan ante la justicia provincial y en particular los abogados que ejercen la profesión- que su propiedad quede inhibida provisionalmente hasta tanto demuestren no ser deudores alimentarios morosos.

Interpretan que el legislador ha partido de un error esencial sobre el dinero depositado en causas judiciales, suponiendo que el mismo pertenece al Estado y por ello puede ser dispuesto de diversas formas según la voluntad estatal.

Dicen que, sin embargo, tales fondos sólo pertenecen a la parte que resulta acreedora en el juicio o al profesional cuyos honorarios han sido regulados.

Explican que se trata de fondos que sólo se encuentran a la "orden del juez" pero no le pertenecen a él, como órgano estatal o a nivel personal. Dicen que el juez libera los fondos porque ese dinero es propiedad de quien titulariza el derecho que ha sido reconocido en juicio, y no puede ser retenido salvo que exista una medida cautelar concreta dispuesta en particular, sobre esa persona.

Aseguran que, conforme lo prevé el ordenamiento, el destinatario de la deuda alimentaria puede requerir al juez que ordene un embargo sobre todos los bienes que tenga esa persona a percibir en juicio, así como también puede pedir que se decrete su inhibición general.

Puntualizan que nuestra Constitución Provincial, en su artículo 23 prohíbe la existencia de inhibiciones genéricas o particulares de ninguna especie, que no sean las impuestas y derivadas de una decisión jurisdiccional firme.

Destacan que los destinatarios de la ley se circunscriben a todo aquel cuya propiedad ha sido puesta en juego en un juicio y habiendo vencido, cuenta con derecho a percibir dinero; y a los profesionales que asistieron a las partes y cuentan con honorarios a percibir en juicio.

Afirman que la Ley 2333 efectúa una discriminación injustificada y grave entre quienes tuvieron que recurrir a la justicia para obtener el reconocimiento de su derecho y aquellos otros cuyo derecho a la percepción dineraria se canaliza a través de ámbitos diferentes.

Insisten en que no hay ninguna razón esbozada en la normativa que justifique la diferenciación entre aquellos sobre quienes pesa la inhibición y los demás ciudadanos. Adunan que, cuando se acusa un trato desigual en una normativa, la emisora de la norma es quien debe justificar de algún modo que existe razón valedera para la presencia de la desigualdad de la ley.

Avanzan en su razonamiento y afirman que la disconformidad que manifiestan respecto de la Ley 2333 no significa que pretendan que la inhabilitación se extienda a todos los ciudadanos.

Por el contrario, consideran que el anoticiamiento público implementado a través de los registros de deudores alimentarios morosos no es una información neutra desde el punto de vista delictual, como sucede con las bases de datos comerciales. Sino que, dicen, se trata de un registro que hace conocer que la persona inscripta está cometiendo un delito.

Aseguran que la ley impugnada contraría el principio de inocencia emergente del debido proceso que garantizan los artículos 58, 63 y 64 de la Constitución Provincial, así como las garantías de la Constitución Nacional incorporadas al texto local por su artículo 21.

Razonan que, si la ley presume que un universo indeterminado de personas está incursa en esa situación hasta tanto no demuestre lo contrario y, por ello, los inhabilita para percibir sus créditos, en definitiva supone que dichas personas han cometido el delito previsto en el artículo 1° de la Ley 13944 incorporada al Código Penal Argentino.

A continuación, tachan de irrazonable a la normativa atacada por la inadecuación del medio empleado para el fin perseguido.

Explican que la falta de proporción está dada, por un lado, por las pocas personas registradas como incumplidoras morosas de alimentos y la multitud de los que resultan afectados por la ley en vigencia; por el otro, por los efectos colaterales del mecanismo utilizado: se legisla sobre la presunción de un delito, se violenta el principio de igualdad, se inhibe la propiedad de todo ciudadano y se inhabilitan los actos de percepción de créditos sin sentencia firme.

Manifiestan que la finalidad perseguida por la reforma a la Ley 2333 apenas resultará cumplida, si la percepción dineraria procede de un ámbito diverso al órgano judicial o de un ámbito judicial que no sea neuquino, o el acreedor: a) no está inscripto en el registro local o bien lo está en un registro de otra provincia, b) no resulta vencedor en una causa judicial con disponibilidad de fondos o, c) realiza acuerdos o percibe el crédito en forma extrajudicial.

Finalmente, dicen que dentro de los efectos colaterales de la medida implementada está el antecedente normativo de una presunción de deuda y la consiguiente inhibición de bienes se instale como cautelar genérica de máxima comodidad para todo acreedor con suficiente peso corporativo o poder de lobby sobre el órgano legislativo.

Por último, formulan petitorio y solicitan se haga lugar a la acción intentada declarando la inconstitucionalidad y abrogación del artículo 11 de la Ley 2333 por contrariar los artículos 18, 21, 22, 23, 24, 58, 63, 64 y 189 inc. 1° de la Constitución Provincial.

II.- A fs. 14/18, previa vista Fiscal, se declara la admisibilidad de la acción (RI N°3/14), corriéndose traslado de la demanda a la Provincia del Neuquén y al Fiscal de Estado (fs. 21).

III.- A fs. 26/32 la demandada contesta el planteo solicitando el rechazo de la acción intentada, con costas.

Niega y rechaza todos y cada uno de los hechos esgrimidos y la aplicación del derecho que hace.

Niega expresamente que el artículo 11 bis de la Ley Provincial N° 2333, incorporado por la Ley 2885 se halle en contra de la Constitución de la Provincia, y que con su aplicación se afecten los derechos constitucionales mencionados por los actores y reconocidos en la Carta Fundamental o los Pactos Internacionales citados.

Afirma que la disposición atacada es clara respecto a su finalidad -compelir al deudor alimentario moroso a que abone su deuda antes de cobrar un crédito- y que, en los hechos, este trámite se ve facilitado porque, actualmente, el certificado no debe ser adjuntado por el acreedor sino que el propio Registro de Deudores Alimentarios envía el listado de los inscriptos directamente a los juzgados quienes efectúan de oficio el chequeo previo libramiento de los fondos, lo que agiliza el cobro.

Estima que no se trata de una inhibición general que vaya en contra del artículo 23 in fine de la Constitución Local, sino que consiste en una medida legislativa que impide, por un escaso período de tiempo, que se ordene un libramiento de los fondos hasta tanto se certifique la inexistencia de deuda alimentaria.

Explica que la razonabilidad de la medida está dada por la finalidad que tiende a cumplir. Destaca que el artículo impugnado debe contextualizarse junto con el resto del articulado de la Ley 2333, modificada por la Ley 2885, para poder comprender y explicar debidamente su constitucionalidad.

Señala que el nuevo artículo 1° de la Ley 2333 reformada crea en el ámbito de la Provincia del Neuquén, el Registro de Alimentarios Morosos a fin de dar cumplimiento a lo preceptuado por el Artículo 47 de la Constitución Provincial, el Código Civil y el artículo 10 de la Ley Provincial 2302.

Transcribe parte del artículo 47 de la Carta Magna Provincial y los artículos pertinentes de la Ley 2333 modificada por la Ley 2885.

Afirma que al Estado le corresponde garantizar la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, de acuerdo a

la Convención Internacional de los Derechos del Niño, para lo cual debe legislar y promover medidas de acción positiva, siendo prioritaria la efectivización de tales derechos, en el diseño, ejecución y evaluación de políticas públicas.
Asegura que el Registro creado lleva un listado de deudores alimentarios morosos que adeudan total o parcialmente al menos dos cuotas alimentarias consecutivas o alternadas, en un período no superior a un año calendario, fijadas u homologadas judicialmente, siempre que no haya resolución pendiente de incidente de disminución o cese de cuota alimentaria.
Indica que, entre sus obligaciones se encuentra la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, del listado de deudores alimentarios morosos y de informar a los poderes del Estado para que lo publiquen en sus páginas web, además de elevar el listado a los organismos o dependencias del Estado provincial del área de Niñez, Adolescencia y Familia y a los Juzgados del fuero.
Manifiesta que del análisis integral de la ley se observa que ella tiende a cumplir su fin sobre distintos ámbitos de actuación y por diversos medios, abarcando no sólo a los vencedores en un juicio o a la profesionales que tengan a percibir honorarios profesionales judiciales, sino a una gran cantidad de destinatarios, en tanto el libre deuda del registro es exigido para: el otorgamiento de habilitaciones, concesiones, licencias o permisos; el acceso de un cargo público; la apertura de cuentas bancarias; el otorgamiento de créditos; la emisión o renovación de tarjetas de crédito; la realización de operaciones bancarias o bursátiles; la adjudicación o cesión de viviendas sociales; para ser proveedor o contratista del Estado; ser candidato a cargos electivos, o quienes pretendan ocupar cargos en entes autárquicos, descentralizados, empresas del Estado Provincial o con participación estatal, el Tribunal de Cuentas y el Banco Provincia del Neuquén; para los postulantes a magistrados o funcionarios del Poder judicial; para los herederos en el caso que deban disponer de bienes de la herencia; para los titulares dominiales que quieran concretar actos de disposición sobre bienes registrales o constituir sobre ellos derechos reales, etc.
Interpreta que la medida dispuesta por el artículo 11 bis incorporado por la Ley 2885 no afecta la garantía de igualdad, entendida como "otorgar un trato igualitario a quienes se encuentran en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, siempre que dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase", circunstancia que, entiende, no concurre en las presentes.
Desde esta perspectiva, juzga que el planteo de autos no guarda proporcionalidad con la consecuencia que conlleva el mismo, dado que no se advierte la discordancia con las cláusulas Constitucionales que dice afectar la normativa impugnada.
Concluye que no se encuentran configurados los extremos requeridos para la declaración de inconstitucionalidad, máxime considerando que constituye la última ratio cuando la incompatibilidad con la Constitución sea manifiesta.
Formula petitorio.
IV.- A fs. 36/45 obra el dictamen del Sr. Fiscal General, quien propicia el rechazo de la acción intentada.
V.- A fs. 46 se dicta la providencia de autos, que a la fecha se encuentra firme y consentida.
VI.- Conforme se ha expedido este Tribunal en reiteradas oportunidades, cada vez que le toca ser árbitro final de la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales provinciales, la tarea aparece ardua y compleja, habida cuenta que la resolución que se adopte, trasciende la esfera particular de los involucrados directamente en el proceso, para influir sobre la comunidad toda. Sin lugar a dudas, toda declaración de inconstitucionalidad, constituye una de las más delicadas funciones a cargo de un Tribunal de Justicia.
"Hasta arribar a ese extremo (declaración de inconstitucionalidad), el itinerario a seguir debe dejar margen a una interpretación conciliadora que permita entender a la norma con un alcance 'no inconstitucional', o sea, a la inversa, con un alcance que la engarce congruente y satisfactoriamente en y con la Constitución, porque con ello se preserva el orden jurídico constitucional y porque esta postura guarda coherencia con el precepto general que regla la presunción de constitucionalidad de los actos legislativos y ejecutivos; que hace que quien alegue la inconstitucionalidad de una norma deba probarlo" (cfr. en igual sentido, Linares Quintana, "La Constitución interpretada", p. XIX, Ed. Depalma, 1960).

En esta última línea, la interpretación constitucional supone partir de la base que la Constitución es un todo armónico no escindible, que no puede fraccionarse en su intelección.

Así, como toda Constitución formal, el texto local se presenta, al decir de Bidart Campos, como un complejo normativo que obliga a interpretarla como conjunto, esto es, a correlacionar y coordinar unas normas con otras, por formar todas ellas parte de una unidad normativa (o plexo) coherente; presenta, además, a sus cláusulas o normas, con una generalidad y apertura tales, que habilitan la realización de opciones legislativas múltiples, extremo que si bien es cierto no autoriza a afirmar que cualquier solución es compatible con la Constitución, evidentemente determina un amplio campo de elección entre las posibles alternativas.

La pretensión ha sido deducida por los actores en el específico y extraordinario ámbito de la acción autónoma de inconstitucionalidad, caracterizada por la derogación con alcance general de la norma contraria a la Constitución Provincial (art. 16 de la Constitución Provincial).

El particular efecto abrogatorio que se acuerda al pronunciamiento determina que el examen constitucional deba ser aún más riguroso y estricto, en punto a la verificación del cumplimiento de los recaudos formales y sustanciales establecidos en la Constitución y reglamentados por la Ley 2130.

En este orden, para que proceda la "acción de inconstitucionalidad" (enmarcada en el sistema de control concentrado y no difuso de constitucionalidad), debe ser claro que la norma que se impugna es violatoria de la Constitución Provincial.

Luego, es decisiva la demostración de la violación constitucional y que ésta lo sea, no con relación a cualquier manda, sino a una expresamente contenida en la Norma Fundamental Provincial porque de lo que se trata justamente es de mantener la supremacía de la Constitución Provincial. Nuestra Ley Suprema Provincial ha establecido un sistema de abrogación consecuente con el principio de supremacía de la Constitución.

Desde esta perspectiva, se analizará el planteo formulado por los actores.

VII.- De la lectura del escrito inicial se desprende que los accionantes, de profesión abogados, pretenden la declaración de inconstitucionalidad del artículo 11 bis incorporado por la Ley 2885 a la Ley 2333, que crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos en el ámbito de la Provincia del Neuquén.

El mencionado artículo, en la parte controvertida por los actores, dispone que:

"Los Juzgados provinciales no pueden disponer pagos a la parte vencedora en un juicio, u honorarios profesionales, sin requerirle previamente el Certificado de Libre Deuda Alimentaria…"

Exponen que tal cláusula vulnera las garantías sobre la propiedad puesto que el dinero depositado no pertenece al Estado sino a los particulares que tengan sumas a percibir en juicio; dispone una inhibición general por orden legislativa sin que exista un caso y orden de autoridad judicial competente; viola la igualdad dado que la presentación del certificado no es exigida a otros profesionales que perciben honorarios extrajudicialmente; contraría el principio de inocencia, ya que establece una presunción de culpabilidad en la comisión de un delito previsto por la Ley 13944, respecto de los destinatarios de la medida quienes deben acreditar su falta de registración para poder percibir sumas de dinero que les son debidas y, por último, es irrazonable, dado que existe una desproporción entre la afectación de los derechos que produce a los destinatarios y la finalidad que persigue, considerando el reducido número de personas inscriptas en el Registro de Deudores Alimentarios morosos.

La demandada por su parte, defiende la constitucionalidad de la normativa atacada, fundada sucintamente, en que: a) el planteo deviene abstracto desde que son los propios Tribunales quienes deben efectuar el control, en base a la información brindada por el Registro, sin que sea necesaria la presentación de certificado alguno por parte de quienes tengan que percibir sumas en juicios; b) los derechos constitucionales deben ser ejercidos conforme la reglamentación que se dicte; c) que la restricción es proporcionada con el fin perseguido por la norma; d) la garantía de igualdad se encuentra resguardada desde que la exigencia de certificado es para todos los que se encuentren en igualdad de condiciones.

Delimitadas así las posturas de ambas partes, se advierte que el conflicto constitucional traído a resolución se encuentra circunscripto a determinar si la restricción impuesta por el legislador a aquellos que tengan sumas a percibir

en un juicio –esto es, la obligación de acreditar no estar inscripto en el Registro de Deudores Alimentarios morosos (art. 11 bis de la Ley 2885)- importa una afectación de los derechos más allá del límite tolerado por la Constitución.

Para dar una respuesta a tal interrogante, cabe comenzar por delinear el amplio marco normativo de orden infra y supra Constitucional vigente que inspiró la legislación, que hoy se controvierte, y cuya consideración no puede soslayarse bajo pena de incurrir en una interpretación sesgada de los principios constitucionales en juego.

VIII.1.- Desde esta perspectiva cabe comenzar el análisis señalando –tal como lo hace la demandada en su responde- que la legislación en discusión constituye una aplicación de las acciones positivas que el Estado neuquino debe adoptar en procura de la tutela de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes, guiado por el criterio rector de su "interés superior" receptado constitucionalmente, tanto en el orden nacional como local.

Los paradigmas actuales en materia de niñez y adolescencia visibilizan una obligación alimentaria acorde al escenario axiológico que emana de los principios consagrados en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en especial, de la Convención sobre los Derecho del Niño, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que entró en vigor el 20 de septiembre de 1990 (aprobado por ley 23.849), y que, a partir del año 1994 fue incorporado en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional como uno de aquellos Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, formando así parte del bloque federal de constitucionalidad. Asimismo, su texto se encuentra incorporado a nuestra Carta Magna local en las condiciones de su vigencia, a través del artículo 47 de la C.P.

En dicha Convención expresamente se reconoce el derecho alimentario de los niños, niñas y adolescentes como forma de lograr su desarrollo integral.

Así se prescribe que "Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social". Estableciendo que "A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño." (Art. 27 inc. 1 y 2).

Para ello, la Convención expresamente prescribe la obligación de los Estados de tomar "todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero" (art. 27 inc. 4).

A su vez, establece que "Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas" (art. 3 inciso 2).

Y más adelante, dispone que se "…adoptarán todas las medidas administrativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención…". (Art. 4).

En lo que concierne al alcance de dicha garantía, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales de orden internacional (Fallos 321;3555; 328:1491) destacó que "la ratificación o la adhesión a un tratado –en este caso, a la Convención sobre los Derechos del Niño- constituyen actos soberanos del Estado, mediante los cuales éste se somete a un orden legal según el cual asume obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción, en este caso, niñas, niños y adolescentes" (cfr. CIDH, 16/11/2009 "González y otras (Campo Algodonero) v. México", párr. 62.).

En este contexto, señaló que el Estado parte debe "organizar todo el aparato gubernamental y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público", en orden a cumplir la obligación de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en el tratado a toda persona sujeta a su jurisdicción" (cfr. CIDH, 26/6/1987, "Velazquez Rodriguez v. Honduras", párr.166.).

Siguiendo en la perspectiva de los Tratados Internacionales, no cabe olvidar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, adoptada en París en el año 1948 (e incorporada a nuestro texto Constitucional en virtud de su artículo 21), prescribe la obligación de los Estados miembros de asegurar el "respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre", señalando expresamente que "la familia

es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (cfr. art. 16 inc. 3). Y más precisamente, que "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social". (cfr. art. 25 inc. 2).

Igualmente, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (de jerarquía constitucional, conforme lo dispone el art. 75 inc. 22 C.N. y el 21 de la Cimera local), en su artículo 30 prescribe "Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos los necesiten".

También el Pacto de San José de Costa Rica (art. 75 inc. 22 C.N.), en su artículo 19 establece que "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

VIII.2.- En similar orden de ideas, se perfiló la reforma constitucional local llevada a cabo en el año 2006, que incorporó, entre otros, el artículo 46 de protección de la Familia, y en cuya virtud dispuso que "La familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser amparada por el Estado, que asegura su protección social y jurídica. Mujeres y varones tienen iguales derechos y responsabilidades como progenitores. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda. La maternidad y la infancia tendrán derecho a la protección especial del Estado".

Asimismo, bajo el título "Niñez y Adolescencia", la Carta Fundamental local establece que "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 obstáculos de cualquier orden que limiten de hecho su efectiva y plena realización. Es prioritaria la efectivización de tales derechos, en el diseño, ejecución y evaluación de políticas públicas. El Ministerio Público a través de sus órganos especializados y los demás órganos competentes, promueve por sí o promiscuamente, todas las acciones útiles y necesarias para la protección y promoción de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, privilegiando su interés superior." (art. 47, el subrayado no se encuentra en el texto original).

VIII.3.- Aun cuando los perfiles de la acción intentada no habilite otro cotejo que el aquél que se relacione directamente con cláusulas constitucionales, cabe hacer una referencia a la normativa infra constitucional existente, inspirada en la concepción de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos.

En el plano local, cabe destacar a la Ley Provincial 2302 (B.O. 04/02/2000), legislación de avanzada en la protección integral del niño y del adolescente, en cuyo artículo 4°, establece el principio rector en la materia, velar por su "interés superior" entendido como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos".

Asimismo, entre las diversas obligaciones prevé que "El Estado, la sociedad y la familia tienen el deber de asegurar a los niños y adolescentes la efectivización de los derechos a la vida, salud, libertad, identidad, alimentación, educación, vivienda, cultura, deporte, recreación, formación integral, respeto, convivencia familiar y comunitaria y, en general, a procurar su desarrollo integral. Esta enumeración no es taxativa ni implica negación de otros derechos y garantías del niño y adolescente no enumerados" (cfr. art. 10, el subrayado no se encuentra en el texto original).

En el plano nacional y bajo idéntico eje de valores se inscribe la Ley Nacional 26061 de "Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes" (promulgada el 21/10/05), que define el interés superior de la niña, niño y adolescente, como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley". En particular, recepta el "principio de efectividad" que establece que "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, el subrayado me pertenece).

VIII.4.- En este contexto axiológico surge la creación del Registro Provincial de Deudores Alimentarios morosos (Ley Provincial 2333 modificada por la Ley 2885), como una medida de acción positiva que el Estado neuquino –a la par que gran parte de las provincias argentinas- ha concebido, teniendo en miras el interés superior de los niños, niñas y

adolescentes, con la finalidad de prevenir y sancionar la falta de cumplimiento de la obligación alimentaria y compeler al deudor a regularizar su situación.

La Ley 2333 (modificada por la Ley 2885) establece la creación del Registro cuyas funciones son: "a) Llevar un listado de deudores alimentarios morosos que adeuden total o parcialmente dos (2) cuotas alimentarias consecutivas o alternadas, en un período no superior a un (1) año calendario, sean provisorias o definitivas, fijadas u homologadas judicialmente, siempre que no haya resolución pendiente de incidente de disminución o cese de cuota alimentaria.

b) Expedir certificados de Libre Deuda Alimentaria a pedido de la parte interesada, trámite que puede efectuarse personalmente o vía Internet. c) Publicar, en junio y diciembre, en el Boletín Oficial de la Provincia el listado de deudores alimentarios morosos e informar a los Poderes del Estado para que lo publiquen en sus páginas web. En los restantes meses, se debe efectuar la publicación de las altas y bajas. d) Informar trimestralmente el listado de deudores alimentarios morosos a los organismos o dependencias del Estado provincial del área de Niñez, Adolescencia y Familia, y a los Juzgados del fuero. e) Articular con el Consejo Provincial de la Niñez, Adolescencia y Familia acciones tendientes a la sensibilización y concientización de la sociedad sobre los derechos de los niños/as y adolescentes." (Art. 2).

La inscripción en el Registro debe realizarse de oficio y sólo por orden judicial, mientras que la baja puede ser "de oficio o a petición de parte" (art. 3); y los juzgados deberán informar al Registro la condición de morosidad cuando "se adeuden total o parcialmente dos (2) cuotas alimentarias consecutivas o alternadas, en un período no superior a un (1) año calendario, sean provisorias o definitivas, fijadas u homologadas judicialmente, siempre que no haya resolución pendiente de incidente de disminución o cese de cuota alimentaria…" (art. 5).

La registración del deudor alimentario moroso se mantiene durante el lapso que el infractor no cumpla con la obligación alimentaria, para lo cual deben actualizarse las altas y bajas periódicamente.

Incluso se prevé la posibilidad de peticionar la suspensión temporal de la inscripción, la que puede acordar el juez, a fin de posibilitar el acceso del alimentante a una fuente de ingresos o actividad que permita el cumplimento de su obligación.

Asimismo, la ley prescribe algunos impedimentos que la inscripción registral conlleva. Así, se dispone que: a) Las instituciones y organismos públicos provinciales no pueden otorgar habilitaciones, concesiones, licencias o permisos, ni designar como funcionarios a quienes se encuentren incluidos en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (Artículo 7); b) El Banco Provincia del Neuquén S.A. y los organismos de fomento de la producción, para otorgar créditos, abrir cuentas corrientes, emitir o renovar tarjetas de crédito y realizar todo otro tipo de operaciones bancarias o bursátiles que la reglamentación determine, deben solicitar el Certificado de Libre Deuda Alimentaria (Artículo 8°); c) Los proveedores y contratistas del Estado provincial, para inscribirse en el Padrón de Proveedores del Estado, deben adjuntar el Certificado de Libre Deuda Alimentaria a sus antecedentes. En el caso de las personas jurídicas, este requisito debe ser cumplimentado por la totalidad de los integrantes de los órganos de dirección y administración (Artículo 9°); d) Quienes se encuentren inscriptos en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos no pueden ser candidatos a cargos electivos provinciales o municipales. Al momento de ser presentadas las listas de candidatos para su oficialización, los postulantes deben presentar el Certificado de Libre Deuda Alimentaria (Artículo 10°) e) Los Poderes Ejecutivo y Legislativo, entes autárquicos, descentralizados, empresas del Estado provincial y aquellas con participación estatal, el Tribunal de Cuentas y el Banco Provincia del Neuquén S.A., cuando designen autoridades, deben solicitarles el Certificado de Libre Deuda Alimentaria. El Consejo de la Magistratura debe solicitar el Certificado de Libre Deuda Alimentaria a los postulantes a magistrados o funcionarios, del Poder Judicial. En caso de no presentar el Certificado, el postulante no podrá participar en el concurso ni ser designado en el cargo (Artículo 11); f) El Poder Ejecutivo, previa designación de funcionarios que requieran acuerdo legislativo en función de manda constitucional, debe solicitar al interesado el Certificado de Libre Deuda Alimentaria, el que se incorporará al expediente que remite al Poder Legislativo para el acuerdo pertinente (Artículo 12); g) Para el otorgamiento, adjudicación o cesión de viviendas sociales construidas por la Provincia, el titular, cedente y cesionario deben presentar el Certificado de Libre Deuda Alimentaria (Artículo 8 bis); h) En los procesos sucesorios, los herederos deben presentar el Certificado de Libre Deuda

Alimentaria para disponer de los bienes de la herencia. Caso contrario, el Juzgado retendrá el bien o la totalidad de la suma adeudada en concepto de cuota alimentaria. (Artículo 11 bis), i) Para concretar actos de disposición de bienes registrables o constitución de derechos reales sobre estos, el titular del dominio debe presentar el Certificado de Libre Deuda Alimentaria. Si se trata de personas jurídicas, el Certificado se debe requerir a todos los integrantes de los órganos de dirección y administración. (Artículo 12 bis); j) Para solicitar la inscripción en el Registro Único de adoptantes (Artículo 14 bis).

Se posibilita la adhesión de los Municipios de la Provincia a la normativa, y, en tanto ello ocurra, se prescribe la obligatoriedad de la presentación del certificado de libre deuda alimentaria para la realización de simples trámites tales como la renovación u obtención de la licencia de conducir, la habilitación para realizar actividades comerciales, industriales o de servicios, u otros trámites que consideren pertinentes (Art. 14).

La creación del Registro persigue una doble finalidad; por un lado, busca prevenir el incumplimiento de los deberes asistenciales y por el otro, reparar la situación de desamparo en la que se encuentra el alimentado.

Para ello, utiliza diversas herramientas como a) la publicidad registral; mediante la inscripción de la condición de deudor moroso del infractor, lo que tiende a prevenir el futuro incumplimiento de otros alimentantes, b) restringir el acceso a determinados bienes o servicios, o establecer inhabilitaciones a fin de compeler al alimentante a cumplir con su obligación respecto del alimentado, c) acreditación de la condición de no inscripto en el Registro, para otorgar efectividad a las medidas coercitivas previstas para aquellos que sí lo están.

Como se advierte, esta normativa pondera el interés superior del niño, niña y adolescente a no ser privado de su desarrollo integral en virtud del incumplimiento del alimentante, lo que constituye un postulado que justifica axiológicamente la limitación de algunos derechos constitucionales en pos de lograr la observancia de la obligación asistencial respecto de aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Pero, aun considerando la importancia axiológica del bien jurídico que se intenta proteger con la legislación analizada, cabe avanzar en el examen de la proporcionalidad de los medios utilizados por el legislador para alcanzar dicho objetivo, en tanto toda restricción de derechos formulada en clave constitucional debe siempre responder a parámetros de razonabilidad (cfr. art. 28 de la C.N. y art. 18 de la C.P.).

IX.- Sabido es que la tarea del intérprete constitucional consiste en procurar la armonización de su texto, reducir al mínimo el conflicto de normas y fuentes, buscar coherencia en el ordenamiento normativo, ponderar los principios jurídicos aplicables y considerar las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos (cfr. Fallos 330:3098).

En este sentido, no puede afirmarse que los derechos reconocidos constitucionalmente sean ilimitados, sino que se encuentran sujetos a la reglamentación legal, en tanto la misma responda, como se ha señalado, a estándares de razonabilidad (art. 28 de la C.N.)

A propósito de ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho:"Nuestra ley suprema no ha reconocido derechos absolutos de propiedad ni de libertadsino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de su atribución legislativa lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar de la Nación, cumpliendo así por medio de la legislación los elevados propósitos expresados en el Preámbulo" (Fallos: 324:754).

La razonabilidad de las leyes y su forma de análisis ha sido ya expuesta por este Tribunal in re "Sejun" al afirmar que: "Se consagra así, en el texto constitucional, el principio de limitación que articula la relación recíproca entre ciertas competencias de los órganos estatales y los derechos de los particulares. Se pone en funcionamiento a través de sus dos modalidades: el subprincipio de reglamentación y el subprincipio de razonabilidad.

El subprincipio de reglamentación es una función de gobierno del legislador por la cual opera el principio de limitación de forma tal que los derechos de los particulares se restringen en favor del interés público.

A su vez, por el subprincipio de razonabilidad se limita a aquel. Es decir, así como no es absoluto el ejercicio de los derechos, tampoco es ilimitada la reglamentación que de ellos efectúe el poder estatal.

Al principio de razonabilidad también se lo denomina debido proceso legal sustantivo, especie del género debido

proceso legal. Es decir que se toma en cuenta lo relativo al fondo, contenido o sentido como patrón o estándar axiológico. Así, la incompatibilidad entre la Constitución y las normas infraconstitucionales se produce cuando estas últimas violentan el sentido de justicia establecido en las normas superiores. De este modo se vulnera la razonabilidad que debe ostentar toda norma que pretende validez constitucional.

La garantía del debido proceso sustantivo con respecto a la ley formal y formal-material es la que consiste en la exigencia constitucional de que las leyes deben ser razonables, es decir, que deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que como prestación o sanción establece dicho acto. (conf. Razonabilidad de las leyes, El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina, Juan Francisco Linares, pág. 31).

Y, "la intrincada cuestión de precisar cuándo una norma infraconstitucional es razonable o no es una cuestión práctica a determinar en cada caso. Como las normas constitucionales son de una generalidad suma y sólo establecen un marco, el legislador debe elegir las opciones que, a su juicio, son convenientes para cumplir con el programa que le marca la Constitución. En tanto que los jueces controlan que esta labor no sobrepase ese marco o programa".

Así entonces, cabe afirmar que "... El control de razonabilidad debe tener en cuenta: a) el fin público de la norma en cuestión; b) sus circunstancias justificantes; c) la adecuación entre el medio empleado y el fin propuesto; d) la ausencia de inequidad manifiesta" (conf. obra Derecho Constitucional Argentino, Humberto Quiroga Lavié, Miguel Angel Benedetti y María de las Nieves Cenicacelaya, Tomo II Pág. 808).

En este mismo orden, la C.S.J.N ha sostenido que el control de razonabilidad se da sólo sobre la proporcionalidad entre medios y fines y no sobre el mérito o eficacia de los medios utilizados por el legislador; pues los jueces no pueden sustituir el criterio de eficacia económica y social del Congreso. En otras palabras, "no corresponde a los jueces meritar si el medio elegido es el mejor, entre varios posibles, desde el ángulo técnico-social, es decir, si el elegido es o no el más eficaz. Le basta con que el medio elegido sea uno de los posibles y él tenga cierta proporcionalidad con el fin o sea, racionalidad técnico-social" (conf. Juan Francisco Linares, op. cit)." (del voto del Dr. Massei, al que adherí en Ac. 1/14).

X.- Sentados esos lineamientos, se advierte en este caso que, mediante la Ley
2885 (modif. de la Ley 2333), el Poder Legislativo Provincial ha ejercido la facultad de reglamentar el ejercicio de un amplio espectro de derechos constitucionales, a saber, a disponer libremente del patrimonio, a trabajar, a ejercer industria lícita, a ser elegido para desempeñarse en un cargo público –electivo o no-, a acceder a una vivienda, a la intimidad, a adoptar, a formar una familia, etc.

Como se ha señalado, las leyes que regulan derechos fundamentales deben ser razonables, y también debe serlo la interpretación que de esas leyes se haga.

Cuando el intérprete, jurista o juez, se propone determinar si una ley es razonable, tiene que empezar por averiguar cuáles fueron los motivos determinantes de índole técnico-social, que llevaron al legislador a sancionarla y cuáles fueron los fines que el legislador procuraba alcanzar mediante la ley.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia en oportunidad de fallar en los autos: "Rizzo Jorge Gabriel (Apoderado Lista 3 Gente de Derecho s/acción de amparo c/ P.E.N. Ley 26855 –medida cautelar" sostuvo: "la primer fuente de interpretación de la ley es su letra (Fallos: 307:2153; 312:2078 y 314:458, entre muchos otros) pero a ello cabe agregar que su comprensión no se agota con la remisión a su texto, sino que debe indagarse, también, lo que ella dice jurídicamente, dando pleno efecto a la intención del legislador, y computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 334:13)".

El examen de razonabilidad impone entonces, considerar los fines tenidos en cuenta por el legislador en oportunidad de sancionar la ley, y para ello, habrá que recurrirse a la discusión parlamentaria.

Así en oportunidad de tratarse en general el proyecto de ley –publicado en el Diario de Sesiones de la Honorable Legislatura Provincial (Período Legislativo XLII, 25º sesión ordinaria, Reunión Nro. 27, del 14 de noviembre de 2013- pág. 3869 y sgts.) el miembro informante de la Comisión de Desarrollo Humano y Social, Diputado Podestá (FREGRANE), dijo:

"Quien haya escuchado con atención el marco de la Ley, tendrá claro que la intención de esta Ley es que quienes no cumplen con esta responsabilidad primera, que es la de alimentar y dar las necesidades básicas a sus hijos, encuentren en la Provincia del Neuquén una situación que los haga reflexionar y los haga volver a la realidad. (…) La creación del Registro de Deudores Alimentarios tenía como objetivo generar una situación de dificultad hacia aquellos que incumplían. Este proyecto, habida cuenta de la experiencia -hasta aquí- llevada adelante por el Registro, hasta acá, tenemos, realmente, la necesidad de ajustar algunas cuestiones y es lo que estamos buscando con esta Ley."

Mas adelante manifestó: "Así, lo primero que debemos decir es que efectuamos la presentación del Proyecto atento a que distinguíamos dos inconvenientes en la efectividad de esta herramienta, el Registro de Deudores Alimentarios Morosos para evitar situaciones de incumplimiento del deber asistencial. Primero, la falta de registración de todos los deudores. Mirábamos en algunos artículos de los diarios la escasa, el escaso porcentaje de las causas que llegan al registro. De unas mil seiscientas causas que se inician cada año, sólo veinticinco llegaban al Registro de Deudores Alimentarios; las otras quedaban en los trámites legales sin cumplir con el objetivo a los que queremos llegar.

Y después, el segundo punto, la escasa repercusión en la actividad de las personas por el hecho de encontrarse en mora de cuotas alimentarias, incluso, encontrándose registrados como deudores alimentarios morosos pudiendo desarrollar todo tipo de actividades económicas sin inconvenientes ni trabas que los lleven a acogerse a la competencia del juez de Familia que correspondiera." (el subrayado me pertenece).

En igual sentido, la Diputada Mucci (FyPN) sostuvo: "Consideramos que es un Proyecto atinado que, verdaderamente, se le recortan o se le ponen algunas trabas más de las que ya tenía la Ley original. (…) Por lo tanto, sí creo que les estamos recortando muchos derechos pero también estamos dando la posibilidad de que sea el juez el que evalúe hacer una suspensión en ese Registro cuando sea en aras de conseguir una mejor situación socioeconómica para ese papá o mamá que debe seguir alimentando a su hijo."

A su vez, el Diputado Rojas (MID) agregó: "…Fue un Proyecto de mucha discusión, era muy difícil plantear cuál era el límite de esto, hasta dónde podíamos llegar. Yo creo que se llegó a un Proyecto muy interesante (…). Antes era muy rígida la Ley; ahora, siempre y cuando el peticionante, el interesado le puede pedir al juez que le levante la sanción todas las veces que sea necesario, antes la ley era muy estricta en eso, siempre y cuando demuestre que es para conseguir un trabajo y poder aportar. Y acá vuelvo a reiterar lo que yo dije en la anterior… en el anterior Proyecto, ¿no?, tener como esencia, como fundamental los derechos superiores del niño."

Más aún, en oportunidad de tratar el proyecto de ley en particular, analizando concretamente el artículo 11 bis (publicado en el Diario de Sesiones de la Honorable Legislatura Provincial - Período Legislativo XLII, 26° Sesión Ordinaria, Reunión Nro. 28, del 27 de noviembre de 2013, pág. 3971 y sgtes.), hubieron dos Diputados que presentaron objeciones al mismo. Uno de ellos -Diputado Baum (UNPO) en representación del ausente Diputado Escobar (MOLISUR)- propuso un agregado al texto, mientras que el diputado Gallia (PANUNE), propuso la eliminación del primer apartado del mismo, en el entendimiento de que, precisamente, configuraba una discriminación arbitraria hacia los abogados y peritos quienes tenían que requerir el certificado de libre deuda para cobrar sus honorarios.

Ninguna de las dos modificaciones fue aceptada por el resto de los Diputados.

Respecto a la eliminación sugerida por el Diputado Gallia, el Diputado Podestá dijo: "Como autor del Proyecto, señora presidenta, no comparto la observación, ninguna de las dos observaciones hechas al Proyecto. La idea es encontrar un camino por el cual todos aquellos que incumplan con su deber alimentario tengan, realmente, la obligación de encontrar una forma de resolución de su incumplimiento. Estaríamos excluyendo del espíritu de la Ley a un grupo particular que podría tener una escapatoria a tener que cumplir con esta obligación." (el subrayado me pertenece).

El debate parlamentario da cuenta de que los legisladores ponderaron los derechos constitucionales en juego, advertidos de las consecuencias que conlleva la registración. Sin embargo, optaron por fortalecer los términos de la ley estableciendo mayores restricciones que las existentes, en virtud de la escasa efectividad que la reglamentación anterior tenía para lograr el cumplimiento del deudor con su obligación asistencial.

Con ese fin, se ampliaron los supuestos en los cuales los ciudadanos deben acreditar su condición de no inscriptos en el Registro y, especialmente, se ponderó la situación de aquellos que regularmente perciben honorarios en causas

judiciales, inclinándose por exigir la acreditación de la condición de no inscripto en iguales condiciones que el resto de la ciudadanía.

Desde esta perspectiva, no aparecen como irrazonables las consecuencias derivadas de la inscripción registral, desde que por un lado, las limitaciones previstas no impiden el ejercicio de los derechos que se dicen afectados, sino sólo los restringen en la medida necesaria para proveer a la protección del bien jurídico tutelado, esto es, la protección integral del niño, niña y adolescente y, por el otro, las medidas allí dispuestas se enmarcan en el contexto de acciones positivas que el Estado tiene el deber de tomar, en aras de cumplir con las obligaciones asumidas en Pactos Internacionales, cuya violación genera la responsabilidad del Estado Argentino.

XI.1.- Luego, no puede sostenerse válidamente que se haya legislado una inhibición general de bienes para ser dispuesta en forma indiscriminada, desprovista de autoridad judicial que así la disponga y de caso judicial.

Conforme los citados artículos 2º, 3º y 4º de la Ley 2885, la inscripción registral sólo procede por orden judicial en el marco de un proceso alimentario que responde a los parámetros del debido proceso legal –tal como cualquier otra medida restrictiva de derechos- y respecto de quienes adeuden total o parcialmente, al menos dos cuotas alimentarias consecutivas o alternadas, en un período no superior a un año calendario.

Es decir, solamente un juez constitucional –y no los legisladores- puede disponer la inscripción de un infractor en el Registro de Deudores Alimentarios morosos, previa comprobación de los extremos que establece la legislación analizada.

Esta medida –que como hemos dicho tiene una función eminentemente tuitiva- pone en manos del juzgador una herramienta valiosa para constreñir al progenitor que se sustrae voluntariamente del deber asistencial y coloca a sus hijos en situación de desamparo, al cumplimiento puntual de uno de los deberes que le impone la responsabilidad parental.

Por su parte, la previsión del artículo 11 bis de la Ley 2885, también supone que sea un juez constitucional el que, previa comprobación de que el destinatario del pago no se encuentra inscripto en el mencionado Registro, libere la orden de pago. Caso contrario, deberá informar al juez que ordenó la inscripción para que proceda de conformidad con las peticiones que formulen las partes en el proceso alimentario.

Por el contrario, la inhibición general de bienes, regulada en el artículo 228 del CPCyC, es una medida precautoria dispuesta por orden judicial, que impide al destinatario vender o gravar bienes registrables y que surge como consecuencia de la falta de conocimiento de bienes del deudor para su embargo, o bien de la insuficiencia de los conocidos. (cfr. Arazi-Rojas, "Codigo Procesal Civil y Comercial de la Nación", tomo I, pág. 730).

Las diferencias existentes en el objeto de ambas medidas, así como su finalidad, alcance y procedimiento para hacerlas efectivas, eximen de mayores comentarios al respecto.

XI.2.- Tampoco se advierte vulneración alguna a los principios de igualdad e inocencia, en los términos alegados por los accionantes.

Las restricciones e inhabilidades que la ley prescribe son solamente aplicables a quienes, por su propia conducta se colocan en situación de infractores y, en tal medida, figuran inscriptos en Registro, no siendo pertinente –ni legal- extenderlas a aquellos ciudadanos que no figuren en él.

Ahora bien, como se desprende del debate que precedió al dictado de la ley, la única forma de hacer efectiva las restricciones e inhabilidades previstas –y por ende, lograr el objetivo coercitivo perseguido- es que, las autoridades públicas que allí se nombran –todas del orden Provincial- requieran a todo aquel que formule las peticiones o pretenda realizar algún acto de los allí previstos –vgr. acceder a créditos, viviendas, inscribirse como adoptante, postularse a cargos públicos electivos y no electivos, percibir honorarios y sumas de dinero debidas en juicio por cualquier concepto, etc. –la presentación de un certificado que acredite su condición de no inscripto.

Esta exigencia –presentación del certificado de libre deuda- es para todos los ciudadanos en igualdad de condiciones que formulen las peticiones o lleven a cabo los actos previstos legislativamente y, es una consecuencia de su calidad de tal; una carga que la sociedad pone en cabeza de todos los ciudadanos, dado que existe un interés público en proteger a los más vulnerables en sus derechos asistenciales.

Se advierte, entonces, que el criterio utilizado por el legislador para establecer quiénes serán alcanzados por la exigencia, es netamente objetivo. En efecto, no se funda –como lo alegan los actores- en criterios subjetivos, estableciendo categorías diferenciadas de sujetos en virtud de su profesión –para el caso, abogados- sino que, por el contrario, se mencionan aquellos actos para cuya realización es necesaria la previa acreditación de no encontrarse inscripto como deudor alimentario moroso.

La medida allí prevista comprende a todos aquellos que tengan a percibir sumas de dinero en juicio –provengan éstos de créditos por honorarios o tengan otro origen- y la igualdad que impone el art. 22 de la Constitución Provincial se refiere a la "igualdad entre iguales".

La doctrina reiterada de la Corte Suprema ha sostenido que la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias; en consecuencia, la comparación con el resto de los profesionales que perciben honorarios en forma extrajudicial o los pagos que pueden darse entre particulares por cancelación de deudas en forma privada, es desacertada.

La comparación debe realizarse entre todos aquellos que deban percibir sumas de dinero judicialmente, cualquiera fuera su origen y, en este contexto, fácil es aprehender que, todos estos sujetos se encuentran alcanzados por la restricción, puesto que la ley pone el acento en la acción –percepción de un crédito mediante vía judicial- y no en los sujetos que la ejecuten.

De ello no se sigue, entonces, que exista un compromiso al principio de "igualdad ante la ley".

Tampoco se advierte que la exigencia de acreditación del certificado de libre deuda, importe una violación al principio de inocencia o que la ley presuma que el infractor inscripto está incurso en el delito previsto en el artículo 1° de la Ley 13.944.

El tipo penal en tratamiento exige más que el mero incumplimiento objetivo –considerado para lograr la inscripción registral-.

En efecto, "debe existir una conducta omisiva dolosa que deviene del cumplimiento efectivo del verbo núcleo de la acción: substraerse. (…) El elemento subjetivo se manifiesta a través del accionar de una conducta deliberada e intencionada tendiente a perfeccionar el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, por medio de una omisión consciente, que se traduce en la substracción requerida por el tipo". (cfr. Carrizo, Rubén Omar "Ilícitos penales como producto de las relaciones de familia", La Ley, Buenos Aires, dic. 2000, pág. 146/148).

De suerte tal que puede acontecer que se ordene la inscripción de un alimentante deudor moroso –siempre que se cumplieran los extremos exigidos por el artículo 4 de la Ley 2885- que no se encuentre incurso en el tipo penal descripto, puesto que su incumplimiento haya derivado de circunstancias que obstaren al dolo o, se compruebe la existencia la impedimentos, entendidos como "causales de hecho o de derecho que imposibilitaron al agente a la prestación del deber asistencial, sin que éste tomara parte de modo alguno en la provocación de dicha situación que obstaculiza el cumplimiento de la obligación". (opus cit. pág. 148).

Ello sumado a que la acción prevista para este tipo penal es dependiente de instancia privada, en cuyo caso el Ministerio Fiscal está impedido de ejercer el poder de la acción, y su titularidad pasa plenamente al particular ofendido quien tiene el derecho exclusivo del ejercicio y disposición de la acción, mediante la interposición de la correspondiente querella o denuncia penal (art. 76 C.P.).

XI.3.- Las alegaciones de los actores se diluyen si se considera que, para la aplicación de la restricción prevista en el artículo 11 bis primer apartado de la Ley 2885, no se requiere la adjunción del pertinente certificado al proceso ya que es el órgano judicial el que verifica, de oficio, la ausencia de inscripción en el Registro del destinatario de la orden de pago, en forma previa al libramiento de fondos judiciales, compulsando el listado que al efecto, remite cada quince días el pertinente Registro (cfr. punto 5 del Acuerdo 5119, punto 5, del 19-03-2014) y hasta tanto, se habilite la consulta on-line.

No cabe soslayar que la imposibilidad de liberar pagos judicialmente, sin antes cerciorarse de que el destinatario no es un infractor del deber asistencial, se encuentra encaminada a conminar a quien está en esa situación a cumplir con la obligación alimentaria, de suerte que, no pueda sustraer su patrimonio –aún cuando éste sea de carácter alimentario,

como los honorarios- en desmedro del alimentado, quien verá limitado su desarrollo integral por la ausencia de la prestación que le corresponde.

Frente a ello, la incomodidad de esperar el cotejo con el listado de los inscriptos que realiza el órgano judicial antes de librar los fondos constituye una mera restricción al ejercicio de los derechos que no alteran su esencia ni vulneran los principios constitucionales.

XII.- En definitiva, en la causa, no se ha logrado acreditar que la disposición atacada haya vulnerado el principio de razonabilidad –proporcionalidad de medios y fines- consagrado en el art. 18 de la Constitución Provincial; las restricciones establecidas aparecen como adecuadamente proporcionales al fin coercitivo y tutelar de los derechos alimentarios del niño, niña y adolescente que se persigue y, por lo demás, tampoco se advierte que se hayan alterado, degradado o violentado los derechos patrimoniales, el principio de inocencia o la igualdad ante la ley.

La protección integral del niño, niña y adolescente exige la adecuación de la legislación vigente a los estándares establecidos en los Tratados internacionales y las Constituciones vigentes, y en ese camino, los Estados partes deben garantizar medidas de acción positiva a los fines de lograr la efectividad de los derechos reconocidos a aquéllos que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

En este sentido, la creación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos –y en especial, la obligación prevista en el art. 11 bis de la Ley 2885- guarda perfecta armonía con la Convención de los Derechos del Niño, por lo que no se observa que exista lesión constitucional alguna, lo que no implica que su regulación se encuentre agotada en orden a lograr la aspiración de máxima protección posible.

Por todo ello, entonces, propicio el rechazo de la demanda en todas sus partes.

Las costas, en tanto no se encuentran motivos para apartarse del principio general contenido en el art. 68 del CPC y C (de aplicación supletoria) deberán ser soportadas por la parte actora vencida (art. 68 del CPCyC). MI VOTO.

El Señor Vocal Doctor Ricardo Tomás Kohon, dijo: adhiero al criterio sustentado por el Vocal que me precede en el orden de votos, por lo que me pronuncio en igual sentido.

MI VOTO.

La señora Vocal Doctora María Soledad Gennari dijo: adhiero a la postura sustentada por el Señor Vocal que abre el Acuerdo, por lo que emito mi voto en igual sentido. MI VOTO.

El Señor Vocal Doctor Alfredo Elosú Larumbe dijo: por adherir al criterio del Dr. Moya es que voto del mismo modo. MI VOTO.

El Señor Vocal Doctor Oscar E. Massei dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Moya, por lo que emito mi voto en idéntico sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Rechazar la acción de inconstitucionalidad planteada por los Dres. Eduardo Del Rio y Gastón Rambeaud contra la Provincia del Neuquén; 2°) Imponer las costas a la actora vencida (art. 68 CPCyC, de aplicación supletoria); 3°) Regular los honorarios de la Dra. ..., apoderada de la demandada, en la suma de $12.280.- y los del Dr. ..., Fiscal de Estado, en la suma de $30.700. (arts. 6, 10, 36 y cctes. de la Ley 1.594); 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

Dr. EVALDO DARIO MOYA - Presidente. Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI - Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI - Dr. ALFREDO ELOSU LARUMBE

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

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

"VAZQUEZ CLARINDA ROSA Y VAZQUEZ SEBASTIAN RENE C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3838/2012) – Acuerdo: 02/16 – Fecha: 25/07/2016

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de inconstitucionalidad.

OBRA SOCIAL PROVINCIAL. AFILIACION. AFILIADOS ADHERENTES. PERSONAS CON DISCAPACIDADES. ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. IMPROCEDENCIA.

1.- Corresponde rechazar la demanda incoada por personas con discapacidad y afiliados adherentes a la obra social provincial, en la que solicitan la declaración de inconstitucionalidad (en los términos de la Ley Provincial 2130) contra una Resolución que consideran constituye una discriminación para su condición, en tanto exige la presentación de una declaración jurada en la que se manifeste, al momento de solicitar su afiliación, si posee alguna de las afecciones que allí se mencionan, dejando al arbitrio de la Obra Social la decisión de incorporarlo o no como afiliado adherente; pues el planteo tiene una deficiente fundamentación y, sustancialmente, porque la norma no configura un cercenamiento de los derechos de las personas con discapacidad.

2.- Una acción de inconstitucionalidad requiere que el planteo por el que ella se presenta a la consideración del Tribunal contenga un debate constitucional fundado, con seriedad en el sistema de normas que integran el bloque de constitucionalidad que rige la vida de nuestra comunidad. No basta con que el demandante invoque la afectación de garantías constitucionales si el planteo formulado no presenta la envergadura y razonable vinculación argumental que requiere una presentación de esta naturaleza.

Texto completo:

ACUERDO N°_2. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los veinticinco días del mes de julio del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo el Tribunal Superior de Justicia con la Presidencia de su titular Doctor EVALDO DARIO MOYA, integrado por los señores Vocales Titulares, Doctores RICARDO TOMAS KOHON, OSCAR E. MASSEI, MARÍA SOLEDAD GENNARI y ALFREDO ELOSÚ LARUMBE, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Doctora LUISA A. BERMUDEZ, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "VAZQUEZ CLARINDA ROSA Y VAZQUEZ SEBASTIAN RENE C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD", Expte. Nº 3838/12, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor Evaldo Darío Moya dijo:

I.- A fs. 9/17 se presentan Clarinda Rosa Vázquez y Sebastián René Vázquez, por derecho propio y el patrocinio de este último y promueven acción autónoma de inconstitucionalidad en los términos de la Ley Provincial 2130, contra la Resolución Nro. 897/12 Anexo X de fecha 15 de junio de 2012 dictada por el Consejo de Administración del Instituto de Seguridad Social del Neuquén.

Relatan que a raíz del convenio celebrado entre el Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén y el Instituto de

Seguridad Social de Neuquén (en adelante, ISSN), son afiliados adherentes a dicha Obra Social Provincial, gozando de las prestaciones asistenciales en igualdad de condiciones que los afiliados directos obligatorios. Asimismo, manifiestan que ambos tienen discapacidades conforme lo acreditan con sendos certificados expedidos por el JUCAID: el Sr. René Vázquez (Legajo Nro. 9635) presenta una ceguera bilateral irreversible y la Sra. Clarinda Vázquez (Legajo Nro. 2663), tiene artritis reumatoidea y ostopenia.

Refieren que con fecha 15 de junio de 2012 el Consejo de Administración del ISSN, dictó la Resolución Nro. 897/12 que aprobó un nuevo régimen de Incorporación de Afiliados y Beneficiarios de dicha Obra Social y cuyo Anexo X, estableció un listado de patologías excluyentes de afiliados adherentes autónomos.

Transcriben la normativa en cuestión:

"Anexo X: Listado de patologías excluyentes de afiliados adherentes autónomos.

Si el POSTULANTE VOLUNTARIO es portador de cualquiera de las siguientes afecciones NO podrá solicitar a esta Organización, ISSN, que considere su solicitud de afiliación."

A continuación se enumeran las afecciones, a saber:

"Antecedentes de cirugías vasculares centrales y/o periféricas, como plásticas coronarias, by pass aorto-coronario y/o periférico, cirugías vasculares periféricas/ cirugía vascular de SNC. Cardiopatías isquémicas/ cardiopatías congénitas/ coronariopatías crónicas/ vasculitis centrales y/o periféricas. Autismo del niño y del adulto. Artritis reumatoidea/ poliartritis. Bronquitis crónica. Cáncer diagnosticado en los últimos 5 años. Ceguera. Colagenopatías específicas. Celiaquía. Cirrosis hepatobiliar. Colitis ulcerosa. Diabetes tipo I tipo II. Dermatomiositis. Esclerodermia. Discapacidad: motriz, senso-perceptiva, intelectiva superior. Embarazo. Enfermedad de Crohn. Enfermedad de Goucher. Enfermedad de Pager. Enfermedad infecto contagiosa. Enfermedad neurometabólica. Enfermedad psiquiátrica (depresión, esquizofrenia. Trastornos alimentarios (anorexia bulimia) TOC/Droga dependencia, etc. Enfermedad de Von Willebrand. Enfermedades degenerativas de SNC y/o periférico. Esclerosis múltiple. Epilepsia. Epoc grave. Grandes post politraumatizados. Hemofilias. Hepatitis C. Hipoacusia. Hidrocefalia. Insuficiencia renal. Linfopatías. Hemopatías malignas. Lupus. Enfermedad de Chagas. Miastenia Gravis. Mieloma Múltiple. Obesidad. Osteoporosis. Pacientes anticuagulados. Enfermedad de Parkinson." (Resolución 897/12, Anexo X).

Afirman que no han podido lograr que la Obra Social les haga entrega de una copia de dicha Resolución y sus anexos, ni tampoco han podido ubicar su publicación. Indican que en el Boletín Oficial de la Provincia se les informó que, al 15 de junio de 2012 no existía publicación de la Resolución 897/12.

Mencionan que la normativa en cuestión viola las Leyes Nacionales 22.431 (Sistema de protección integral de los discapacitados); 23.592 (Actos discriminatorios); 23.660 (Obras sociales); 23.661 (Creación del sistema Nacional del Seguro de Salud); 24.193 (Trasplante de órganos y materiales anatómicos); 24.515 (Creación del INADI); 24.754 (Medicina Prepaga- Prestaciones obligatorias); 24.901 (Sistema de Prestaciones Básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las Personas con discapacidad); 25.280 (Ley de aprobación de la CONVENCION INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD); 25.404 (Adopción de medidas de protección para las personas que padecen epilepsia); 25.649 (Medicamentos genéricos); 25.682 (Personas con baja visión. Uso del bastón verde); 26.378 (aprueba la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo); 26.396 (Trastornos Alimentarios); 26.480 (Sistema de prestaciones básicas para las personas con Discapacidad); 26.588 (Celiaquía); 26.682 (Marco regulatorio de la medicina Prepaga); 26.689 (Enfermedades poco frecuentes) y 26.529 (Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud). Así como también las Resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación Nro. 801/01 Enfermedades Cardiovasculares; 675/09 CIF; 695/09 Diabetes, 742/09 Obesidad y 102/11 Celíacos; Disposiciones del Servicio Nacional de Rehabilitación, Disposiciones Nro. 577/03 Renales, 1839/07 Artritis, 929/09 Trastorno del Estado de ánimo, 930/09 Esquizofrenia, 1208/09 Esclerosis, 172/12 Motores y 171/12 Mentales.

Afirman que, principalmente, vulnera la Ley Nacional 26.378 –que aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo (aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13/12/2006)- cuyo artículo 25 consagra el derecho a la salud de las personas con discapacidad.

Entienden que según lo prescribe el artículo 31 de la Constitución Nacional y la Ley 26.378, la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, son de aplicación en todas las partes de los Estados Federales (art. 4 inc. 5), entre los cuales se encuentra la Provincia del Neuquén.

Además, refieren que la interpretación de la Convención a la que deben ceñirse los Estados partes, es aquella que haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme lo sostuvo dicho Tribunal en el caso "Almonacid Arellano c/Chile, O.C. 26/09/2006".

Con posterioridad realizan una transcripción desordenada de algunos artículos de la citada Convención y reproducen en forma confusa referencias doctrinarias extraídas de textos editados que aluden al control de convencionalidad y de constitucionalidad.

Luego se detienen a considerar el artículo 25 de la Convención, en cuanto prescribe que los Estados partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad, lo que encierra, a su juicio, dos premisas importantes: a) que la discapacidad no es una enfermedad, y b) que el derecho a la salud es independiente de la discapacidad que se posea y cualquiera fuera el grado de la misma.

Afirman que la Convención hace hincapié en la "ausencia de discriminación por motivos de discapacidad", lo que define como cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo de las personas con discapacidad.

Refieren que la Convención parte de un "concepto social" de la discapacidad al definir a las personas con discapacidad como aquellas que "tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales, o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás" (art. 2°).

De esta manera explican, con cita de la Dra. María Silvia Villaverde, la discapacidad es concebida desde un nuevo paradigma, que desplaza al "modelo médico" sustituyéndolo por el "modelo social y de derechos".

Cuestionan los términos de la normativa atacada, ya que insisten en que no son "personas enfermas" o con una "patología discapacitante", sino "personas con discapacidad" que pueden enfermarse como cualquier otra y que necesita tratarse y curarse a los efectos de poder gozar de un nivel de vida adecuado, en virtud de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, teniendo el mismo derecho a la salud que el resto de la población.

Posteriormente, enumeran los artículos de la Constitución Nacional que estiman vulnerados (arts. 8 y 28) y los de la Cimera Provincial (18, 19, 21, 22 y 50), limitándose a transcribir su texto.

Mencionan que el ISSN incumple con las obligaciones impuestas por la Ley 26.682 en tanto dispone que "los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la presente ley deben cubrir como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, el Programa Médico Obligatorio vigente según Resolución del Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad prevista en la Ley 24.901 y sus modificatorias".

Citan jurisprudencia que estiman aplicable referida al control difuso de constitucionalidad respecto de restricciones impuestas a los afiliados adherentes a obras sociales y empresas de medicina prepaga.

Fundan en derecho. Ofrecen prueba. Hacen reserva de caso federal y de ocurrir ante el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad previsto por la Convención para denunciar una violación del Estado Argentino. Finalmente, formulan petitorio solicitando se haga lugar a la presente acción y se declare la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la Resolución Nro. 897/12 contra el ISSN, con expresa imposición de costas.

II.- A fs. 19/20 obra dictamen del Sr. Fiscal General que propicia la declaración de admisión del proceso.

III.- A fs. 25, en atención a la manifestación de los accionantes respecto de la falta de publicación de la normativa impugnada, se intima a la demandada que en el término de 5 días de notificada acompañe copia certificada de la Resolución 897/12 y sus anexos, e informe si ha sido publicada en el Boletín Oficial de la Provincia, y en su caso, indique

fecha y número de la edición pertinente.

A fs. 139, se hace saber a los actores que en el Boletín Oficial Nro. 3307 se publicó la Resolución 897/12 y la Disposición Nro. 1070 de fecha 12/07/12 que modifica el título y el primer párrafo del Anexo X del Régimen de Afiliados y Beneficiarios del ISSN.

A fs. 143 los actores se manifiestan respecto de la modificación de la normativa que tachaban de inconstitucional, ampliando la demanda respecto de la Disposición Nro. 1070/12 por entender que ésta también vulnera los derechos constitucionales y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Estiman que la nueva fórmula empleada en la Disposición 1070/12 igualmente incurre en discriminación, dado que una persona con discapacidad deberá manifestar al momento de solicitar su afiliación si posee alguna de las afecciones que allí se mencionan, cosa que no se le exige a otro postulante que no las padezca, de suerte tal que existen dos clases de postulantes: los "sanos" y "las personas con afecciones discapacitantes".

Asimismo, interpretan que la normativa permite dejar al arbitrio de la Obra Social la decisión de incorporarlo o no como afiliado adherente, lo que implica, a su criterio, un previo estudio del postulante que conlleva a una discriminación "por motivo de discapacidad", que contraría los artículos 2 (discriminación por motivos de discapacidad), artículo 3 (principios generales de la Convención) y artículo 4 (obligaciones de los Estados partes) de la citada Convención.

Adunan que la Disposición 1070/12 viola la Ley 23.592 que penaliza los actos discriminatorios, cuyo artículo primero transcribe.

Por último, insiste en la vulneración de los artículos 8 y 28 de la Constitución Nacional y los artículos 18, 19, 21, 22 y 50 de la Provincial, los que transcribe.

IV.- Mediante R.I Nro. 12/13 se declara la admisión del proceso.

A fs. 154 se corre traslado de la demanda al Sr. Fiscal de Estado y al ISSN.

El primero de los nombrados toma intervención en los términos del artículo 1° la Ley 1575 (cfr. fs. 158).

A fs. 165/170 vta. obra contestación del ISSN, el que luego de realizar algunos reconocimientos y negaciones de los hechos que se le atribuyen en la demanda, relata su versión de los hechos, defiende la constitucionalidad de las normativas impugnadas y solicita el rechazo de la acción intentada fundado en cuestiones formales y sustanciales.

En primer lugar, aclara que los beneficiarios voluntarios (adherentes autónomos) son aquellas personas que solicitan su ingreso a la obra social, siempre que ésta acepte afiliados externos –tal el caso del ISSN-. Agrega que los admitidos bajo esta modalidad, deben abonar una cuota, cuyo monto depende del plan elegido y de la cantidad de integrantes del grupo familiar que se incorporen a la cobertura.

Explica que a diferencia de los beneficiarios obligatorios, la admisión de los voluntarios por parte de las obras sociales funciona de manera similar a como lo hacen las empresas prepagas, esto es, las obras sociales tienen derecho a aceptar o rechazar al postulante voluntario. Sin embargo –continúa- una vez admitido su ingreso, el afiliado goza de todos los beneficios del PMOE y otras coberturas obligatorias, sin carencias ni restricciones, al igual que el resto de los beneficiarios.

En este contexto, insiste, el ISSN garantiza el derecho del usuario de gozar de una adecuada protección de su salud en igualdad de condiciones con todas las demás personas, se encuentre enfermo o no, sin verse obligado a abonar por ello un precio diferenciado en virtud de su enfermedad.

Afirma que los accionantes incurren en un error de interpretación por partida doble al solicitar la inconstitucionalidad de las normativas citadas.

Al referirse al primero de ellos, indica que los accionantes interpretan que la discriminación viene dada porque las personas con discapacidad deben declarar su condición ante la Obra Social, no siendo ello requisito para las personas "sanas". Sin embargo, tal interpretación es equivocada ya que a todos los adherentes voluntarios autónomos sin distinción se les solicita como requisito para ingresar como afiliado que completen el formulario contenido en el anexo X y XI del reglamento. Agrega que el requisito es exigido para que la Obra Social tome conocimiento de alguna afección preexistente.

Aduna que si bien el ISSN no se encuentra adherido a la Ley Nacional de Medicina Prepaga (Ley 26.682 promulgada

en mayo de 2011), la misma es de orden público y en su artículo 10 faculta a las empresas de medicina prepaga a solicitar una declaración jurada del usuario respecto de las enfermedades preexistentes.

Refiere que los actores incurren en un segundo error al interpretar que se deja al arbitrio del ISSN la decisión de admitir o no al interesado, lo que importaría una "discriminación por motivo de discapacidad".

Afirma que no es esa la finalidad de la declaración jurada que deben presentar los postulantes, sino que el requisito es exigido a los fines de analizar en un contexto global su solicitud, para establecer el tipo de cobertura a brindarle al potencial afiliado, pero que de ningún modo se encuentra vinculado con la admisión del postulante.

Afirma que la Ley Nro. 611 de creación del ISSN, en su artículo 97 instituye que el Consejo de Administración del ISSN es el encargado de determinar la forma y condiciones para la admisión de los afiliados adherentes y los beneficios a los que tendrá derecho.

Puntualiza que, a su vez, el artículo 100 establece que los afiliados serán beneficiarios de los servicios y prestaciones de salud y asistenciales, en tanto cumplan con las disposiciones de esta ley, su reglamentación y demás disposiciones. En este contexto, continúa explicando, se aprobó la Resolución 1070/12, que establece requisitos para la admisión. Pero, dice, de ello no se sigue que se rechacen las afiliaciones por motivos de "discapacidad".

Asegura que una cosa es que se imponga como requisito formal el deber de declarar enfermedades preexistentes para admitir a un afiliado voluntario nuevo y otra es interpretar que el ISSN va a utilizar un criterio discriminatorio para rechazar la solicitud.

Señala que desde la perspectiva del análisis de la normativa en abstracto, no surge que el Anexo X esté en contradicción con la letra de la Constitución.

Prueba de ello es que, dice, los demandantes no han adjuntado ni ofrecen prueba tendiente a demostrar que el ISSN luego de sancionado el nuevo reglamento haya rechazado una solicitud por enfermedad preexistente del adherente autónomo.

Refiere que el ISSN una vez que admite a un adherente autónomo como afiliado, no cobra un aporte diferencial por las enfermedades preexistentes, aun cuando se encuentra autorizado a hacerlo en virtud de la Ley Nacional citada, esto demuestra, a su juicio, la ausencia de discriminación en el trato que depara la Obra social a sus afiliados.

Un segundo eje de análisis lo aborda desde la perspectiva formal, entendiendo que la acción intentada carece del requisito de una fundamentación clara, expresa y concreta que exprese de qué forma la sanción del nuevo régimen de afiliaciones vulnera los principios constitucionales que sólo enumera.

Expone que de la demanda presentada surge que el agravio constitucional alegado consiste en el cercenamiento del derecho de admisión en la obra social del ISSN por motivos de discapacidad, pero la fundamentación de tal tacha se circunscribe a la transcripción de innumerable legislación –que sólo enuncia- sin argumentar de qué forma se producen las violaciones constitucionales que denuncia.

Concluye haciendo reserva del caso federal, ofreciendo prueba y solicitando se rechace la acción intentada con costas a los actores.

V.- A fs. 173 se abre la causa a prueba por el plazo de 30 días. Sustanciada la misma, se procede a clausurar el período probatorio y se pasan los autos en vista al Sr. Fiscal, en virtud de lo dispuesto por el artículo 5.5. de la ley 2130.

VI.- A fs. 255/262 obra dictamen del Sr. Fiscal General quien propicia el rechazo de la acción intentada por estimar que no se advierte que la reglamentación, analizada en abstracto y mediante un esfuerzo interpretativo razonable, no logre sobrepasar el tamiz de constitucionalidad requerido.

Agrega que no desconoce que en un caso concreto -por ejemplo, que se denegara una afiliación motivada en la existencia de discapacidad en el postulante-, podría vulnerarse la Constitución, pero ello sería objeto de análisis en el marco de otro proceso, a través del control difuso de la constitucionalidad del acto denegatorio.

VII.- A fs. 263 se dicta la providencia de autos, que a la fecha se encuentra firme y consentida, y que coloca a estas actuaciones en condiciones de sentenciar.

VIII.- Conforme se ha expedido este Tribunal en reiteradas oportunidades, cada vez que debe ser árbitro final de la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales provinciales, la tarea aparece ardua y compleja, habida

cuenta que la resolución que se adopte, trasciende la esfera particular de los involucrados directamente en el proceso, para influir sobre la comunidad toda.

Sin lugar a dudas, toda declaración de inconstitucionalidad, constituye una de las más delicadas funciones a cargo de un Tribunal de Justicia.

"Hasta arribar a ese extremo (declaración de inconstitucionalidad), el itinerario a seguir debe dejar margen a una interpretación conciliadora que permita entender a la norma con un alcance 'no inconstitucional', o sea, a la inversa, con un alcance que la engarce congruente y satisfactoriamente en y con la Constitución, porque con ello se preserva el orden jurídico constitucional y porque esta postura guarda coherencia con el precepto general que regla la presunción de constitucionalidad de los actos legislativos y ejecutivos; que hace que quien alegue la inconstitucionalidad de una norma deba probarlo" (cfr. en igual sentido, Linares Quintana, "La Constitución Interpretada", p. XIX, Ed. Depalma, 1960).

En esta última línea, la interpretación constitucional supone partir de la base que la Constitución es un todo armónico no escindible, que no puede fraccionarse en su intelección.

Así, como toda Constitución formal, el texto local se presenta, al decir de Bidart Campos, como un complejo normativo que obliga a interpretarla como conjunto, esto es, a correlacionar y coordinar unas normas con otras, por formar todas ellas parte de una unidad normativa (o plexo) coherente; presenta, además, a sus cláusulas o normas, con una generalidad y apertura tales, que habilitan la realización de opciones legislativas múltiples, extremo que si bien es cierto no autoriza a afirmar que cualquier solución es compatible con la Constitución, evidentemente determina un amplio campo de elección entre las posibles alternativas.

La pretensión ha sido deducida por los actores en el específico y extraordinario ámbito de la acción autónoma de inconstitucionalidad, caracterizada por la derogación con alcance general de la norma contraria a la Constitución Provincial (art. 16 de la Constitución Provincial).

El particular efecto abrogatorio que se acuerda al pronunciamiento determina que el examen constitucional deba ser aún más riguroso y estricto, en punto a la verificación del cumplimiento de los recaudos formales y sustanciales establecidos en la Constitución y reglamentados por la Ley 2130.

En este orden, para que proceda la "acción de inconstitucionalidad" (enmarcada en el sistema de control concentrado y no difuso de constitucionalidad), debe ser claro que la norma que se impugna es violatoria de la Constitución Provincial.

Luego, es decisiva la demostración de la violación constitucional y que ésta lo sea, no con relación a cualquier manda, sino a una expresamente contenida en la Norma Fundamental Provincial porque de lo que se trata justamente es de mantener la supremacía de la Constitución Provincial. Nuestra Ley Suprema Provincial ha establecido un sistema de abrogación consecuente con el principio de supremacía de la Constitución.

Desde esta perspectiva, se analizará el planteo formulado por los actores.

IX.- De la lectura del escrito inicial se desprende que los accionantes, demandan la declaración genérica de inconstitucionalidad del Anexo X de la Resolución Nro. 897/12 dictada por el Consejo de Administración del ISSN, en tanto establece un régimen de afiliaciones para adherentes a la Obra Social que consideran discriminatorio para las personas con discapacidad.

Al momento de su presentación los actores declararon que la normativa no se encontraba publicada, lo que motivó que, de oficio, se ordenara a la demandada que se manifestara sobre tal punto.

La Obra Social informó que la Resolución 897/12 y sus respectivos anexos, se encontraban vigentes a partir de su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia Nro. 3307 (del 20 de julio de 2012), pero señaló que sus términos –específicamente el Anexo X- fueron modificados por la Disposición 1070/12, publicada en el mismo boletín.

Advertida la parte actora de la modificación acaecida respecto de la norma cuestionada, insistió que la misma configuraba una discriminación para las personas con discapacidad y amplió su demanda contra la Disposición 1070/12.

Es por ello que el análisis requerido debe circunscribirse a la inconstitucionalidad del Anexo X de la Resolución 897/12

con las modificaciones introducidas por la Disposición 1070/12.

X.- Delimitado así el campo de análisis cabe abordar el mismo, en primer lugar, desde una perspectiva formal.

En este sentido es preciso señalar que, examinados los términos de la demanda, surge que la misma no reúne los extremos necesarios, que constituyen los pilares de la acción autónoma intentada.

Esto así por cuanto los accionantes: a) no logran fundamentar acabadamente de qué forma se produce la inconstitucionalidad alegada; y b) solicitan la abrogación de todo el Anexo X pero circunscriben su argumentación a la "personas con discapacidad", sin reparar que la normativa en cuestión legisla también sobre otras patologías y estados cuya constitucionalidad no está debatida.

X. a) Con respecto a la exigencia de una adecuada fundamentación de la acción este Tribunal ha sostenido que en este tipo de demandas y atento a la pretensión abrogatoria de la norma cuya inconstitucionalidad se solicita "no basta con invocar una garantía alojada en nuestra Carta Magna, ya que la simple mención de un precepto no es suficiente para lograr una adecuada fundamentación. Por el contrario, en la argumentación debe dejarse en claro, de qué manera la norma que se impugna es violatoria de la Norma Fundamental Provincial" (cfr. Ac. 293/93, 344/97 y 355/95).

En sustento del planteo efectuado en la demanda, los actores remiten y reproducen textualmente decisiones arribadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, citan articulados de las normas nacionales y específicamente de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la que prácticamente transcriben en su totalidad.

Pero, al momento de fundar la inconstitucionalidad, no expresan las razones, los alcances o las implicancias que cada uno de los artículos citados tiene con relación a la normativa objetada, pese a que la naturaleza de la cuestión exigía el reconocimiento y evaluación de las interpretaciones posibles a los fines de demostrar la incompatibilidad denunciada.

En ningún lugar de la demanda se explica, con la profundidad que amerita el tema introducido, de qué forma el Anexo X impide o dificulta en grado discriminatorio la postulación de las personas con discapacidad como afiliados adherentes voluntarios, ni se logra argumentar en torno a que la exigencia –considerada en abstracto- configura una barrera que obstaculiza el acceso o la participación de las personas con discapacidad en el sistema de salud.

De esta forma se observa una ausencia de conexión entre las normas constitucionales invocadas y la cuestión planteada, una fundamentación aparente que impide abordar con seriedad y calidad argumental el análisis pretendido, no siendo tarea de los jueces suplir el déficit de las partes en este aspecto.

Huelga recordar que una acción de inconstitucionalidad requiere que el planteo por el que ella se presenta a la consideración del Tribunal contenga un debate constitucional fundado, con seriedad en el sistema de normas que integran el bloque de constitucionalidad que rige la vida de nuestra comunidad. No basta con que el demandante invoque la afectación de garantías constitucionales si el planteo formulado no presenta la envergadura y razonable vinculación argumental que requiere una presentación de esta naturaleza.

Luego, considerando que la pretensión de la actora en cuanto se circunscribe a una mera exposición dogmática relativa a la aparente afectación de un principio constitucional que no termina de ser explicado con la profundidad y solidez que exige el control centralizado de constitucionalidad, la misma debe ser desestimada.

X. b) A igual solución se arriba si se analiza la pretensión desde el punto de vista del efecto que se pretende con la declaración.

Es oportuno señalar que la especial consecuencia abrogatoria que apareja la declaración de inconstitucionalidad dentro del marco de la acción autónoma exige que exista una adecuada correlación entre el cuestionamiento constitucional que se efectúa y el resultado pretendido.

Ello así por cuanto si prospera el planteo de constitucionalidad tal como se requiere en la demanda, la consecuencia sería la derogación "in totum" del Anexo X de la Resolución 897/12, lo que implicaría en los hechos que todos los postulantes voluntarios para ser afiliados adherentes a la obra social, -sean o no personas con discapacidad-, no se vean obligados a presentar una declaración jurada de enfermedades preexistentes, cuando en rigor, la

inconstitucionalidad se habría verificado, en su caso, sólo respecto de los primeros.

De ser éste el proceder, se le estaría exigiendo al Tribunal que exceda sus competencias, al declarar una inconstitucionalidad –respecto de los postulantes sin discapacidad- sin que exista fundamento para ello, provocando un pronunciamiento abstracto que importaría sustituir la voluntad del legislador, vulnerar la división de poderes y atentar contra el principio jurídico-lógico de clausura.

Este Tribunal tiene dicho que:

"…la única facultad delegada por el constituyente al Superior Tribunal de Justicia a través de esta acción es, como vimos, la de la abrogación de la norma de alcance general, lo que convierte al Cuerpo en legislador negativo al eliminar del mundo jurídico la norma inconstitucional, haciendo perder su vigencia.

Pero es esta la única consecuencia posible de la declaración de inconstitucionalidad, con lo cual se encuentra vedado a este Tribunal alterar los términos de la norma impugnada a extremos tales de sustituir y alterar la disposición legislativa, pues tal facultad se encuentra reservada en forma exclusiva al Legislador.

Bajo este contexto, si esa anulación no implica por sí misma el restablecimiento de vigencia de la ley anterior a la que sustituyó la anulada, más incontrastable aún, se presenta la imposibilidad para el Poder Judicial de que por la vía de la declaración de inconstitucionalidad de un artículo de una Ley se altere de tal modo la disposición legislativa, que culmine sustituyendo el alcance dado por el legislador, modificando en definitiva el juicio realizado por éste sobre la oportunidad o conveniencia de determinada regulación."(Ac. 1134/05).

Como se advierte, la incongruencia lógica apuntada se habría salvado de haber los accionantes limitado su pretensión e identificado concretamente aquellas partes del Anexo X que consideraban violatorios de los derechos de las personas con discapacidad, exigencia ésta que integra el requisito de una adecuada fundamentación.

No escapa a la consideración de este Cuerpo que el análisis de las cuestiones observadas son mayormente propias de la etapa de admisión del proceso. Sin embargo, el juicio de admisibilidad de la acción –a más de no ser definitivo (cfr. Ac. 1632/09)- constituye una fase previa de introducción del thema constitucional, que se apoya en los argumentos actorales sin que exista una participación de la contraria y, por ende, un adecuado debate de la cuestión planteada.

Es por ello que, arribados a este estadio procesal no es posible soslayar la inexistencia de un desarrollo argumental profundo y serio que involucre los aspectos fundamentales de los derechos de las personas con discapacidad con relación a la salud, cuestión que subyace al planteo formulado por los actores.

XI.- Lo dicho hasta aquí es suficiente a los efectos de sellar la suerte adversa de la acción intentada.

Sin embargo, en orden a la importancia de la temática introducida en esta acción y a los efectos de lograr una adecuada y satisfactoria respuesta judicial al planteo formulado, cabe avanzar en el análisis desde la perspectiva sustancial, en orden a establecer si la Disposición 1070/12 que modificara el Anexo X de la Resolución 897/12, es incompatible con los derechos y principios constitucionales y los Tratados Internacionales vigentes.

En este aspecto, aparece como concluyente la modificación al Anexo X de la Resolución 897/12, establecida por la Disposición 1070/12.

En efecto, la modificación introducida por la Disposición 1070/12 establece: "LISTADO DE PATOLOGÍAS A SER INFORMADAS POR EL POSTULANTE A AFILIADO ADHERENTE AUTÓNOMO.

Si el POSTULANTE VOLUNTARIO es portador de cualquiera de las siguientes afecciones deberá declararla ante esta Organización, para su evaluación médica en el contexto global de su solicitud."

A continuación consta un listado de aquellas "afecciones" que deberán declararse entre las que se mencionan varias patologías –algunas de ellas causantes de discapacidades- (vgr. de origen cardiovascular, artritis reumatoidea/poliartritis, celiaquía, diabetes, cirrosis hepatobiliar, colitis ulcerosa, dermatomiositis. Esclerodermia, enfermedades infectocontagiosas, esclerosis múltiple, epilepsia, epoc grave, autismo del niño y del adulto, hepatitis C, insuficiencia renal, hidrocefalia, lupus, enfermedad de Chagas, etc.); discapacidades (motriz, sensoperceptiva, intelectiva superior, ceguera, hipoacusia, etc.) y contingencia (embarazo).

Los accionantes parecen objetar tal normativa, en la inteligencia de que la exigencia de presentación de una declaración jurada donde consten las "enfermedades preexistentes" o las "afecciones" –término utilizado por el Anexo

en cuestión- determina la imposibilidad de acceso al sistema de la Obra Social, de las personas con discapacidad; dado que, conforme parecería desprenderse de su razonamiento, la mera declaración de su condición, implicaría el rechazo de su afiliación.

Esta interpretación podría haber tenido asidero bajo la normativa anterior, que establecía expresamente que los postulantes que padecieran las afecciones señaladas "NO podían" solicitar su afiliación como adherentes voluntarios. Pero pierde eficacia frente a la señalada modificación de la normativa, desde que no se sigue de sus términos que la denuncia de las "afecciones" que tenga el postulante –en el caso, la discapacidad- conlleve irremediablemente al rechazo de su afiliación.

Un simple test de razonabilidad permite interpretar que la finalidad de la exigencia impuesta por el Consejo de Administración al sancionar la normativa ha sido tener un panorama más completo sobre las prestaciones asistenciales que los postulantes requerirán del sistema de salud en virtud de las "afecciones preexistentes" que declaren al momento de solicitar su afiliación.

Concretamente, la Obra social afirma que la declaración exigida está relacionada con "el tipo de cobertura a brindarle al potencial afiliado, pero de ningún modo se encuentra vinculado con la admisión del postulante" (cfr. fs. 168). Refuerza esta exégesis los términos de la propia normativa que prevé que tal declaración deberá hacerse a los fines de "su evaluación médica en el contexto global de su solicitud".

Desde esta perspectiva, la normativa considerada en abstracto no presenta una abierta contradicción con los derechos de las personas con discapacidad, aun cuando pudiera concederse que la terminología utilizada no se adecua a los estándares establecidos en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad –como tampoco lo hace buena parte de nuestro derecho interno-; cuestión que deriva de la constante y necesaria "evolución del concepto" (cfr. preámbulo de la CIDPD), que no ha sido controvertida por los accionantes.

No es ocioso recordar aquí, que la declaración de inconstitucionalidad constituye la última ratio del sistema de pesos y contrapesos establecido por el esquema constitucional de división de poderes; de allí la generalización de la regla hermenéutica de preferencia de interpretación que compatibilice normas frente a aquella que las contrapone en colisión. El mero desacuerdo con una norma o la preferencia por otra regulación posible están fuera del marco del control de constitucionalidad.

XII.- Tampoco se han aportado elementos para concluir en la existencia de una vulneración del principio de igualdad, por el cual la normativa distinguiría entre "personas con discapacidad" y "personas sin discapacidad".

Sabido es que la regla de la igualdad no es absoluta, ni obliga al legislador a cerrar los ojos ante una diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que puedan presentarse a su consideración. Lo que ella estatuye es la obligación de evitar discriminaciones arbitrarias u hostiles.

Desde su punto de vista formal, el principio de igualdad, no requiere tratar a todos los individuos de una misma manera, pero sí exige hacerlo con todos los iguales.

Este requisito está presente en el Anexo X, en tanto exige la presentación de declaración jurada a todos los postulantes a afiliados adherentes por igual, los cuales deben, en su caso, comunicar su discapacidad, sus patologías preexistentes o su estado de embarazo.

Lo decisivo, entonces, es determinar cuál es el criterio idóneo para establecer, entre distintos sujetos, semejanzas o diferencias jurídicamente relevantes frente a similares circunstancias y, en su caso, la razonabilidad de tal distinción.

Situados en esta perspectiva tampoco se advierte un compromiso al "principio de igualdad ante la ley", desde que –como se ha dicho anteriormente- aparece como razonable que la Obra Social, frente a la solicitud de afiliación de adherentes disponga que en forma previa a su aceptación se le brinde información, con carácter de declaración jurada, sobre el estado de salud, condiciones y estados preexistentes de los postulantes; con la finalidad de poder brindarle una cobertura adecuada a sus necesidades.

En definitiva, la norma considerada en abstracto no instaura un cercenamiento de los derechos de las personas con discapacidad, lo que obsta a su declaración de inconstitucionalidad en los términos en que ha sido peticionada.

Ello no excluye que, si en un contexto de aplicación concreta de la normativa, el ISSN incurre en arbitrariedades o

discriminaciones intolerables para un Estado de Derecho, se examine su constitucionalidad a través del control difuso y así se declare con efectos limitados.

XIII.- Por todo ello, propicio el rechazo de la demanda en todas sus partes.

Las costas, en tanto no se encuentran motivos para apartarse del principio general contenido en el art. 68 del CPC y C (de aplicación supletoria) deberán ser soportadas por la parte actora vencida (art. 68 del CPCyC). MI VOTO.

El Señor Vocal Doctor Ricardo Tomás Kohon, dijo: adhiero al criterio sustentado por el Vocal que me precede en el orden de votos, por lo que me pronuncio en igual sentido. MI VOTO.

El Señor Vocal Alfredo Elosú Larumbe dijo: por adherir al criterio del Dr. Moya es que voto del mismo modo. MI VOTO.

La señora Vocal Doctora María Soledad Gennari dijo: adhiero a la postura sustentada por el Señor Vocal que abre el Acuerdo, por lo que emito mi voto en igual sentido. MI VOTO.

El Señor Vocal Doctor Oscar E. Massei dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Moya, por lo que emito mi voto en idéntico sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Rechazar la acción de inconstitucionalidad planteada por los Sres. Clarinda Rosa y Sebastián Vázquez contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén; 2°) Imponer las costas a los actores vencidos (art. 68 CPCyC, de aplicación supletoria); 3°) Regular los honorarios de los Dres. ..., apoderado de la demandada, en la suma de $12.320 y los de la Dra. ..., en la suma de $30.800 (arts. 6, 10, 36 y cctes. de la Ley 1.594); 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

Dr. EVALDO DARIO MOYA - Presidente. Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI - Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI - Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

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

"MORAÑA CARLOS ALBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CÓ S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3792/2012) – Acuerdo: 03/16 – Fecha: 29/07/2016

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de inconstitucionalidad.

EXPLOTACION HIDROCARBURIFERA. REGALIAS. MUNICIPIO. CONCEJO DELIBERANTE. ORDENANZA MUNICIPAL. LEY PROVINCIAL. CONSTITUCION PROVINCIAL. CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA.

1.- Un Concejar Titular del Concejo Deliberante de Cutral Có, interpone acción de inconstitucionalidad del artículo 13° de la Ordenanza N°2357/12 municipal, por alterar los términos de la ley 2206 y vulnerar la expresa previsión constitucional del artículo 232 de la CP. La Ley 2206, permitió la transferencia del yacimiento del área "El Mangrullo" a los municipios de Plaza Huincul y Cutral Có, para su explotación hidrocarburífera por el término de 99 años, cediendo a las citadas comunas las regalías correspondientes a la explotación del área. Para ello se creó Ente Autárquico Intermunicipal (denominado

ENIM). El artículo 7° estableció que, con la totalidad de los recursos económicos generados por la explotación del yacimiento y sus regalías, el Ente debía crear el Fondo de Reconversión Productiva con el objeto de financiar el desarrollo de actividades productivas públicas y privadas y de servicios complementarios en la zona, que generaran mano de obra local y permanente -conforme lo estipulado en el artículo 232 (actualmente 99) de la Constitución Provincial- priorizándose los emprendimientos que contemplaran la industrialización de dicha zona, haciendo expresa remisión al artículo 232 (actual 99) de la Constitución Provincial. El Concejo Deliberante de Cutral Có sancionó la Ordenanza N° 2357/12, que ratificó la creación del ente autárquico (ENIM) y modificó la Ley 2206, cambiando el porcentaje y destino de los fondos que podían percibir los Municipios y el Fondo de reconversión productiva. Funda la inconstitucionalidad en que el artículo 13° de la Ordenanza N° 2357/12: 1) modifica lo establecido en los artículos 7° y 8° de la Ley 2206, violando de ese modo el orden de prelación de normas jurídicas establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional y el artículo 16 de la Constitución de la Provincia del Neuquén; 2) viola además lo previsto en el artículo 99 (anterior 232) de la Constitución Provincial, y 3) viola el inciso 29 del artículo 189 y el artículo 154, ambos de la Constitución Provincial, al excederse el Concejo Deliberante en sus facultades.

2.- La acción de inconstitucionalidad debe rechazarse cuando falta de fundamentación suficiente por tratarse de incompatibilidad normativa jerarquica: "existe una insuficiencia en la fundamentación que cabe exigir en toda acción autónoma de inconstitucionalidad, en tanto no se denuncia una incompatibilidad directa entre la norma impugnada y la Constitución Provincial, sino que la cuestión se reduce a un planteo entre dos normas de diversa jerarquía."

3.- La demanda de inconstitucionalidad no puede fundarse en la violación de otras leyes, aun cuando estás puedan relacionarse con materias regidas por la Constitución.

4.- Una impugnación de carácter constitucional requiere una exposición precisa del modo en que las normas cuestionadas vulneran los derechos cuya tutela se procura. En este sentido, la demanda de inconstitucionalidad sólo puede perfilarse sobre cuestionamientos que se funden directamente en la infracción a alguna cláusula de la Constitución Provincial y no cuando el planteo radica en la violación de otras leyes, aunque éstas puedan relacionarse con materias regidas por dicha Constitución.

5.- Si la ejecución de las reservas se destine a "obras productivas", y ello está habilitado normativamente, no puede predicarse la inconstitucionalidad pretendida.

6.- No se presenta esa situación que demande una declaración de inconstitucionalidad en abstracto, si se pueden subsumir en la norma cuestionada muchos casos de aplicación de ella que no transgreden la manda constitucional

invocada.

7.- Si, por otra parte, el actor puede conjeturar otras situaciones concretas de ejecución de esa norma que puedan ir en contra del artículo 99 de la CP y esas hipótesis se materializan, será necesario plantear la inconstitucionalidad al amparo de una acción que permita el control concreto y la eventual declaración de inaplicabilidad limitada al caso.

Texto completo:

ACUERDO N° 3. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintinueve días del mes de julio del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo el Tribunal Superior de Justicia con la Presidencia del Doctor EVALDO DARIO MOYA, integrado por los Sres. Vocales Doctores RICARDO TOMAS KOHON, MARIA SOLEDAD GENNARI, ALFREDO ELOSÚ LARUMBE y el Sr. Vocal Subrogante Doctor RICARDO H. CANCELA, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Dra. Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia en los autos caratulados: "MORAÑA CARLOS ALBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CÓ S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD", Expte. N° 3792/12, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- A fojas 61/72, Carlos Alberto Moraña se presenta y, en su carácter de Concejal Titular del Concejo Deliberante de Cutral Có y de ciudadano de dicho Municipio, interpone formal acción de inconstitucionalidad del artículo 13° de la Ordenanza N°2357/12 de la Municipalidad de Cutral Có, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia del Neuquén, el día 22 de junio de 2012, anexo II de la edición n° 3303, todo dentro del marco del artículo 241, inciso a), de la Constitución Provincial y de la Ley 2130.

Narra que, como consecuencia de la crisis socio económica que sufrieron las comunidades de Cutral Có y Plaza Huincul, el 23 de abril de 1997 la Honorable Legislatura de la Provincia del Neuquén sancionó la Ley 2206.

Describe que, por medio de dicha Ley, la Provincia transfirió el yacimiento del área "El Mangrullo" a los municipios de Plaza Huincul y Cutral Có, para su explotación hidrocarburífera por el término de 99 años.

Dice que, como lógica derivación de la transferencia, la Provincia cedió a las citadas comunas las regalías correspondientes a la explotación del área. Para ello, afirma, ordenó la creación de un Ente Autárquico Intermunicipal (denominado ENIM), que debía regirse por un directorio integrado por igual cantidad de representantes de cada municipio, a los cuales la Ley les fijaba sus deberes y facultades.

Refiere que el artículo 7° estableció que, con la totalidad de los recursos económicos generados por la explotación del yacimiento y sus regalías, el Ente debía crear el Fondo de Reconversión Productiva con el objeto de financiar el desarrollo de actividades productivas públicas y privadas y de servicios complementarios en la zona, que generaran mano de obra local y permanente -conforme lo estipulado en el artículo 232 (actualmente 99) de la Constitución Provincial- priorizándose los emprendimientos que contemplaran la industrialización de dicha zona.

Señala que el objeto era claro e indiscutible y, por si acaso la descripción de la norma no alcanzaba, los legisladores hicieron expresa remisión al artículo 232 (actual 99) de la Constitución Provincial.

Remarca que, obviamente, la idea que dio origen al proyecto era generar en las comunidades de la "comarca petrolera" alternativas a la explotación hidrocarburífera, ante la desaparición de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado y la desocupación que ello trajo aparejado.

Explica que conforme la redacción del artículo 7° de la Ley 2206, no existían recursos económicos dirigidos directamente a los municipios involucrados, sin perjuicio de permitírseles a las comunas acceder a una porción menor de los mismos, conforme la reserva incluida en el artículo 8°.

Reseña que el Concejo Deliberante de Cutral Có sancionó la Ordenanza N° 1659/97, el 3 de julio de 1997, mediante la cual creó el ente autárquico que ordenaba la Ley.

Comenta que esa Ordenanza sufrió distintas modificaciones en su articulado hasta la sanción de la Ordenanza N° 2357/12, que la derogó y ratificó la creación del ente autárquico.

Transcribe el artículo 13° de la Ordenanza N° 2357/12 y señala que con el mismo se pretendió modificar la Ley 2206 en su letra y espíritu.

Señala también que otros artículos de la norma municipal y sus instrumentos reglamentarios se contradicen abiertamente con el citado artículo 13°.

Menciona como ejemplo al artículo 12° y al artículo 18 del Anexo I, que destinan el 100% de las regalías hidrocarburíferas al Fondo de Reconversión Productiva. En el mismo sentido, señala que según el artículo 24° la mayoría agravada de los ediles que votaron la norma consideraron que las pretendidas "reservas" conforman el capital de giro del Ente.

Afirma que la violación a la Ley 2206 es tan grosera, que no han podido disimularla pese al esfuerzo intelectual realizado por los redactores.

En orden al requisito formal que impone el inciso 5.1 de la Ley 2130, indica que el impugnado artículo 13° de la Ordenanza N° 2357/12: 1) modifica lo establecido en los artículos 7° y 8° de la Ley 2206, violando de ese modo el orden de prelación de normas jurídicas establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional y el artículo 16 de la Constitución de la Provincia del Neuquén; 2) viola además lo previsto en el artículo 99 (anterior 232) de la Constitución Provincial, y 3) viola el inciso 29 del artículo 189 y el artículo 154, ambos de la Constitución Provincial, al excederse el Concejo Deliberante en sus facultades.

Refiere que el espíritu del legislador al sancionar la Ley 2206, era que se obtuvieran recursos económicos para generar la reconversión productiva, con la creación de fuentes de trabajo fuera de la actividad hidrocarburífera. Para fundar tal premisa, señala la referencia de la Ley al actual artículo 99 de la Constitución Provincial y hace remisión al Diario de Sesiones de la Legislatura Provincial, del cual transcribe algunos párrafos de los discursos.

Concluye que la relación de subordinación a la Ley 2206 es indiscutible y, de hecho, no pueden las Comunas disolver el Ente Autárquico y administrar en forma directa los fondos, crear otro tipo de ente, fijar una distribución distinta por Municipio, no conformar un órgano de fiscalización y, obviamente, no pueden darle a los ingresos por regalías un destino distinto al fijado por Ley.

Destaca que al artículo 8 de la Ley 2206 se le haya agregado durante el tratamiento legislativo la palabra "productivo" al final del inciso a) no fue algo azaroso, sino que acaparó el debate legislativo que sirvió de antecedente de la normativa.

También menciona que una o ambas —según la interpretación que se haga del texto— reservas previstas en ese dispositivo no podrían ser aplicadas después del 31 de diciembre de 2005.

Compara los artículos 7° y 8° de la Ley 2206 con la norma impugnada y destaca que se pretende pasar de una autorización de ejecución de la reserva constituida del 5% para cada Municipio a una del 30% o, lo que es lo mismo, del 10% del total al 60%; nada más y nada menos que un 600% de aumento a lo previsto en la Ley.

Dice que no solamente se cambia el porcentaje de la reserva sino también su destino, ya que en la Ordenanza Municipal el término "productivo" ha desaparecido, es más, se habla de "desarrollo de las comunidades", algo distinto a "desarrollo productivo".

Explica que por ejemplo, la construcción de una plaza, una estatua, una red cloacal o una calle peatonal son parte indiscutible del desarrollo de una comunidad; el sueldo de los empleados municipales remunera actividades imprescindibles para el desarrollo de la comunidad, pero no son "productivos" en el sentido indicado en la Ley provincial. Razona que al amparo de la normativa municipal cualquier gasto o inversión –no necesariamente productivos- pueden ser afrontados con las reservas del ENIM, en abierta contradicción con el espíritu de la Ley 2206.

Por otro lado, indica que en el inciso c) del artículo criticado se mantiene el 10% pero ahora no es el Ente el que invertirá en capacitación, sino que serán los Municipios. Dice que además se ha eliminado la palabra "hasta", ya no es "hasta" el 10%, sino es "el 10%".

Añade que se le quita la facultad al Ente, alterando un concepto lógico que emerge de la Ley; el objetivo era capacitar a ciudadanos de ambas Comunas de modo uniforme y hacia un mismo objetivo.

Apunta también que con respecto al inciso c) no tiene lugar la discusión de la vigencia de la reserva, ya que no podía

prorrogarse más allá de diciembre de 2005, lo que se hizo con posterioridad a esa fecha es violatorio de la Ley.

Resume que por Ordenanza municipal se está modificando una Ley provincial.

Reitera que el artículo 13 de la Ordenanza N° 2357/12 viola el orden de prelación de las normas jurídicas porque, sin dudas, la Ley 2206 —dictada en orden a los actuales artículos 95 a 99 de la CP— es una norma de jerarquía superior a una Ordenanza, de acuerdo al artículo 16 de la Constitución Provincial y al artículo 31 de la Constitución Nacional.

Aprecia que al sancionarse la norma que impugna, se ha excedido el principio de autonomía municipal porque la Ley 2206 se encontraba dentro de las facultades de la Legislatura Provincial, conforme el inciso 29) del artículo 189 de la Constitución Provincial.

Además, refiere que la Ley 2206 se sancionó en el marco del artículo 154 de la Constitución Provincial porque el yacimiento El Mangrullo se encuentra fuera de los ejidos municipales, además se lo transfirió a los 2 Municipios en forma conjunta, por eso, más allá de que sancionen Ordenanzas similares o idénticas, la facultad es de las autoridades provinciales, en este caso, de la Legislatura.

Finalmente, expone que al disponer la Ordenanza cuestionada que un 60% de las regalías se destinen a obra pública en general, está incurriendo en un incumplimiento del artículo 99 de la Constitución Provincial, cuando justamente en el espíritu de la Ley 2206 está evitar ello y comenzar a transitar una nueva historia en materia de inversión de los recursos hidrocarburíferos, destinándolos a la actividad productiva.

II.- A fojas 79/80, a través de la RI N° 15/12, se declara la admisión formal de la acción.

III.- Se corre traslado de la demanda.

A foja 164, el Fiscal de Estado de la Provincia del Neuquén toma intervención.

Por otra parte, a fojas 152/162, contesta la demanda la Municipalidad de Cutral Có, solicitando su rechazo, con costas.

Sostiene que la demanda, pese a su extensión y largas transcripciones, está insuficientemente fundada en orden a las pretendidas transgresiones constitucionales y tal circunstancia debe conducir al rechazo de la acción intentada por falta de fundamentación clara y completa (artículo 5.1 de la Ley 2130).

Anuncia que, no obstante, de forma subsidiaria contestará cada uno de los fundamentos, para luego exponer la correcta interpretación jurídico-constitucional de la cuestión.

Explica que la acción de inconstitucionalidad prevista en la Ley 2130 es con respecto a la Constitución Provincial y no puede sustentarse en la violación del artículo 31 de la Constitución Nacional.

No obstante, aclara que la supremacía establecida por la mencionada cláusula federal se refiere a la jurisdicción nacional y sólo cuando los ordenamientos locales la transgreden.

En cuanto a la alegada violación del artículo 16 de la Constitución Provincial, sostiene que éste no prevé un orden de prelación de las normas locales.

Resalta que el actor pretende que la inconstitucionalidad se configuraría porque la Ordenanza impugnada viola la Ley 2206, argumentando una relación de subordinación de la primera con respecto a la segunda.

Expone que cuando se trata de Municipios plenamente autónomos, como es el caso de Cutral Có, las leyes provinciales no pueden reglamentar o regular de cualquier modo el ejercicio de las atribuciones municipales. Dice que las ordenanzas son la legislación municipal y, en el ámbito de competencia material atribuida al Municipio por cada ordenamiento provincial, no puede inmiscuirse la legislación provincial ni la nacional.

Por otra parte, también descarta que se produzca la pretendida transgresión del artículo 99 (anterior 232) de la Constitución Provincial.

Afirma que la cláusula citada es de orden programático y la atribución para su reglamentación legislativa está conferida a la Cámara de Diputados.

Sostiene que el carácter programático surge del tiempo de verbo utilizado -futuro imperfecto- y de que no se prevé sanción alguna para el caso de su incumplimiento, por lo cual configura una directiva política, pero no una norma jurídica en sentido estricto.

Alega que también la Ley 2206 refiere a la norma constitucional pero, al transferir el yacimiento "El Mangrullo" y las regalías correspondientes a los Municipios de Cutral Có y Plaza Huincul, atribuyó a éstos su administración, dándoles

directivas acerca de la utilización de esos fondos, pero sin fuerza normativa.

Distingue los conceptos de regalías y utilidades, sosteniendo que las primeras son tributos y al formar parte de los costos no están comprendidas en las utilidades, que son las que deben aplicarse a la realización de obras productivas según el artículo 99 de la Constitución Provincial.

En otro apartado, niega que el legislador municipal haya invadido competencias provinciales, en alusión a la supuesta violación de los artículos 189, inciso 29 y 154 de la Constitución Provincial. Sobre el tema, señala que su contraria no explica cómo se produciría tal infracción constitucional.

Descarta una contradicción del artículo 13 de la Ordenanza N° 2357 con otros artículos de la Ordenanza N° 1659/97 porque considera que debe prevalecer el primero por aplicación de los principios de ley posterior y ley especial.

Después analiza que, siguiendo la lógica de los argumentos expuestos, el articulado de la Ley 2206 que dispone acerca de la creación, integración, facultades y deberes del Ente Autárquico Intermunicipal, transgrede la Constitución Provincial porque dispone la afectación de recursos tributarios, las regalías, a los fines de la Ley, afectando la autonomía municipal.

Explica que, producida la transferencia del yacimiento y la expresa cesión de las regalías por la Provincia, éstas se incorporan al tesoro municipal, que se conforma —entre otros recursos— según dispone el artículo 145 de la Carta Orgánica Municipal, con los enumerados en sus incisos f), i) y k).

Afirma que, de tal modo, al prescribir acerca de la administración de sus recursos, se inmiscuye en las competencias propias del Municipio, que son las enumeradas en el artículo 273 de la Constitución Provincial, con arreglo a la Carta Orgánica Municipal, en particular, la del inciso c): "recaudar e invertir libremente sus recursos".

Razona que las normas comentadas de la Ley 2206 resultan inaplicables en el ámbito municipal y, por lo tanto, cualquier reglamentación acerca del destino de los recursos municipales —en tanto sea acorde a la Carta Orgánica Municipal y a las disposiciones específicas de la Constitución— es admisible, por caso la Ordenanza N° 2357.

Sin perjuicio de lo cual, si fuera el caso de que la Ordenanza N° 2357 debiera conformarse a la integridad de la Ley 2206, analiza si el artículo 13 de la primera se adecua a lo dispuesto en el artículo 7 de la segunda.

Concluye que, en tanto la disposición provincial se refiere a una reserva para infraestructura —parte de una construcción que está bajo el nivel del suelo— y el artículo 13 de la Ordenanza impugnada destina una reserva mayor a obras públicas y/o servicios complementarios, no se infringe la limitación de la primera porque conceptualmente el destino previsto en la norma municipal es más amplio. En otras palabras: la restricción de la afectación de sólo el 10% alcanza a las obras bajo nivel del suelo, pero no a todas las demás obras públicas y servicios complementarios.

En cuanto a la reserva del inciso c) del impugnado artículo 13 de la Ordenanza, sostiene que tal como surge del texto expreso de la Ley provincial, la integración de la reserva allí prevista era hasta la fecha indicada (31 de diciembre de 2005); después de esa fecha es admisible la asignación de cualquier monto o porcentaje del Fondo de Reconversión Productiva, con destino a capacitación laboral o educación en general vinculados al objetivo del desarrollo de actividades productivas en la zona, siendo irrelevante cuál organismo público municipal ejecuta efectivamente la asignación específica.

Sin perjuicio de ello, analiza que si se considerara que la Ordenanza N° 2357 transgrede la Ley 2206, la transferencia fue realizada de forma incondicionada, sin encuadrarla en la figura de la concesión de explotación ni ninguna otra, siendo el único límite el plazo de concesión; por lo tanto, los demás enunciados de la Ley provincial sólo pueden entenderse como una directiva política, expresión de voluntad legislativa, pero sin fuerza jurídica para hacerlos efectivos en caso de incumplimiento, más allá de una eventual sanción de carácter político, a cargo del cuerpo electoral al que rinden cuentas periódicamente los representantes del pueblo.

No obstante, aun cuando se considerara que la transferencia del yacimiento está sujeta al cumplimiento de las condiciones de la Ley 2206, la naturaleza de la cesión requiere inexcusablemente de otra Ley para revertirla, por aplicación del principio de paralelismo de las formas y de las competencias.

Rechaza que este Tribunal pueda hacer una valoración de las circunstancias políticas que determinan la sanción de una Ley determinada, menos aún en el marco de la acción de inconstitucionalidad, que pretende el ejercicio de su

poder de legislador negativo para obtener la derogación de una Ordenanza a cuyo dictado se opuso solitariamente el actor en el órgano legislativo municipal, que integran nueve (9) Concejales.

IV.- A fojas 204/216 se expide el Fiscal del Cuerpo, opinando que corresponde rechazar la acción de inconstitucionalidad.

En síntesis, argumenta que en abstracto —tipo de control perfilado por esta acción— no se aprecia el conflicto de la norma municipal impugnada con el artículo 99 (ex 232) de la Constitución Provincial ni que la demandada se haya excedido en el ejercicio de sus potestades.

V.- A foja 218 se dicta la providencia de autos, que se reanuda a foja 225, y encontrándose firme y consentida coloca las actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VI.-El análisis del caso traído a resolución impone partir de una premisa: la pretensión deducida se enmarca en el ámbito de la acción autónoma de inconstitucionalidad.

Y, esta acción, como siempre se señala, posee un contexto de operatividad específico y extraordinario en tanto su procedencia provoca la derogación, con alcance general, de la norma contraria a la Constitución Provincial (art. 16 de la Constitución Provincial).

La circunstancia de que el control sea de tipo "abstracto" con el consiguiente efecto abrogatorio de la norma, determina que la declaración de inconstitucionalidad sea más restrictiva que en aquellos supuestos en que se propone un control concreto y con efectos inter partes, acotados al caso particular.

Por esta razón, se impone un riguroso escrutinio del cumplimiento de los recaudos formales y sustanciales que, para su procedencia, establece la Ley 2130; control que, más allá de ser ejercido en la etapa preliminar de admisión, debe ser reeditado con profundidad en la oportunidad del dictado del pronunciamiento definitivo (cfr. doctrina Acs. Nro. 1117/05, 1611/09 y 1632/09, entre otros).

VII.- Ahora bien, entre los requisitos de admisión previstos en la Ley 2130, se destaca la exigencia de una adecuada fundamentación sobre la inconstitucionalidad alegada y además, que la inconstitucionalidad radique en la violación de un precepto constitucional local.

En este orden, no basta con la mera mención del precepto que se entiende vulnerado: debe dejarse en claro de qué manera la norma que se impugna es violatoria de la Constitución Provincial. En otros términos, "debe mediar una justa proporcionalidad entre el planteo y la consecuencia que conlleva el mismo" (Ac. 344/95) y, por ello, tiene trascendental importancia la demostración de la expresa violación de una manda contenida en la Constitución Provincial, de modo tal que exista una vinculación directa entre la normativa impugnada y la cláusula que se pretende vulnerada.

Sin embargo, al realizar el análisis concluyente de la cuestión constitucional planteada, justamente se advierte que la pretensión deducida se presenta, al menos en algunos aspectos, carente de la contundencia que cabe exigir.

VIII.- En efecto, el accionante demanda la declaración de inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ordenanza Nro. 2357/12 por encontrarlo violatorio de la Ley provincial 2206.

Para ello, alega que el citado artículo 13 de la Ordenanza N° 2357/12 viola el orden de prelación de las normas jurídicas porque la Ley 2206 es una norma provincial y, por ende, goza de una jerarquía superior a la de las Ordenanzas comunales, de acuerdo al artículo 31 de la Constitución Nacional, que estima reproducido en el artículo 16 de la Cimera local.

Esgrime que al sancionarse la norma impugnada se ha excedido el principio de autonomía municipal porque el dictado de la Ley 2206 responde a las facultades de la Legislatura Provincial, enunciadas en el inciso 29) del artículo 189 de la Constitución Provincial y el artículo 154 de la Constitución Provincial.

Con base en ello estima que todo lo regulado por la Ley provincial 2206 no puede ser modificado por las comunas de Cutral Có y Plaza Huincul, aun cuando ambos municipios sancionen ordenanzas similares o idénticas.

Finalmente, expone que cuando la Ordenanza cuestionada establece que un 60% de las regalías se destinen a "obra pública en general", está incurriendo en un incumplimiento del artículo 99 de la Constitución Provincial, en tanto no prevé que la inversión de los recursos hidrocarburíferos se destine a la actividad productiva.

De la prieta síntesis de los argumentos actorales, se advierte que los cuestionamientos traídos se estructuran en un doble eje.

Por un lado, se plantea una afectación constitucional indirecta, anclada en el orden de prelación normativo que deriva del artículo 31 de la Constitución Nacional y 16 de la homóloga local.

Por el otro, se postula una incompatibilidad directa entre la Ordenanza impugnada y el artículo 99 de la Constitución Provincial, en tanto difiere el destino del Fondo de Reconversión Productivo del yacimiento previsto.

Cabe, entonces, comenzar el análisis de los ejes argumentales que fundan esta acción.

IX.- A poco que se analice el primer cuestionamiento, se advierte que existe una insuficiencia en la fundamentación que cabe exigir en toda acción autónoma de inconstitucionalidad, en tanto no se denuncia una incompatibilidad directa entre la norma impugnada y la Constitución Provincial, sino que la cuestión se reduce a un planteo entre dos normas de diversa jerarquía.

En efecto, el accionante basa su demanda en el supuesto quebrantamiento del orden jerárquico normativo, previsto en el artículo 31 de la Constitución Nacional y reiterado, a su entender, en el artículo 16 de la Cimera local que prescribe la Supremacía constitucional.

En este aspecto, considera que el Concejo Deliberante de Cutral Có, no podría modificar una ley Provincial que al trasferir la explotación del yacimiento "El Magrullo" a dos municipios, creó un Ente Autárquico Municipal (ENIM), previendo aspectos que hacen a su funcionamiento económico y financiero, en especial, la creación de un Fondo de Reconversión Productiva que tiene por objeto financiar el desarrollo de actividades productivas.

Así la actora, bajo el título: "9.4 Violación al orden de prelación de normas",puntualiza:

"Tal como lo expresé más arriba, el artículo 13 de la Ordenanza 2357/12 viola el orden de prelación de las normas jurídicas. Este principio, de rango constitucional, resulta fundante del orden jurídico.

Sin dudas la ley 2206, dictada en orden a los artículos 228, 229, 230, 231 y 232 de la Constitución vigente al momento de su sanción –hoy artículos 95, 96, 97, 98 y 99- es una norma de jerarquía superior a la ordenanza."

De la argumentación expuesta en el escrito inicial se advierte la inexistencia de un confronte directo y debidamente razonado entre la Ordenanza impugnada y el texto Constitucional local, lo que decanta en una "ausencia de fundamentación suficiente".

Es que la demanda de inconstitucionalidad no puede fundarse en la violación de otras leyes, aun cuando estás puedan relacionarse con materias regidas por la Constitución.

En efecto, conforme lo prevé nuestro ordenamiento constitucional la acción prevista en el artículo 241 inc. a) de la C.P. versa sobre "la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas y reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución".

En igual sentido, la Ley 2130 prevé que "se podrá demandar la declaración de inconstitucionalidad de ley, decreto, ordenanza o reglamento de alcance general, dictados por los Poderes públicos del Estado provincial o de los municipios, que estatuyan sobre materia regida por aquélla". (Los subrayados no están en los textos originales).

Sobre estas bases, la acción autónoma debe contemplar una relación directa entre la norma controvertida y la cláusula superior constitucional que se dice vulnerada, pues los casos de discordancia a nivel infraconstitucional, -aun cuando puedan configurar una inconstitucionalidad refleja- implican que la validez de la norma impugnada depende de la interpretación que se le asigne a una ley (cfr. SCJBA, causas I- 1329, sent. 10-II-92; I-1957, sent. 28-III-95, I- 1460, sent. 9-3-99, entre otros).

No obsta a esta observación, la circunstancia de que la accionante mencione, como refuerzo argumental, que también se encontrarían vulnerados los artículos 189 inc. 29 y 154 de la Constitución Provincial.

Es que conforme lo tiene dicho este Tribunal, para fundar esta acción no alcanza con la indicación del precepto que se entiende vulnerado, sino que debe existir una fundamentación clara y concreta.

Así se ha sostenido que en este tipo de demandas y atento a la pretensión abrogatoria de la norma cuya inconstitucionalidad se solicita "no basta con invocar una garantía alojada en nuestra Carta Magna, ya que la simple mención de un precepto no es suficiente para lograr una adecuada fundamentación. Por el contrario, en la

argumentación debe dejarse en claro, de qué manera la norma que se impugna es violatoria de la Norma Fundamental Provincial" (cfr. Ac. 293/93, 344/97 y 355/95).

Desde esta plataforma la fundamentación resulta insuficiente, ya que cuando el accionante alega una invasión, por parte del Municipio, de competencias propias de la Legislatura Provincial (art. 189 inc. 29) y un supuesto ejercicio abusivo de la autonomía municipal (154 de la C.P.), no repara en el modo en que la normativa cuestionada quebrantaría las cláusulas constitucionales citadas y la relación directa entre aquéllas y ésta. Por el contrario, el fundamento principal resulta ser –otra vez- la vulneración de la prelación jerárquica normativa.

No expone, por ejemplo, sobre los alcances de la autonomía municipal en lo que respecta a la gestión de los recursos naturales, aun cuando reconoce –porque expresamente así lo establece la Ley 2206- que la explotación hidrocarburífera del yacimiento "El Mangrullo" fue transferida a las comunas de Cutral Có y Plaza Huincul por el plazo de 99 años. Tampoco fundamenta en torno al deslinde de competencias entre Provincia y Municipio receptado en la última parte del artículo 154 de la C.P. – propio de la relación federal que cimenta nuestra organización institucional- y cómo influye el federalismo en la regulación de la materia abordada (arts. 271, 273 -en especial, los incisos m) y n)- y art. 290).

Como se advierte, en este aspecto, la demanda pivotea invariablemente en la vulneración del principio de "jerarquía normativa" -expuesto como un concepto lineal, sin asomarse a la compleja trama federal que enlaza a los diversos centros de poder existentes- y la referencia a otras garantías constitucionales presuntamente afectadas se formula solamente en forma genérica.

Una impugnación de carácter constitucional requiere una exposición precisa del modo en que las normas cuestionadas vulneran los derechos cuya tutela se procura. En este sentido, la demanda de inconstitucionalidad sólo puede perfilarse sobre cuestionamientos que se funden directamente en la infracción a alguna cláusula de la Constitución Provincial y no cuando el planteo radica en la violación de otras leyes, aunque éstas puedan relacionarse con materias regidas por dicha Constitución.

En definitiva, "el denunciado quebrantamiento de disposiciones legales es cuestión ajena a la acción de inconstitucionalidad, en tanto no se traduzca simultáneamente en una violación a otra regla concreta de la Constitución, pues de no darse esto último, no existiría conflicto constitucional directo, sino meramente reflejo, ya que la validez de la norma impugnada dependería de la interpretación que se le asigne a la ley" (SCJBA, I 1329- "Pleyamar", 10-XII-92, I. 1597, "Wetzel", 28-III-95).

X.- Distinto es el abordaje que cabe hacer al segundo eje argumental expuesto, en cuanto confronta en forma directa la normativa impugnada –artículo 13 de la Ordenanza 2357/12- con el artículo 99 (ex 232) de la Constitución Provincial que alega vulnerado.

En este aspecto, el accionante cuestiona que las reservas económicas del Fondo de Reconversión Productiva dispuestas por el inciso a) del artículo 13 de la Ordenanza N° 2357/12 no respeten el destino que el artículo 99 de la Constitución Provincial asigna a las utilidades provenientes de la explotación de los hidrocarburos.

La norma impugnada dispone la afectación exclusiva de esas reservas a "la realización de obras públicas y/o servicios complementarios de apoyo al desarrollo de las Comunidades, según lo establezcan el Departamento Ejecutivo y Concejo Deliberante" (artículo 13, inciso a, de la Ordenanza N° 2357/12).

El dispositivo constitucional que se dice transgredido ordena que las utilidades deban emplearse en "la realización de obras productivas que constituyan beneficio permanente para la Provincia del Neuquén, que favorezcan especialmente a la región donde se encuentre ubicada la respectiva industria extractiva, u otras zonas con posibilidades especiales" (artículo 99 de la Constitución Provincial).

El reparo constitucional que se formula radica, entonces, en que en la Ordenanza no se haya incluido el término "productivo", que contiene la norma suprema.

El diccionario de la Real Academia española, define al término "productivo" con tres acepciones: "1. adj. Que tiene virtud de producir. 2. adj. Que es útil o provechoso y 3. adj. Econ. Que arroja un resultado favorable de valor entre precios y costes. (cfr. www.rae.es).

Por su parte, define a la "obra" como "1. f. Cosa hecha o producida por un agente." (entre otras acepciones) Y en especial a las "obras públicas" como "1.
f. La que es de interés general y se destina a uso público; p. ej., un camino, un puerto, un faro, etc.". (cfr.www.rae.es)
Desde este punto de vista semántico, no se advierte la contradicción que invoca el actor, desde que toda obra pública es "productiva", si entendemos el concepto como útil o provechoso para la sociedad.
Y aun cuando nos inclinemos por la primera acepción –esto es, que tiene aptitud de producir-, los términos utilizados no se excluyen de por sí y en todos los casos, es decir, pueden existir obras públicas que generen otros recursos –en forma directa o indirecta- y otras que no lo sean.
Como corolario de ello, no cabría predicar la inconstitucionalidad del artículo citado, en abstracto, dado que sus términos pueden ser cohesionados con el texto constitucional analizado.
A igual conclusión cabe arribar si confrontamos –conforme lo requiere el actor en su demanda- el debate Constituyente que precedió al dictado del artículo 99 de la Carta Magna, que se inscribe en el capítulo "Recursos Naturales", del título "Ambiente y Recursos Naturales", de la segunda parte de la Constitución, denominada "Políticas de Estado".
En efecto, de la lectura del Diario de Sesiones de la Convención Constituyente del año 1957, donde se originó el artículo 232 —cuya redacción se mantuvo vigente en el actual artículo 99—, solamente surgen las sugerencias de los diferentes Convencionales, a fin de que la redacción definitiva permitiera transmitir el sentido que las obras mencionadas no eran taxativas sino que su mención era meramente enunciativa (en una primera propuesta se iban a definir mediante una enunciación ejemplificativa, seguida de "etcétera").
Así, se reemplazó la enumeración pormenorizada de diversas obras con la frase "que favorezcan especialmente a la región donde se encuentre ubicada la respectiva industria extractiva, u otras zonas con posibilidades especiales".
Del debate del plenario en torno a esta temática cabe extraer las siguientes citas que permiten ilustrar -de alguna forma- el espíritu que rodeó la sanción del régimen de hidrocarburos en general y del actual artículo 99 en particular.
En dicha oportunidad, el Convencional José A. Fernández manifestó: "El señor convencional Heredia quiere que la explotación del petróleo permita lo que es hoy Neuquén. Cutral Có al lado de Plaza Huincul. Cutral Có no tiene nada porque nuestro petróleo es explotado en beneficio de todo el país y Neuquén hace más de un cuarto de siglo que no recibe nada. Pero todos esos recursos que generosamente brinda a todos los hermanos del país merecen una retribución, y por eso pretendemos simplemente medidas justas" (Diario de Sesiones de la Convención Constituyente del año 1957, 2ª sesión especial, 8ª reunión).
A su turno, el Convencional Heredia dijo: "Como autor del artículo, voy a proponer que cambiemos la palabra 'etcétera' por 'u otras obras de fomento'.
Quiero dejar constancia, también en este artículo, mi espíritu federalista sano, porque contempla una realidad y una injusticia: la injusticia es que las utilidades provenientes de la explotación del petróleo, hasta ahora, no han quedado como obras de beneficios permanentes para el territorio de la Provincia del Neuquén" (loc. cit.).
Así, el Convencional Mancini expresó que: "Estoy con lo manifestado anteriormente en el sentido de que se borre toda la enunciación, es decir 'embalses, rehabilitación de zonas desérticas, realización de planes agrarios, ejecución de proyectos industriales, ferrocarriles y caminos, etc.'" (loc. cit.).
Lo que puede extraerse de lo hasta aquí transcripto, es que los convencionales pusieron especial énfasis en establecer que el producido de la explotación hidrocarburífera se aplicara a la realización de obras que permitieran el desarrollo de la provincia en general y de la región extractiva en particular, a fin de procurar diversificar la matriz productiva -dado que se trata de fuente de energía no renovable- y lograr que en un futuro, esas inversiones generen otros recursos para la Provincia.
Por su parte, el artículo 13 de la Ordenanza 2357/12 se enmarca en esa política de Estado al prever la aplicación de los fondos a "la realización de obras públicas y/o servicios complementarios de apoyo al desarrollo de las Comunidades".
Cierto es que no se menciona el término "productivo", pero de la fórmula utilizada en la Ordenanza considerada en abstracto, no se advierte una contradicción con las "obras productivas que favorezcan especialmente a la región", a

las cuales alude el dispositivo constitucional. En otras palabras, no existe ningún impedimento normativo para que la ejecución de las reservas se destine a "obras productivas". Y, en tanto ello esté habilitado normativamente, no puede predicarse la inconstitucionalidad pretendida.

Nótese que aún en la ordenanza impugnada, las reservas siguen perteneciendo al "Fondo de Reconversión Productiva", denominación que se ha mantenido en alusión al objetivo de transformar la principal fuente de producción de recursos de las comunas petroleras, mediante la ejecución de obras que tiendan a ello.

Se advierte, en definitiva, que no es el contenido en abstracto de la propia Ordenanza el que se hallaría en pugna con la norma superior por vulnerar la garantía de utilización de los fondos provenientes de la explotación hidrocarburífera en "obras productivas", sino que el cuestionamiento se refiere a la eventualidad de que el Municipio, al ejecutar las reservas del Fondo de Reconversión Productiva, haga caso omiso de la cláusula constitucional y lo destine a otras obras o gastos corrientes.

Pero, como se aprecia, esos actos particulares de ejecución de las reservas que, eventualmente, vulneren el específico destino previsto en el artículo 99 de la C.N., desbordan los estrechos límites de la acción autónoma intentada, en cuanto aparecen como actos concretos de aplicación de una normativa secundaria.

En este marco procesal "se encuentra vedado al Tribunal el enjuiciamiento de casos concretos. Su actuación se limita a la función abstracta de definir la compatibilidad lógica entre dos normas igualmente abstractas" ("YPF SA c/Municipalidad de Rincón de los Sauces", Acuerdo N° 2/14).

En efecto, ninguna norma tiene vigencia en forma aislada del orden jurídico al que se integra. Sucede que se pone en cuestión un artículo de una Ordenanza Municipal; como tal, además de que debe ser interpretado en el contexto de las demás disposiciones que integran esa norma, fundamentalmente debe ser leído y aplicado respetando la totalidad del orden jurídico superior y armonizando en lo posible con las demás normas de igual e inferior rango.

Por eso es que en este acotado marco de control abstracto debe presumirse que la ejecución se llevará adelante respetando las directivas emanadas de la Constitución Provincial. De manera que únicamente cuando la colisión con la Carta Magna Provincial resulte insalvable y determine que sea inviable una interpretación constitucional de la disposición atacada, habrá motivos para proceder a su abrogación.

No se presenta esa situación que demande una declaración de inconstitucionalidad en abstracto, si se pueden subsumir en la norma cuestionada muchos casos de aplicación de ella que no transgreden la manda constitucional invocada.

Si, por otra parte, el actor puede conjeturar otras situaciones concretas de ejecución de esa norma que puedan ir en contra del artículo 99 de la CP y esas hipótesis se materializan, será necesario plantear la inconstitucionalidad al amparo de una acción que permita el control concreto y la eventual declaración de inaplicabilidad limitada al caso.

XI.- Sentado el rechazo de la acción, con respecto a las costas, no se aprecian motivos para apartarse de la regla, que es su imposición a la parte perdidosa. TAL MI VOTO.

El Señor Presidente EVALDO DARIO MOYA dijo: por adherir al criterio del Señor Vocal que abre el Acuerdo, es que voto del mismo modo. MI VOTO.

La Señora Vocal Doctora MARIA SOLEDAD GENNARI dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Señor Vocal que inicia el orden de votación, por lo que emito mi voto en idéntico sentido. MI VOTO.

El Señor Vocal Subrogante Doctor RICARDO H. CANCELA dijo: adhiero al criterio sustentado por el Vocal que abre el Acuerdo, por lo que me pronuncio en igual sentido. MI VOTO.

El Señor Vocal Doctor Alfredo Elosú Larumbe dijo: por adherir al criterio del Dr. Kohon es que voto del mismo modo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal del Cuerpo, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) RECHAZAR la acción de inconstitucionalidad promovida por Carlos Alberto Moraña contra el artículo 13 de la Ordenanza N° 2357/12 del Honorable Concejo Deliberante de Cutral Có. 2°) Costas al accionante (artículo 68 del CPCyC). 3°) Regular los honorarios profesionales al Dr. ..., apoderado de la Municipalidad de Cutral Có, en la suma de $12.320, y al Dr. ..., patrocinante de la misma parte, en la suma de $30.800, de acuerdo a los artículos 6, 7, 10, 36 y

cctes. de la Ley 1594. 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

Dr. EVALDO DARIO MOYA - Presidente. Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI - Dr. ALFREDO ELOSU LARUMBE - Dr. RICARDO H. CANCELA

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

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

"CIFUENTES MAURICIO FABIAN C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 6311/2015) – Acuerdo: 04/16 – Fecha: 08/08/2016

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de inconstitucionalidad.

DESEMPEÑO DE CARGO DE CARACTER ELECTIVO. REGIMEN PREVISIONAL ESPECIAL. APORTES AL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA PROVINCIA. POSTERIOR REFORMA DE LA NORMA TACHADA DE INCONSTITUCIONAL. RECHAZO IN LIMINE DE LA ACCION.

La acción de inconstitucionalidad deducida contra el artículo 2 de la Ley Provincial N° 1282 en cuanto fija que los interesados o sus derechohabientes que pretendan el otorgamiento del beneficio jubilatorio –en el caso es por el ejercicio de un cargo de carácter electivo-, deberán contar con seis años de aportes a la caja jubilatoria del estado provincial, debe ser rechazada "in limine", puesto que la norma cuya abrogación se pretende fue reformada por la Ley 1820. Aun cuando se interpretara que los argumentos que fundan la inconstitucionalidad del artículo 2 de la ley 1282, son plenamente trasladables al cuestionamiento del artículo 2 de la ley 1820 que la reformó –puesto que sólo aumenta el número de años de aportes al ISSN para acogerse al beneficio jubilatorio- es necesario aclarar que la pretendida consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad -tal como se encuentra formulada en el presente- también excede el marco legal impuesto por la Ley N° 2130. Esto así porque el acogimiento de la declaración que se pretende importaría la eliminación de un requisito esencial tenido en cuenta por el legislador a los fines de diseñar la ecuación económica financiera que posibilita la existencia misma del régimen previsional especial creado por la Ley N° 1282 –reformada por la Ley N°1820- y convertiría al Poder Judicial en legislador "positivo", competencia que le es extraña, ya que supera ampliamente los efectos abrogatorios de la sentencia de inconstitucionalidad.

Texto completo:

ACUERDO N° 4. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los ocho días del mes de agosto del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo el Tribunal Superior de Justicia con la Presidencia del Doctor EVALDO DARIO MOYA, integrado por los señores Vocales Doctores RICARDO TOMAS KOHON, OSCAR E. MASSEI, MARÍA SOLEDAD GENNARI y ALFREDO ELOSÚ LARUMBE, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Doctora LUISA A. BERMÚDEZ, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "CIFUENTES MAURICIO FABIAN C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD", Expte. 6311/2015, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado el señor Vocal Doctor Ricardo Tomás Kohon dijo: I.- Que a fs. 7/14 se presenta el Sr. Mauricio Fabián Cifuentes, por apoderado y con patrocinio letrado, y promueve acción de inconstitucionalidad prevista en la Ley 2130, solicitando la abrogación del artículo 2 de la Ley Provincial 1282, dejando subsistente el resto del texto normativo.

Alega que el artículo impugnado infringe el artículo 22 de la Carta Magna neuquina, el artículo 16 de la Constitución Nacional y el artículo 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que receptan el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación fundada en cualquier condición social.

Indica que la Ley 1282 es una ley previsional especial que importa un reconocimiento republicano a quienes desempeñan funciones de representación política por elección de los ciudadanos de la Provincia del Neuquén.

Aclara que no se trata de los antiguos esquemas de privilegio donde sin importar la edad o la cantidad de aportes previsionales, la persona que se desempeñaba en tales cargos accedía automáticamente a beneficios injustos.

Considera como requisito razonable que el artículo 3 de la Ley 1282 exija que la persona que se quiere jubilar, cuente con 30 años de servicios con aportes a cualquier régimen adherido al sistema de reciprocidad nacional. En igual medida juzga pertinente, el requisito relativo a la edad: 60 años para quien desee acceder al beneficio.

Explica que las condiciones de otorgamiento no resultan diferenciadas de cualquier jubilación, e incluso son más exigentes, desde que en el sistema ordinario de la Provincia del Neuquén, las mujeres pueden jubilarse a los 55 años mientras que aquí se exigen invariablemente 60 años.

Agrega que el reconocimiento que se hace a las funciones constitucionales desempeñadas durante algún momento por quien se jubila no está en las condiciones de acceso, sino únicamente en el haber previsional que se le reconoce. Esto así, explica, porque mediante dicha ley, el haber en vez de estar referido al haber al cese como en las jubilaciones ordinarias, lo está al cargo de representación política desempeñado al que se le quiere brindar un reconocimiento.

Sin embargo, prosigue, a tales requisitos se le agrega uno más que, a su juicio, es injustificado y desequilibrante, cual es contar con seis años de aportes a la caja jubilatoria del estado provincial (art. 2).

Afirma que cualquier ciudadano que decide dedicar los cuatro años ordinarios con que la Constitución modula los cargos electivos, nunca podrá acceder a este reconocimiento, si a ello no agrega dos años más de desempeño en un cargo administrativo cualquiera: ello, porque como trabajador, profesional, empresario, comerciante, etc. es imposible hacer aportes previsionales a la caja del Estado.

Estima que ello altera el régimen republicano, porque la Ley 1282 ya no estará dirigida a quienes tienen la alta función democrática proveniente de haber sido electos por sus pares, sino a quienes la tuvieron pero, además, cuenten con dos años de empleo público provincial en el cargo que fuese; aún el más insignificante e innecesario que pueda haber.

Puntualiza que, además, la Ley 611 no permite efectuar aportes voluntarios por dos años a un trabajador privado a fin de cumplir con el requisito cuestionado, posibilidad que contrasta con el régimen asistencial (obra social) que establece la misma ley, cuyo artículo 96 sí permite la incorporación de privados.

En acápite aparte razona que el agravio constitucional se produce porque el reconocimiento republicano a quien se jubila y fue en algún tramo de su vida electo por sus pares, se deniega a quien nunca trabajó como empleado público provincial. Esta diferencia de trato le resulta una afrenta al principio de igualdad ante la ley, receptado en el artículo 22 de la Carta Magna provincial y replicado en el artículo 16 de la Cimera Nacional, así como vulnera el artículo 2.2. del

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que "prohíbe la discriminación fundada en cualquier condición social".

Expone que con la garantía de igualdad el test de constitucionalidad opera de modo especial, porque frente a la desigualdad que surge del texto de la ley, será la entidad emisora del dispositivo legal quien deba justificar la diferenciación.

En efecto -prosigue- "frente a una distinción como la que aquí acontece, donde el ciudadano que nunca fue empleado público (y por ende no aportó a la caja provincial) es postergado en el reconocimiento jubilatorio a los cargos electivos, no somos nosotros quienes debemos justificar que el trato debería ser igual porque esa regla es la que impone la Constitución; sino que es quien dispuso la desigualdad el que debe justificar por qué lo hizo."

Manifiesta que una correcta evaluación de la razonabilidad importaría ponderar una adecuada correlación entre el medio elegido por el legislador (exigencia de dos años más de aportes a la caja jubilatoria) y la finalidad perseguida por la norma, la que juzga desconocida.

Declara que aceptaría que la normativa exigiera como requisito haber cumplido un período constitucional completo en el cargo electivo para acceder al reconocimiento, pero no así una diferencia irritante como la actualmente vigente basada en la naturaleza del trabajo del interesado.

En definitiva, precisa, no se justifica una distinción basada en la "condición social" –prohibida por el artículo 2.2. del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-, sino que la distinción debe ser de hecho y por una razonable cantidad de años de aportes en condiciones de igualdad para todas las personas.

Concluye que el dispositivo atacado no fomenta la efectiva participación de todos los habitantes en la organización política provincial, ya que desanima a quienes no provienen de la actividad pública porque no podrán acceder al beneficio jubilatorio especial que prescribe la Ley 1282.

Plantea caso federal y formula petitorio, solicitando que este Tribunal abrogue el artículo 2 de la Ley Provincial 1282 con los efectos previstos en el artículo 16 de la Constitución Provincial, con costas a la demandada en caso de oposición.

II.- Corrida la pertinente vista, el señor Fiscal General contesta a fs. 16/17, propiciando se declare la admisión del proceso.

III.- Ahora bien, este Tribunal Superior resulta competente para conocer y resolver en las acciones de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas y reglamentos que estatuyan sobre materia regida por nuestra Carta Magna Provincial (art. 241 inc. a) de la Constitución Provincial y 1° de la Ley 2130).

En orden a ello y, sentada la competencia de este Tribunal, corresponderá analizar los recaudos de admisibilidad de la acción intentada.

III.1.- En punto a los requisitos previstos en el art. 5.1 del citado cuerpo normativo, cabe advertir que tales extremos no se hallan debidamente configurados en autos. Ello, toda vez que si bien se indica el precepto cuya constitucionalidad se persigue –artículo 2 de la Ley 1282- el mismo no se encuentra vigente.

En efecto, el accionante tacha de inconstitucional el artículo 2 de la Ley 1282, por estimar que la misma contiene un precepto que repugna a la garantía de "igualdad ante la ley" prevista en el artículo 22 de la Constitución Provincial y replicada en el artículo 16 de la Cimera Nacional, así como la prohibición de discriminación arbitraria prevista en el artículo 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sin embargo, cabe precisar que el artículo impugnado por el accionante fue reformado por la Ley 1820, (publicada en el B.O. 2122 del 15/12/89), la cual en el marco de la declaración de emergencia del Estado Provincial, modificó varias leyes. Específicamente, en lo que aquí interesa, estableció:

Artículo 20: "Modifícase el artículo 2º de la Ley 1282, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 2º: A los fines del otorgamiento del beneficio, los interesados o sus derecho habientes, deberán acreditar un período mínimo de diez (10) años de servicios con aportes al Instituto de Seguridad Social del Neuquén (ISSN)."

Cabe señalar que el artículo 5 de la Ley 2130, indica que la demanda de inconstitucionalidad deberá contener inexcusablemente la indicación de la norma legal cuya constitucionalidad se impugna, la mención del precepto constitucional que considera infringido y la fundamentación clara y concreta.

Bajo ese precepto, este Tribunal ha exigido la configuración de ciertos requisitos a los que indefectiblemente debe ajustarse quien acciona y que fueron identificados como: a) impugnación concreta de una norma, b) cuestionamiento de la violación de una manda contenida en la Constitución Provincial y c) que la cuestión constitucional sea planteada en forma clara, expresa y concreta.

Y, dados los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad -sistema de abrogación consecuente con el principio de supremacía de la Constitución-, estas exigencias no constituyen un mero ritualismo: son de cumplimiento inexcusable para el accionante, imponiéndose a la par a este Cuerpo, un examen exhaustivo de su concurrencia a los efectos de la admisión de la acción por el carril de la Ley 2130.

En ese contexto, la adecuada individualización de la normativa que se estima inconstitucional deviene un requisito ineludible a los fines de provocar el análisis que se pretende. Máxime cuando del ordenamiento legal existente surge que la normativa en cuestión ha sido expresamente reformada por una ley posterior, lo que ha ocasionado su pérdida de vigencia para el futuro –extremo desde el cual se estructura el planteo de autos-.

IV.- Aun cuando se interpretara que los argumentos que fundan la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley 1282, son plenamente trasladables al cuestionamiento del artículo 2 de la Ley 1820 que la reformó –puesto que sólo aumenta el número de años de aportes al ISSN para acogerse al beneficio jubilatorio- es necesario aclarar que la pretendida consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad -tal como se encuentra formulada en el presente- también excede el marco legal impuesto por la Ley 2130.

Esto así porque el acogimiento de la declaración que se pretende importaría la eliminación de un requisito esencial tenido en cuenta por el legislador a los fines de diseñar la ecuación económica financiera que posibilita la existencia misma del régimen previsional especial creado por la Ley 1282 –reformada por la Ley 1820- y convertiría al Poder Judicial en legislador "positivo", competencia que le es extraña, ya que supera ampliamente los efectos abrogatorios de la sentencia de inconstitucionalidad.

El control de constitucionalidad vigente en nuestra Provincia es de orden mixto, donde convive un control concentrado que lo ejerce este Cuerpo, al avocarse al conocimiento de las acciones directas de inconstitucionalidad que son de su competencia exclusiva (art. 241 inc. a) de la Constitución Provincial y art. 1° de la Ley 2130) asumiendo la función de Tribunal Constitucional de efectos abrogatorios; con un contralor difuso a cargo de todos los jueces en las causas sometidas a su conocimiento, con efectos específicos para el caso sometido a tratamiento (art. 16 primera parte de la Constitución Provincial).

Entonces, el efecto que apareja la declaración de inconstitucionalidad dentro del marco de la acción autónoma referenciada en primer término, es la DEROGACION DE LA NORMA INCONSTITUCIONAL, con efecto erga omnes.García de Enterría afirma que la anulación de una ley es un suceso bastante más grave que la anulación de un acto de la Administración, porque crea por sí sola una gran inseguridad jurídica para los ciudadanos y para todos los Poderes Públicos, por lo que dados esos alcances abrogatorios, el efecto sanción deberá ser considerado como última ratio del orden jurídico, llegando a ello sólo cuando el esfuerzo interpretativo no logre coordinar la norma aparente o presuntamente opuesta a la Constitución.

Con ello queremos significar, que la única facultad delegada por el constituyente al Superior Tribunal de Justicia a través de esta acción es, como vimos, la de la abrogación de la norma de alcance general, lo que convierte al

Cuerpo en legislador negativo al eliminar del mundo jurídico la norma inconstitucional, haciendo perder su vigencia.

Pero es ésta la única consecuencia posible de la declaración de inconstitucionalidad, con lo cual se encuentra vedado a este Tribunal alterar los términos de la norma impugnada a extremos tales de sustituir o modificar la disposición legislativa en grado tal que desnaturalice su sentido, pues tal facultad se encuentra reservada en forma exclusiva al Legislador.

En esta línea, y en palabras de la Suprema Corte Nacional, el efecto propio de la declaración de inconstitucionalidad, es anular el obstáculo que se opone al goce de un derecho y no ampliar o extender el alcance de la disposición discutida (Fallos 214-184 (7/7/49); 237-339 (25/3/57)).

Bajo este contexto, si esa anulación no implica por sí misma el restablecimiento de la vigencia de la ley anterior a la

que sustituyó la anulada, más incontrastable aún, se presenta la imposibilidad para el Poder Judicial de que por la vía de la declaración de inconstitucionalidad de un artículo de una Ley se altere de tal modo la disposición legislativa, que culmine sustituyendo el alcance dado por el legislador, modificando en definitiva el juicio realizado por éste sobre la oportunidad o conveniencia de determinada regulación.

V.- Aplicando estos postulados al caso concreto tenemos que la pretensión formulada en la demanda no es la declaración de inconstitucionalidad, in totum, de la Ley 1282 –modif. por la Ley 1820- (que de ser acogida en una sentencia eliminaría su vigencia del mundo jurídico dado el carácter abrogatorio, y de allí el carácter de "legislador negativo del Poder Judicial") sino sólo de su artículo 2.

Ahora bien, si este artículo define precisamente un requisito indispensable para poder acceder a los beneficios del régimen jubilatorio especial (esto es, la exigencia de tener 10 años –conforme Ley 1820- de aportes a la Caja del ISSN), de perder su vigencia bajo los efectos abrogatorios de una sentencia en el marco de la Ley 2130, es evidente que se estaría modificando lisa y llanamente todo el régimen previsional previsto por la Ley 1282, pues desaparecería el extremo de tener un mínimo de aportes a la caja otorgante del beneficio, desvirtuando la ecuación económica-financiera tenida en miras por el legislador para sostener el régimen en cuestión y, en consecuencia, el Poder Judicial estaría de hecho legislando, circunstancia expresamente vedada en función del principio de separación de poderes.

El acogimiento de la pretensión en los términos en que se ha formulado, importaría en la práctica que este Poder Judicial asuma el rol de legislador positivo, aun cuando en apariencia se requiera la "simple" o "sola" abrogación del artículo 2 de la ley 1282 (ref. por Ley 1820), a través de su declaración de inconstitucionalidad.

Y, si en el marco de todo control de constitucionalidad los jueces están obligados a ponderar las consecuencias de sus decisiones, corresponde entonces, considerar que de suprimirse la vigencia del artículo 2 de la Ley 1282 (ref. por Ley 1820) no sólo se desnaturalizaría el sistema delineado por la Ley, sino que, directamente, se estaría estableciendo a través de la sentencia, una nueva regulación en la materia.

La supresión del artículo impugnado, en tanto determina los requisitos para ser beneficiario del régimen, traería como consecuencia directa la injerencia del Poder Judicial en la modificación de las condiciones bajo las cuales se accede a la jubilación, pudiendo provocar el desfinanciamiento de la caja otorgante del beneficio.

Es claro que éste no es el objetivo, ni la finalidad perseguida por la ley; e indudablemente, tampoco es facultad o competencia del Poder Judicial así determinarlo.

Las leyes que delinean regímenes previsionales involucran cuestiones técnicas de índole económico-financieras muy complejas, cuyo mérito se encuentra librado, como regla, a la decisión del Poder Legislativo. Basta remitirse a los términos de la Ley 1820, la que en un contexto de emergencia económica provincial ponderó que la exigencia de 6 años de aportes a la Caja Jubilatoria del ISSN era insuficiente, subiendo a 10 años los aportes necesarios para poder acceder al beneficio jubilatorio, en miras de proveer un adecuado financiamiento al sistema.

Esta naturaleza determina que el Poder Judicial deba ser muy prudente con su intervención, y que, en el caso concreto, se inhiba de alterar el equilibrio del sistema previsional.

Porque, se insiste, de los términos en que se plantea la demanda es imposible evaluar el impacto que la eliminación del requisito de un mínimo de aportes a la caja jubilatoria del ISSN, tendría en su régimen económico y financiero, y en definitiva, podría provocarse la quiebra del sistema previsional provincial.

En definitiva, la pretensión tal como se encuentra formulada a través de la acción intentada y con los efectos ya ampliamente referenciados que posee la sentencia, excede el marco legal impuesto por la Ley 2130 como se apuntara párrafos arriba.

VI.- A mayor abundamiento, por vía de la especial acción de inconstitucionalidad, la actividad judicial se limita exclusivamente a producir actos de verificación de compatibilidad constitucional. Así, si efectuada tal verificación se comprueba la existencia de desacuerdo o incongruencia y la norma legal resulta ser inconstitucional, la declaración de su invalidez implica un deber para los jueces.

Empero, si con el pretexto de controlar, lo que en verdad se hace es asumir la potestad de resolver acerca de lo que es apto, eficaz u oportuno, nos encontramos ante una conducta usurpadora, violentando el principio de división de

poderes, al invadir la esfera propia de otro poder, que justamente por tener representatividad, en su función de legislar se encuentra autorizado a irrumpir en el agitado y conflictivo mundo de los juicios de conveniencia (cfr. Julio Oyhanarte, el caso Bonfante, "La autolimitación de los Jueces" E.D. 57-811 y ss).

Y advertido ello con extrema claridad en esta instancia inicial, se impone concluir, que aún de transitarse todo el carril jurisdiccional, no podría dictarse decisión alguna que variara la suerte adversa de la pretensión, en punto a que, no podría este Tribunal exceder las facultades otorgadas por la Ley 2130, acogiendo la pretensión en los términos formulados, pues en definitiva se estaría sustituyendo los criterios de los Legisladores Provinciales en relación con el alcance de una regulación tendiente a reconocer un beneficio jubilatorio bajo un régimen especial.

La pretensión se encuentra entonces, desde el origen, destinada al fracaso.

Por ello, 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 (Acuerdo 1108/05 y 1134/05, entre otros).

Luego, 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). ASI VOTO.

El señor Vocal Doctor Oscar E. Massei dijo: Luego de ponderar los alcances de la decisión que se pretende en este caso, debo adherir a la solución que propicia el Sr. Vocal que abre el Acuerdo. TAL MI VOTO.

El señor Presidente Doctor Evaldo Darío Moya, dijo: por compartir los fundamentos y la solución que propone el Dr. Kohon, emito mi voto de adhesión en idéntico sentido. TAL MI VOTO.

La señora Vocal Doctora María Soledad Gennari dijo: Adhiero a la solución propuesta por el Dr. Kohon, por lo que voto del mismo modo. TAL MI VOTO.

El señor Vocal Doctor Alfredo Elosú Larumbe dijo: Adhiero a los fundamentos expuestos por el Sr. Vocal que abre el acuerdo, por lo que emito mi voto en forma coincidente. ASI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Rechazar "in limine" la acción de inconstitucionalidad articulada por el señor Mauricio Fabián Cifuentes contra la Provincia del Neuquén; 2°) Imponer las costas al actor vencido (art. 68 del C.P.C.y C., de aplicación supletoria en la materia); 3°) Regular los honorarios de los Dres. ... y ... en la suma de $21.500.- en conjunto (cfr. arts. 6, 10, 36 de la Ley 1594); 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

Dr. EVALDO DARIO MOYA - Presidente. Dr. RICARDO TOMÁS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI - Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI - Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

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

"ASOCIACION DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DE LA JUSTICIA DEL NEUQUEN Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD" – Tribunal Superior de Justicia - Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3147/2010) – Acuerdo: 05/16 – Fecha: 18/10/2016

Acción de inconstitucionalidad.

ASOCICION DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS. CONSTITUCION PROVINCIAL. REFORMA CONSTITUCIONAL. CONSEJO DE LA MAGISTRATURA. EVALUCION DE JUECES Y FUNCIONARIOS. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA. NULIDAD DE LA REFORMA.

1.- La Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales, inició una acción autónoma de inconstitucionalidad (Ley 2130) y solicitó la nulidad parcial de la reforma constitucional del año 2006, limitada al inciso 3º del artículo 251 de la Constitución Provincial. Además peticionó se declare la inconstitucionalidad del artículo 28 de la Ley Nro. 2533 –que reglamenta la facultad de evaluar- y del "Reglamento de Evaluaciones de Idoneidad y Desempeño de Magistrados y Funcionarios Judiciales", éstas últimas suspendidas en su vigencia a raíz de una medida cautelar dispuesta por este Tribunal en otra causa (expte. 2986/10).

2.- En el año 2005 se dictó la Ley 2471 que convocó a una Convención Constituyente para reformar la Constitución Provincial. Dicha ley habilitó a la Convención a debatir y tratar, entre otros temas, la "Profundización de la independencia del Poder Judicial y optimización de su funcionamiento" (conforme apartado IV de la Ley). Dispuso también que serían nulas, de nulidad absoluta las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida (art. 7º).

3.- Como consecuencia de la reforma, la Convención Constituyente incorporó a la Constitución de la Provincia del Neuquén, el Consejo de la Magistratura, órgano encargado de seleccionar a los candidatos a jueces y funcionarios del ministerio Público, tal como había sido previsto en la ley 2471. Pero también le otorgó la función de: "Periódicamente, evaluar la idoneidad y el desempeño de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial, conforme lo establezca la ley. En caso de resultar insatisfactorio, con el voto de cinco (5) de sus miembros, elevar sus conclusiones al Tribunal Superior de Justicia o al Tribunal de Enjuiciamiento a sus efectos" (art. 251 inc.3 C.P.). El Tribunal Superior de Justicia consideró que el Poder Constituyente derivado –reformador- al igual que los restantes Poderes del Estado, está limitado en sus atribuciones por la propia Constitución y por las leyes que le fijan su misión y el alcance posible de la reforma. Señaló que si bien la Convención no está obligada a modificar todos los artículos indicados por los legisladores, debe respetar los límites establecidos en la ley no pudiendo reformar más allá de lo previamente acordado. Bajo estos parámetros, el Tribunal analizó la Ley de convocatoria -L. 2471- y concluyó que ni de su texto ni de su finalidad surge la posibilidad de que el Consejo de la Magistratura evalúe periódicamente la idoneidad y desempeño de los magistrados y funcionarios

judiciales.

4.- La atribución dada al Consejo de la Magistratura para "evaluar periódicamente" a los jueces y funcionarios (art. 251 inc. 3º C.P.), en tanto no fue previsto en la ley de Convocatoria, es nula (sanción prevista en la ley 2471, por aplicación del artículo 315 de la Constitución Provincial); y por ello es inconstitucional el art. 28 de la ley 2533 que la reglamenta y toda normativa dictada en su consecuencia. Esta anulación "no comporta un pronunciamiento sobre aspectos de naturaleza substancial de la norma impugnada –juicio que no está en las atribuciones propias del Poder Judicial-, sino en la comprobación de que aquélla es fruto de un ejercicio indebido de la limitada competencia otorgada a la convención reformadora" (Fallos 322:1609).

Texto completo:

ACUERDO N° 5. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los dieciocho días del mes de octubre del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo el Tribunal Superior de Justicia con la Presidencia de su titular Doctor EVALDO DARIO MOYA, integrado por los señores Vocales Titulares, Doctores RICARDO TOMAS KOHON y ALFREDO ELOSU LARUMBE, el señor Vocal Subrogante Doctor JOSÉ IGNACIO GEREZ y el señor Vocal Subrogante Conjuez Doctor ADOLFO GUILLERMO MANSON, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Doctora LUISA A. BERMUDEZ, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "ASOCIACION DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DE LA JUSTICIA DEL NEUQUEN Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD", Expte. N° 3147/10, 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.- A fs. 6/31 se presentan los Dres. Walter Richard Trincheri y Miguel Ángel Valero, por derecho propio, y en su carácter de apoderados de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Neuquén, con patrocinio letrado, e inician acción de inconstitucionalidad contra la Provincia del Neuquén. Pretenden se declare la nulidad de la reforma introducida en el inciso 3º del artículo 251 de la Constitución Provincial, en virtud de lo prescripto por el artículo 4º de la Ley 2471, declarativa de la necesidad de reforma constitucional, y la declaración de inconstitucionalidad del artículo 28 de la Ley Nro. 2533 y del "Reglamento de Evaluaciones de Idoneidad y Desempeño de Magistrados y Funcionarios Judiciales" (en adelante "El Reglamento") dictado por el Consejo de la Magistratura, por cuanto tales normas atentan abiertamente contra expresas previsiones constitucionales contenidas en los artículos 1, 18, 19, 21, 63, 229, 240 inc. a) de la Ley Fundamental Provincial.

Realizan un repaso de los antecedentes normativos que sustentan la pretensión.

Indican que en el año 2004, la Legislatura de la Provincia de Neuquén dictó la Ley Nro. 2471 (sancionada el 07/10/2004, promulgada el 08/10/2004 y publicada el 15/10/2004) en virtud de la cual se declaró la necesidad de reforma parcial de la Constitución y se convocó a una Convención Constituyente.

Manifiestan que el artículo 4º de dicha norma, habilitó a la Convención a debatir y tratar, entre otros temas, la "Profundización de la independencia del Poder Judicial y optimización de su funcionamiento" (conforme apartado IV de la Ley). Por su parte, en el apartado VI, ítem 40, referido a los órganos de control, encomendó: "La elaboración de un nuevo sistema mediante el cual los jueces y funcionarios judiciales se seleccionen a través de un organismo de composición pluralista, con un mecanismo transparente y participación ciudadana y de demás sectores interesados, sin descartar ni la elección en forma directa para integrar dicho cuerpo ni la obligación de reválidas periódicas".

Continúan narrando que a través de dicha reforma constitucional, se incorporó a la Constitución de la Provincia del Neuquén, como órgano extrapoder, al Consejo de la Magistratura, regulado por los artículos 249 a 251. Asimismo, dice que el inciso 3º del artículo 251, prevé entre las funciones de dicho órgano:

"Periódicamente, evaluar la idoneidad y el desempeño de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial, conforme

lo establezca la ley. En caso de resultar insatisfactorio, con el voto de cinco (5) de sus miembros, elevar sus conclusiones al Tribunal Superior de Justicia o al Tribunal de Enjuiciamiento a sus efectos".

Asimismo, aseguran que también se reformó el artículo 229, el que quedó redactado de la siguiente manera: "Los magistrados judiciales y los funcionarios de los ministerios públicos a los que se refiere el artículo 239 serán inamovibles mientras dure su buena conducta y no podrán ser trasladados ni ascendidos sin su consentimiento. Sólo podrán ser removidos previo enjuiciamiento en la forma establecida en esta Constitución, por mal desempeño o comisión de delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 251, inciso 3)…".

Relatan que la Ley Nro. 2533 (sancionada el 09/11/2006) reglamentó el funcionamiento e integración del Consejo de la Magistratura y en su artículo 28 dispuso: "El Consejo de la Magistratura efectuará, cada cuatro (4) años como mínimo, una evaluación de desempeño e idoneidad de magistrados y funcionarios, agrupándolos por fuero y categorías de cargos.

A los efectos de la evaluación de desempeño, el Consejo de la Magistratura podrá tomar en consideración, entre otros antecedentes, los informes que produzca el Tribunal Superior de Justicia.

A los efectos de la evaluación de idoneidad, el Consejo de la Magistratura podrá calificar a los magistrados y funcionarios del Poder Judicial a través de un trabajo de investigación, la publicación de un tema de interés público, u otro requerimiento académico, todos ellos que tengan directa relación con el cargo que desempeña.

En todos los casos el Consejo remitirá sus conclusiones al Tribunal Superior de Justicia o al Tribunal de Enjuiciamiento a sus efectos."

Señalan que, posteriormente, se sancionó el "Reglamento de Evaluación de Idoneidad y Desempeño de Magistrados y Funcionarios Judiciales" elaborado por el Consejo de la Magistratura, cuya aplicación fuera suspendida en virtud de la medida cautelar dictada por este Cuerpo en los autos: "Trincheri, Walter Richard y otro c/Provincia del Neuquén s/Medida Cautelar" Expte. 2986/10.

Luego de explayarse sobre la competencia de este Tribunal para entender en el planteo que se expone y de fundamentar su legitimación activa, desarrollan los argumentos que constituyen el basamento de las pretensiones.

Así, respecto de la nulidad de la reforma a la Constitución Provincial introducida en el inciso 3º del artículo 251, señalan que la Convención Constituyente se ha extralimitado del mandato específico reformador que fuera expuesto en la Ley Nro. 2471, colocando en cabeza del Consejo de la Magistratura -órgano creado también por ella- atribuciones que desnaturalizan la finalidad que debió haber respetado en todo momento, cual es, la profundización de la independencia del Poder Judicial.

Interpretan que la composición del organismo creado, sumado a sus excesivas facultades, ha configurado un desequilibrio entre los poderes constituidos, en desmedro del Poder Judicial, situación que trasgrede preceptos que hacen a la esencia misma de la forma republicana de gobierno.

Sostienen que la reforma ha invadido en forma ilegítima atribuciones propias y exclusivas del Jurado de Enjuiciamiento, órgano constitucional anterior a la reforma del año 2006, y respecto del cual, la Convención reformadora sólo podía debatir y consensuar sobre su nueva integración.

Con cita del constitucionalista Gregorio Badeni, indican que los aspectos sustanciales de la reforma sólo son revisables judicialmente si modifican las cláusulas pétreas establecidas expresamente con motivo del ejercicio del poder constituyente originario, o si la Convención se aparta del temario establecido por el Congreso –en este caso, la Legislatura Provincial- modificando cláusulas de la Convención cuya reforma no fue declarada necesaria.

Resaltan que la propia Ley Nro. 2471, estableció en su artículo 7º que serán nulas, de nulidad absoluta las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida y, además, delimitó el marco dentro del cual debía producirse el debate constitucional respecto a la reforma de la justicia.

En este sentido, afirman que todo el punto 40 del artículo 4º, apartado VI de la Ley 2471 hace referencia a la creación e integración del Consejo de la Magistratura como órgano encargado del mecanismo de selección de los magistrados y funcionarios judiciales.

Sostienen que una correcta exégesis del párrafo analizado indica que la última parte que impone a los Constituyentes que deberán elaborar un nuevo sistema de selección de magistrados y funcionarios "sin descartar ni la elección en forma directa para integrar dicho cuerpo ni la obligación de reválidas periódicas" se encuentra referido a la integración del Consejo de la Magistratura y no a la facultad de evaluar periódicamente la idoneidad y desempeño de los magistrados y funcionarios judiciales (cfr. inciso 3º del artículo 251 de la C.P.).

Insisten en que dicha interpretación no sólo surge de la circunstancia de estar todo en un mismo párrafo que refiere al mentado Consejo, sino también por la sintaxis usada, ya que el legislador utiliza la palabra "cuerpo" en singular –en abierta alusión al órgano a crearse- y no en plural como lo hace cuando se refiere a "los magistrados y funcionarios judiciales".

Manifiestan que la reforma introducida por la Convención Constituyente, en este punto, atenta contra la división de poderes y la independencia del Poder Judicial, toda vez que el Consejo de la Magistratura ha sido ubicado como "órgano extrapoder", registrando en su composición una mayoría absoluta de cuatro integrantes designados por el poder político sobre un total de siete miembros.

Afirman que ello importa colocar en cabeza de un órgano concebido fuera del Poder Judicial e integrado por mayoría de uno de los poderes políticos la función de "evaluar la idoneidad y el desempeño de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial" con el consiguiente peligro real y concreto de que dicho mecanismo pueda ser utilizado por el gobernante de turno como factor de presión al recaer sobre los magistrados una permanente evaluación de sus labores.

Insisten en que la Convención no sólo carecía de facultades para establecer un mecanismo de reválidas para los magistrados sino que, al momento de fijar la composición pluralista del organismo, se decidió a favor de una integración compuesta por una mayoría absoluta de representantes de la Legislatura. Traen a colación el dictamen efectuado por el Dr. Daniel Sabsay quien afirma que la facultad de evaluación dada al Consejo de la Magistratura de Neuquén atenta contra el sistema republicano de gobierno, al afectar severamente la independencia del Poder Judicial.

Transcriben parte del mencionado dictamen, donde se augura que "…todo juez verá violentado el ejercicio de sus funciones de manera permanente, ya que vivirá invadido por el temor a lo que en realidad importa una "renovación encubierta" en el ejercicio de su cargo. Sin duda que dicha renovación dependerá de la mayor o menor irritación que sus fallos provoquen a los ocupantes ocasionales del poder político o inclusive si éstos desearan cubrir las "eventuales" vacantes que se produzcan en la Justicia con personas que les sean "leales"."

Para luego asegurar que: "…un análisis pormenorizado de los regímenes constitucionales comparados que contemplan la institución del Consejo de la Magistratura, en 12 provincias argentinas y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires… ()… ningún estado ha adoptado un sistema parecido al neuquino, o mejor dicho, directamente no poseen un procedimiento de evaluación… (…) además se advierte que el Poder Político (Legislativo y Ejecutivo) no posee mayoría en ningún Consejo Provincial".

Concluyen en que la Convención reformadora ha incurrido en una doble transgresión constitucional, dado que, por un lado, conforme la interpretación armónica y semántica de la letra de la Ley 2471, la Convención no se encontraba habilitada a crear un órgano cuya función fuera la de evaluar a los magistrados y funcionarios judiciales y, por el otro, vulneró la independencia del Poder Judicial, al poner en jaque la inamovilidad de los jueces en sus cargos a instancias de los representantes políticos que conforman las restantes fuerzas del Estado.

Luego, se explayan respecto de la segunda pretensión esgrimida: la declaración de inconstitucionalidad del artículo 28 de la Ley 2533 y del "Reglamento".

Sostienen que uno de los pilares básicos del sistema republicano de gobierno, es la periodicidad de los cargos públicos, con la única excepción de los magistrados judiciales que se mantienen en sus cargos mientras dure su buena conducta. Explican que dicha excepción tiene su razón de ser en la preservación de la independencia del Poder Judicial frente a los otros poderes del Estado, ya que un Estado de Derecho es necesariamente un Estado de Justicia.

Desde estas premisas, afirman que cuando el Reglamento creado por el Consejo de la Magistratura, dispone evaluar cada cuatro años, el desempeño e idoneidad de los magistrados y funcionarios, contraría los preceptos básicos que informan el principio republicano de gobierno.

Agregan que el Reglamento impugnado avasalla e invade facultades que la Constitución neuquina pone en cabeza del Jurado de Enjuiciamiento y del Tribunal Superior de Justicia –a través de la Secretaría de Superintendencia y de la Auditoría General-, ya que la evaluación importa la apertura de un juicio donde se evalúa la idoneidad y desempeño del magistrado, con producción de prueba y limitación al derecho del enjuiciado de ser oído.

Manifiestan que el Reglamento también se excede al contemplar la evaluación de la idoneidad y el desempeño de magistrados y funcionarios que se encuentran excluidos del proceso de selección que efectúa el Consejo de la Magistratura.

Explica que el mentado órgano se encuentra facultado para realizar el proceso de selección de los magistrados y funcionarios de los Ministerios Públicos, pero el artículo 3 del Reglamento incluye a los funcionarios que se desempeñan en el Registro Público de Comercio, Registro Único de Adoptantes, Registro de la Propiedad Inmueble, Archivo General y Registro de Juicios Universales, Oficina de Mandamientos y Notificaciones, el Administrador General y, el artículo 26 incluye también a la Secretaría de Demandas Originarias del Tribunal Superior de Justicia.

Asimismo, advierten otras vulneraciones constitucionales dadas por el Reglamento.

Para su demostración, plantean la hipótesis dada por la tramitación de un procedimiento de evaluación de un magistrado que finalizara con un resultado "no satisfactorio".

Dicen que, conforme lo dispone el Reglamento, el Consejo debería remitir los antecedentes al Tribunal Superior de Justicia, por un lado y al Jurado de Enjuiciamiento, por el otro, además de publicitar sus conclusiones en el Boletín Oficial y comunicarlas a la Legislatura Provincial, Colegio de Abogados, Organizaciones de Magistrados, etc. (cfr. arts. 23 y 24 del Reglamento).

Continúan exponiendo que, si el Jurado de Enjuiciamiento –luego de realizado el correspondiente jury- no encuentra causal para remover del cargo al magistrado, la previa publicidad de las conclusiones del proceso evaluativo –"no satisfactorio"- generaría un grave daño institucional, dado que se estaría frente a un supuesto de mantener en sus funciones a un magistrado "inidóneo" que ha sido tildado de tal por el Consejo de la Magistratura y de manera pública frente a la sociedad.

Ello acarrearía –prosiguen- una lluvia de recusaciones con causa fundadas en la "supuesta inidoneidad" publicitada por el Consejo. Aseveran que, más grave aún sería la recusación en aquellos procesos que se encuentran tramitando o ya han sido sentenciados por el magistrado cuya idoneidad ha sido evaluada negativamente.

Asimismo, advierten sobre la falta de estipulación de un plazo máximo de duración del procedimiento evaluatorio, lo que importa someter indefinidamente a los magistrados y funcionarios a la revisión de su idoneidad, afectando la garantía del debido proceso y el cercenamiento de su derecho de defensa.

Por último, plantean cuestión federal y formulan petitorio.

II.- A fs. 39/40, previa vista Fiscal (dictamen fs. 33/37), se declara la admisibilidad de la acción (RI N° 6/11) y se corre traslado de la demanda a la Provincia del Neuquén y al Fiscal de Estado (fs. 43).

III.- A fs. 48/70 la demandada contesta el planteo solicitando el rechazo de la acción intentada, con costas.

En forma preliminar, recusa con expresión de causa a todos los magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Provincia del Neuquén y solicita que el Tribunal sea integrado por conjueces, dado que estima que la cuestión debatida es de interés directo de todos los que pertenecen al Poder Judicial.

Luego, niega y rechaza las interpretaciones y conclusiones que efectúa la actora en su escrito postulatorio.

Afirma que existe un interés sectorial y corporativo que reacciona en defensa de sus propios privilegios, que procura que se suprima del sistema jurídico vigente tres actos que gozan de presunción de legitimidad, dos de los cuales constituyen emanaciones directas de la voluntad del Pueblo de la Provincia, por medio de sus representantes electos.

Explica que corresponde componer la realidad en juego y no verla sólo desde el acotado prisma de la "independencia judicial" como hacen los actores. En este sentido, señala que lo que se debate es si la Constitución

Provincial puede o no instaurar mecanismos adicionales a los controles internos del Poder Judicial para evaluar la idoneidad y desempeño de los magistrados y funcionarios judiciales, aun cuando éste les resulte engorroso, incómodo y aunque pudiese tener puntos en común con el control interno que ejerce la Auditoría del Poder Judicial -del cual acota: "bastante menos democrático e imparcial que el que efectuaría el Consejo de la Magistratura, por cierto"- porque es lo que la sociedad ha determinado a partir de una reforma constitucional.

En base a lo expresado, estima que la pretensión de nulidad de "la reforma introducida en el inciso 3º del artículo 251 inc. a) de la Constitución Provincial" debe ser rechazada, puesto que la acción intentada no es el carril por el cual puede analizarse la constitucionalidad o no de la Constitución misma.

Se explaya sobre esta defensa, explicando que la Ley 2130 sólo reconoce acción para demandar sobre la "constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas y reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución…" y no sobre la constitucionalidad o no de la Constitución misma o de procesos constitucionales que la modifiquen, como es este caso.

Refiere que el planteo carece del requisito esencial en toda petición de nulidad: no consigna cuál es el perjuicio. Dice que ello se debe a que el mismo no existe, ya que toda la demanda se estructura en base a una queja sobre la existencia de un hipotético perjuicio porque el Consejo de la Magistratura aún no ha emprendido acto material tendiente a ejecutar el citado inciso 3º del artículo 251 de la C.P. Por ello, estima que los actores promueven la nulidad ante una mera sospecha de perjuicio, lo es que igual que decir que persiguen la nulidad por la nulidad misma.

Asimismo, rebate que la Convención Constituyente se excediera de los límites impuestos por la Ley 2471.

Afirma que la reforma constitucional no tuvo como finalidad "la profundización de la independencia judicial" como aseguran los actores. Dice que, por el contrario, el propósito de la Convención se encuentra en el artículo 3º de la Ley 2471, que transcribe:

"La reforma tiene el siguiente sentido y finalidad, a) concretar una profunda reforma política, b) Democratización del sistema político, c) Fortalecimiento de la institución parlamentaria, d) Eficiencia y gobernabilidad del sistema, e) Reforzamiento de los controles democráticos, f) Reconocimiento de nuevos derechos y declaraciones."

Manifiesta que una lectura armónica y contextualizada de la Ley 2471, indica que dos de los ejes de la reforma interesaron directamente al Poder Judicial, el vinculado a la "eficiencia y gobernabilidad del sistema" y el "reforzamiento de los controles democráticos". Alega que como derivación del primero de ellos, surgió el artículo 153 de la C.P. y como consecuencia del segundo, se estableció un órgano independiente, el Defensor del Pueblo (art. 265) y un órgano extrapoder, el Consejo de la Magistratura (art. 249 a 251). Interpreta que el artículo 4º sólo estableció 53 ítems que podía tratar o no la Convención, entre los cuales se incluyó la "profundización de la independencia del Poder Judicial", lo que no importa una "finalidad" de la reforma, sino "simples elementos de orden temático establecidos por el legislador en la norma para dar mayor claridad y coherencia a su discurso que en esta cláusula en particular es disímil y extenso". Refuerza su postura indicando que se trata sólo de "un epígrafe, un rótulo temático".

Por su parte, prosigue, bajo el rótulo VI: órganos de control, agrupó los ítems 40 a 44, entre los cuales el legislador quiso que se discutiera la instauración de un "nuevo sistema mediante el cual los jueces y funcionarios judiciales se seleccionen a través de un organismo con composición pluralista, con un mecanismo transparente y participación ciudadana y de demás sectores interesados, sin descartar ni la elección en forma directa para integrar dicho cuerpo ni la obligación de reválidas periódicas."

Entiende que esta cláusula es la habilitante para la creación de un Consejo de la Magistratura con dos funciones primordiales: la selección de magistrados y funcionarios judiciales pertenecientes a los Ministerios Públicos y la potestad de evaluar la idoneidad y el desempeño de todos los magistrados y funcionarios judiciales.

Dice que la evaluación hace a la finalidad de optimización del funcionamiento del Poder Judicial y esa finalidad está en la Ley 2471. Luego, asegura, es el Constituyente el que decide en cabeza de qué órgano deposita tal función, decantándose en este caso, por el Consejo de la Magistratura y reservando en el Jurado de Enjuiciamiento la potestad disciplinaria.

A continuación señala la contradicción en la que, a su juicio, incurren los actores cuando indican que la evaluación de

la idoneidad y desempeño en manos del Consejo de la Magistratura importa un control de tipo "político", lo que atentaría contra la independencia del Poder Judicial, sin reparar que los dos controles externos existentes hoy en día –el Juicio Político y el Jury de Enjuiciamiento- también tienen un componente político que no parece perturbar el principio republicano de gobierno ni inquietar a los accionantes.

Alega que tales controles externos, instituidos en 1957, se encuentran actualmente en crisis, ya que no configuran la perfección institucionalizada, razón por la cual en el derecho público argentino y comparado se experimenta con órganos como el Consejo de la Magistratura a fin de perfeccionar el sistema vigente.

Insiste en que el control externo que ejercería el Consejo de la Magistratura es en parte de índole política, como también los son los existentes actualmente, lo que no autoriza a presumir que ello atenta contra los valores de la República sin revelar un prejuicio negativo sobre la rectitud de los miembros de un organismo del Estado.

Respecto a la existencia de superposición de controles entre el que ejercería el Consejo de la Magistratura y aquél que lleva a cabo la Auditoría interna del Poder Judicial, afirma que dobles y triples controles son comúnmente admitidos en las organizaciones porque ello hace a una buena práctica. Y, si bien admite que tal situación puede incomodar a los miembros del Poder Judicial, cree que ello no importa una flagrante violación del sistema republicano de gobierno.

Posteriormente y en apoyo a su postura, cita al Estatuto del Juez Iberoamericano, el que en su artículo 14 y las reglas 21, 23 y 37 admite la posibilidad de evaluar el desempeño de los jueces.

De igual forma, defiende la legalidad y razonabilidad tanto de la Ley 2533 como del Reglamento de Evaluaciones de Idoneidad y Desempeño impugnado.

Asegura que la Ley 2533 reglamentó razonablemente la facultad de evaluación periódica que prevé la Constitución Provincial, al disponer que la misma sea efectivizada cada 4 años, lo que tiene su correlato con el tiempo de duración de los Consejeros en sus cargos, de suerte tal que al menos una vez durante su gestión, los mismos puedan evaluar la idoneidad y desempeño de todos los magistrados y funcionarios judiciales y no sólo a quienes hayan sido seleccionados mediante los concursos que deben llevar a cabo.

Hace mención a un proyecto de ley que la Asociación de Magistrados ingresó en la Legislatura Provincial (Expte. Nº 13/08), donde admitía la facultad de evaluar a los magistrados, pero solamente en lo que hace a su desempeño. Se explaya en la descripción del proyecto, su comparación con el existente actualmente y hace hincapié en la existencia de contradicción en el accionar de los actores.

Luego realiza un repaso histórico sobre la incorporación del sistema de selección de magistrados vigente actualmente en las constituciones provinciales y un relato pormenorizado sobre la composición y funciones de los Consejos de la Magistratura en el derecho comparado.

Resume las principales notas de la potestad evaluativa en cabeza del Consejo, a fin de distinguirla de la llevada a cabo por la Auditoría del Poder Judicial.

En este sentido, indica que:

1.- El controlante no tiene relación jerárquica con el controlado porque lo ejerce un órgano extrapoder. En cambio, dice, en la Auditoría interna el controlante depende del controlado.

2.- Al igual que en el juicio político y en el Jury de Enjuiciamiento, el Consejo de la Magistratura se manifiesta por medio de actos llamados "institucionales" (cfr. Marienhoff).

3.- Su potestad evaluativa no conlleva facultades instructorias vinculadas a lo disciplinario, aunque sí ordenatorias (art. 14 parr. 2º del Reglamento) y de impulso (como sería el caso de concretar una denuncia al Jurado de Enjuiciamiento).

4.- El Consejo de la Magistratura ejerce un control material porque habilita acciones y comprobaciones in situ y no meramente documentarias.

5.- Está dirigido a sujetos porque la Constitución manda a evaluar el desempeño y la idoneidad de "magistrados y funcionarios judiciales" y sólo indirectamente a organismos. Sostiene que, en cambio, la Auditoría, por definición, sólo controla procesos e indirectamente a los sujetos.

6.- No utiliza como técnica principal el control de auditoría, aunque efectúa algunas operaciones típicas de ésta (cfr.

arts. 12 inc. 3, 7º, 9º, 10º inc. 3 in fine del Reglamento).

Interpreta que el hecho de que se les asigne a los jueces la última palabra en las cuestiones jurisdiccionales no lleva a afirmar que quien posea y ejerza tal facultad no deba ser controlado aunque, destaca, el Consejo no tiene potestades de remoción.

Concluye afirmando que la facultad genérica de contralor, bajo distintas formas y modalidades, es consustancial al sistema democrático ya que el mismo se autodefine, ante todo, como un sistema de frenos y contrapesos recíprocos entre las distintas instituciones, destinado a controlar, equilibrar la distribución del poder y limitar el mismo.

Ofrece prueba, funda en derecho, hace reserva de cuestión federal y formula petitorio.

IV.- A fs. 84/88 mediante R.I. Nro. 30/11 se rechazan in limine las recusaciones formuladas en el escrito de contestación de demanda.

A fs. 94/96 obra contestación de los actores del traslado de la documental adjuntada por la Fiscalía de Estado. Se explayan sobre los aspectos relevantes del proyecto de ley enviado por la Asociación de Magistrados a la Legislatura Provincial, con motivo de la creación del Consejo de la Magistratura, a fin de refutar la supuesta incoherencia de argumentos.

V.- A fs. 97 se decide la apertura de la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 104, disponiéndose el pase de las actuaciones en vista Fiscal.

A fs. 112 obra excusación formulada por el Sr. Fiscal Subrogante, Dr. Cancela, quien solicita se lo aparte del conocimiento de esta causa.

Mediante R.I. Nro. 14/2012 se acepta la excusación formulada y se ordena realizar sorteo para la designación del Sr. Fiscal Subrogante.

A fs. 118 obra constancia actuarial del sorteo público llevado a cabo el día 24/10/12, mediante el cual resultó desinsaculado el Dr. Pablo Vignaroli.

A fs. 119 obra excusación formulada por el Sr. Fiscal Subrogante sorteado, la que es desestimada mediante R.I Nro. 5/2013 obrante a fs. 121/123, ordenándose correr nueva vista a su Ministerio.

VI.- A fs. 127/8 obra dictamen del Sr. Fiscal Subrogante Dr. Vignaroli, quien propicia el acogimiento de la acción y, en consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 28 de la Ley 2533 y del Reglamento de Evaluaciones de Idoneidad y Desempeño de Magistrados y Funcionarios Judiciales, dictado por el Consejo de la Magistratura, en la inteligencia que ambas normas ponen en peligro la independencia funcional del Poder Judicial y que el Reglamento, a su vez, invade facultades que la Constitución Provincial ha otorgado al Jurado de Enjuiciamiento y al propio Tribunal Superior de Justicia y se excede al pretender evaluar a funcionarios cuya selección no está a cargo de tal órgano.

VII.- A fs. 129 obra la providencia de autos y, finalmente superadas todas las cuestiones vinculadas con la integración del Tribunal que obligaron a suspender y reanudar dicho llamado (cfr. a partir de fs. 130 hasta fs. 215 y Resoluciones dictadas Nros. 7/14, 23/15, 6/16), el Cuerpo quedó debidamente conformado para el dictado de la sentencia.

VIII.- Conforme se ha expedido este Tribunal en reiteradas oportunidades, cada vez que le toca ser árbitro final de la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales provinciales, la tarea aparece como ardua y compleja, habida cuenta que la resolución que se adopte, trasciende la esfera particular de los involucrados directamente en el proceso, para influir sobre la comunidad toda. Sin lugar a dudas, toda declaración de inconstitucionalidad, constituye una de las más delicadas funciones a cargo de un Tribunal de Justicia.

Más aún cuando, como en el caso, la pretensión se deduce en el específico y extraordinario ámbito de la acción autónoma de inconstitucionalidad, cuya característica principal es la derogación con alcance general de la norma contraria a la Constitución Provincial (art. 16 de la Constitución Provincial).

Este particular efecto abrogatorio que se acuerda al pronunciamiento determina que el examen constitucional deba ser muy riguroso y estricto en punto a la verificación del cumplimiento de los recaudos formales y sustanciales establecidos en la Constitución Provincial y reglamentados por la Ley 2130.

El caso traído a estudio, presenta ribetes peculiares al propiciar los actores un análisis constitucional consistente no sólo en la revisión de la validez de una norma de carácter general –Ley 2533 y su reglamento- sino, principalmente, el

análisis de una cláusula introducida en el texto constitucional neuquino mediante la reforma acaecida en el año 2006.

La revisión jurisdiccional de la validez de una reforma constitucional, es un tópico que ha sido largamente debatido en doctrina y que presenta varios interrogantes acerca de su procedencia, su extensión, la vía idónea para propiciar el control, los efectos del mismo, etc.

Sin embargo la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal desde hace más de cincuenta años se ha encargado de establecer parámetros que delinean la tarea del juez constitucional en relación con la posibilidad de controlar judicialmente una reforma constitucional (cfr. Soria de Guerrero, Juana Ana c/Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos, S.A., F: 256:556).

Explica Bidegain que "…frente a la impugnación de la validez de leyes por incumplimiento en algún aspecto del proceso de sanción reglado por la Constitución, la Corte Suprema ha encuadrado el caso en su doctrina de la no judiciabilidad de las cuestiones políticas y se ha negado a investigar si se cumplieron los requisitos de quórum, mayoría, disposiciones reglamentarias, etcétera, entendiendo que "cada uno de los tres poderes que conforman el gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente". Sin embargo, ha dejado abierta una excepción: "salvo el incumplimiento de los requisitos constitucionales mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley" (F. 53:420, 141:27, 143:131, 210:555), habiéndose considerado que se da uno de estos supuestos cuando se produce la promulgación de una ley en la parte no vetada (F. 268:352)…."

Y prosigue: "La impugnación de la validez de una reforma en razón del contenido, plantea, en principio, una cuestión no justiciable. Las discrepancias sobre el acierto, conveniencia u oportunidad de las reformas sancionadas por la Convención en ejercicio de una competencia que le acuerda la Constitución, configuran cuestiones políticas exentas de revisión por los jueces. Pero, hay algunas excepciones a ese principio. Recordemos que, en materia de contenido, la Convención está limitada en dos aspectos: en cuanto (a) la irreformabilidad de algunas cláusulas por expresa disposición constitucional; y (b) a la irreformabilidad de las partes de la Constitución que el Congreso no haya declarado necesario reformar. Dadas estas limitaciones, los jueces estarían habilitados para negarse a aplicar las reformas que hiciera la Convención excediendo su competencia." (Bidegain, Carlos María "Curso de Derecho Constitucional, tomo IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003).

Así es como en el renombrado caso "Fayt" (Fallos 322:1609) se propició el control judicial de la reforma acaecida en el año 1994 a la Constitución Nacional, declarando la nulidad de la modificación introducida por el artículo 99 inc. 4, párrafo tercero al anterior artículo 86 inc. 5 del texto de 1853/60, por entender que "aquélla es fruto de un ejercicio indebido de la limitada competencia otorgada a la Convención reformadora".

Los términos bajo los cuales se planteó aquél control -sobre el cumplimiento de los límites impuestos por la ley declarativa de reforma a la Convención Constituyente, Ley 24.309- se asemejan en un grado tal a los aquí planteados que impiden a este Tribunal sustraerse al examen propuesto.

Ello sin perjuicio de la habilitación expresa que contiene nuestra Carta Fundamental en su artículo 315 donde establece que "La Convención no podrá comprender en la reforma otros puntos que los expresados en la Ley de Convocatoria…" lo que supone la existencia de demarcaciones legislativas a su tarea (etapa preconstituyente) y, consecuentemente, la posibilidad de controlar la sujeción de la Convención a las mismas.

Facultad que se encuentra reforzada por los expresos términos de la Ley 2471, que fulminan de nulidad absoluta cualquier modificación, derogación o agregado que realice la Convención Constituyente fuera de la competencia expresamente asignada en dicha normativa (art. 7), lo que "presupone la existencia de un poder dotado de facultades suficientes para realizar el control sobre el alcance de las disposiciones y derogaciones adoptadas por la convención, que permita privar de efectos a las realizadas en infracción a los límites impuestos, el cual no puede ser otro que aquél que tiene como atribución esencial la de preservar la supremacía constitucional: el Judicial" (F. 322:1609).

Bajo estos parámetros, cabe a este Tribunal, en ejercicio del compromiso republicano de defender la supremacía constitucional, asumir la jurisdicción y efectuar el control que se propicia.

IX.- De la lectura del escrito inicial se desprende que la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Provincia del Neuquén pretende la declaración de nulidad de la reforma constitucional del año 2006 que introdujo el artículo 251 inc. 3, al texto Constitucional sancionado en el año 1957 y enmendado en el año 1993 -por Ley 2039 convalidada por referéndum popular en el mes de marzo de 1994-.

Argumentan que al introducir el inciso 3º del artículo 251 en discusión, la Convención Constituyente se excedió en sus facultades, puesto que la ley declarativa de la necesidad de reforma no previó la posibilidad de que el Consejo de la Magistratura –u otro órgano- pudiera evaluar, en forma periódica, la idoneidad y el desempeño de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial.

Alegan que dicha incorporación vulnera el principio de separación de poderes propio del sistema republicano de gobierno, al afectar la garantía de inamovilidad de los magistrados y funcionarios, contemplada en el actual artículo 229 de la Constitución Provincial y la independencia del Poder Judicial dado que somete a sus miembros a un control realizado por un órgano con mayoría política y ajeno a sus funciones, superponiéndose con los otros dos controles externos establecidos en la Constitución Provincial (jury de enjuiciamiento y juicio político) y al control interno llevado a cabo por la Auditoría General del Poder Judicial.

Como consecuencia de ello, no sólo solicitan la declaración de nulidad del inciso 3º del artículo 251 de la Constitución Provincial, sino también la inconstitucionalidad del artículo 28 de la Ley 2533, en cuanto regula la facultad de evaluación de los magistrados y funcionarios por parte del Consejo de la Magistratura y de la reglamentación que dicho órgano dictó en su consecuencia.

Como pretensión subsidiaria, para el hipotético caso de no prosperar la nulidad peticionada, solicitan la declaración de inconstitucionalidad del artículo 28 de la Ley 2533 y de su reglamentación, con base en la vulneración de la garantía de estabilidad de los jueces y por exceso reglamentario.

Por su parte, la demandada defiende la constitucionalidad del precepto con argumentos que pueden sistematizarse en formales y sustanciales.

Respecto de los primeros, afirma que la vía de la acción de inconstitucionalidad no es la idónea para provocar el control que se pretende, en tanto lo impugnado es un acto emanado de una Convención Constituyente reformadora o un "proceso reformador", descartando su naturaleza normativa; y que no se cumple con el requisito esencial de procedencia de toda nulidad ya que no existe perjuicio porque aún no se ha puesto en funcionamiento el sistema de evaluaciones.

Respecto de los segundos, afirman que: a) la Convención Constituyente se encontraba habilitada para introducir el inc. 3º del artículo 251 de la Constitución Provincial, en virtud del artículo 3º de la Ley 2471, que estableció como finalidad de la reforma tanto la "Eficacia y gobernabilidad del sistema" como el "Reforzamiento de los controles democráticos"; b) el control externo introducido por la reforma es fruto de una evolución de las Instituciones, marcado por la "participación popular", requisito que no está presente en los controles anteriores a la reforma y que fueron insuficientes; c) el control introducido es distinto de aquél que efectúa el Poder Judicial mediante su Auditoría General; d) la finalidad del control no es la "remoción" del magistrado o funcionario, lo que excluye la posibilidad de vulnerar la garantía de estabilidad; e) no es incongruente que el Consejo sólo pueda seleccionar a los jueces y funcionarios del ministerio público y pueda "evaluar la idoneidad y el desempeño" de todos los magistrados y funcionarios del Poder Judicial, dado que son dos facultades diferentes; y; f) la evaluación periódica a los Magistrados se enmarca en los principios democráticos que hacen a la república.

Respecto del artículo 28 de la ley 2533, afirma que: a) constituye una reglamentación razonable de la cláusula constitucional el fijar en cuatro años el período para llevar a cabo las evaluaciones; b) la Asociación actora presentó un proyecto de ley para reglamentar las evaluaciones a los funcionarios y magistrados, lo que contraviene la doctrina de los actos propios; c) la existencia de un Consejo de la Magistratura supone la idea de un "control sobre la idoneidad", que cabe llevarlo a cabo tanto al seleccionar a los jueces y funcionarios como durante su desempeño; d) el sistema impuesto por la reforma puede resultar incómodo al Poder judicial pero no es inconstitucional. X.- Sistematizadas las posturas de las partes, cabe abordar en primer lugar, los reparos de índole formal a la procedencia

de la acción, para luego superados éstos, abocarse de lleno al tratamiento de los argumentos planteados en torno a la constitucionalidad del precepto señalado (art. 251 inc. 3º C.P.) y, en su caso, de ser necesario, la evaluación sobre la normativa que reglamenta el mismo.

a.)- En esa inteligencia, corresponde señalar que las críticas que plantea la demandada en punto a la vía elegida para provocar el control -en razón de estimar que el específico carril de la acción autónoma sólo habilita el análisis de compatibilidad entre normas generales y la Constitución Provincial, no así del texto constitucional en sí mismo y menos aún de un "proceso de reforma"- deben ser rechazadas.

En efecto, la superación de la concepción racional normativa del derecho, propia del siglo XIX, importa asumir a la Constitución como una norma jurídica fundamental, cualitativamente distinta a las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento.

Esta naturaleza jurídica de la Constitución ha sido reconocida por la Corte

Suprema de Justicia de la Nación en numerosos precedentes: "Nuestra Ley Fundamental es una norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando está en discusión un derecho humano" (Fallos: 327:3677, 330:1989, entre otros); concepto que es plenamente aplicable a nuestra Carta Fundamental.

Luego, asumiendo que la Constitución es fuente de derecho y que simultáneamente regula al resto de las fuentes del Derecho, las incorporaciones a su texto producto de los procesos de reformas, son susceptibles de ser analizadas por este medio, a fin de lograr la armonización del plexo constitucional, en particular, con los principios informadores y valores que hacen a la esencia del Estado Constitucional de Derecho.

Al decir de Bidart Campos, la supremacía de la Constitución tiene dos sentidos: uno fáctico, propio de la constitución material, que significa que la misma es el fundamento y la base del orden jurídico-político de un estado; el otro, apunta a la noción moderna que la constitución forma, revestida de superlegalidad, obliga a que las normas y los actos públicos y privados, se ajusten a ella (cfr. Bidart Campos, Germán J. "Tratado de Derecho Constitucional Argentino," Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 398 y ss.).

La jurisdicción constitucional supone, entonces, procurar la vigencia de la Supremacía constitucional en todo momento, analizando las supuestas incompatibilidades de las normas jurídicas generales con la Ley Fundamental, sean que éstas provengan del ejercicio de la función legislativa ordinaria o, sean producto de la actuación del Poder Constituyente derivado, puesto que éste, al igual que todos los poderes constituidos, no es omnímodo sino que encuentra sus límites en la misma Constitución que le ha dado origen.

Así lo ha expresado este Tribunal en numerosos precedentes, donde se habilitó el específico control que surge de esta acción autónoma para analizar la constitucionalidad de procesos que involucraban reformas de la Constitución

Provincial, así como de Cartas orgánicas municipales (Ac. 308/94 "Crocco"; 447/96 "Berbel"; 480/97 "Baca Cau"; 649/00 "Aspitia").

Al respecto es ilustrativo el voto del Dr. Vidal en la causa "Crocco" al señalar "… es labor de este Tribunal, en función constitucional, la derogación de todas las leyes contrarias al sentido manifiesto de la Constitución en orden a lo dispuesto para la Legislatura en su función legislativa (art. 101 inc 1) como de las leyes especiales (art. 296 y 300) que en función constituyente le autoriza esta Constitución para alterarla, por ser una competencia basada en el Derecho Constitucional Positivo, que éste regula en el caso con la plenitud y detalle que caracterizan a nuestra Constitución, así como el ordenamiento constitucional que inspiró a los Convencionales del Estado Neuquino" (Ac. 308/94).

"Y es que no debe confundirse el ejercicio de la jurisdicción para la revisión de la conveniencia o el acierto de las decisiones políticas, lo cual nos introduce en la zona de la no justiciabilidad, y que en el caso se traduce en el hecho de que el criterio plasmado en la norma ha sido facultad privativa de la Convención Constituyente; con la materialización de ese criterio en una norma que luego se está cuestionando por inconstitucional. Es este último motivo y no otro, el que moviliza la intervención de este Tribunal y, constituye cuestión suficiente para provocar su revisión judicial." (del voto del citado magistrado en la causa "Baca Cau", Ac. 480/97).

b.)- Por lo demás, los ribetes que conceptualizan la especial acción directa de inconstitucionalidad –en sus esquemas

más puros- prescinden de la noción de "perjuicio" que configure el casus que constituye la clave de bóveda del control difuso de constitucionalidad.

En efecto, sabido es que el control que este Cuerpo efectúa a través de la acción prevista en el artículo 241 inc. a) de la C.P., es de tipo abstracto.

Ello implica que el planteo es objetivo en un juicio entre dos o más disposiciones, siendo una (o un grupo) de ellas de nivel constitucional. La compatibilidad que el Tribunal declare significará que la norma atacada sobreviva, pero si eso no ocurre dejará de tener validez y será expulsada del ordenamiento jurídico vigente (art. 16 C.P). Y si esto último sucede se cumple con el fin de la vía, esto es, restablecer la supremacía de la Constitución local.

Por lo tanto, al ser la acción de inconstitucionalidad un medio impugnativo que se promueve en interés de garantizar el respeto a la Constitución y la certeza del orden jurídico fundamental y no para salvaguardar derechos propios de quien la ejerce, resulta evidente que para su procedencia basta con que se ejerza por parte legitimada, sin necesidad de que acredite la afectación o no de sus derechos individuales, los que, en su caso, sólo servirán para determinar la tempestividad de la acción intentada (art. 3 y 4 de la Ley 2130).

Es que la eventual declaración de inconstitucionalidad de la normativa impugnada, si bien produce la caducidad automática de la norma, no tiene efectos retroactivos, siendo impotente para solucionar los perjuicios que pudieron haberse consumado al amparo de la misma.

Precisamente una de las diferencias de la acción autónoma con otros medios de control de constitucionalidad es que aquél se ejerce, fundamentalmente, en interés de la constitucionalidad, esto es, para salvaguardar el principio de supremacía constitucional, en virtud del cual toda norma debe ajustarse a los lineamientos establecidos en la Ley Suprema o a los principios inmodificables que las inspiran.

Luego, siendo que en los presentes el debate se genera en torno a las facultades de la Convención Constituyente convocada en el marco de un proceso de reforma constitucional conforme los anteriores artículos 295 y sgtes. -actuales arts. 313 y sgtes.- de la C.P., y la ley 2471, resulta irrelevante en este marco, la circunstancia de que la cláusula constitucional impugnada –y la legislación consecuente- no haya tenido aplicación mediante hechos o actos que vulneren los derechos de los aquí actores.

Por ello, en tanto lo que se procura es la vigencia de la Supremacía constitucional, no puede sino habilitarse la instancia originaria de la acción directa intentada.

XI.- El conflicto constitucional traído para resolver se genera entre la interpretación del contenido y los alcances de la ley que habilita la reforma (L. 2471) y la actuación de la Convención constituyente. Se advierte, entonces, que la temática planteada concierne a los límites del poder constituyente derivado.

Así, la cuestión planteada exige analizar si la Convención Constituyente ejerció sus facultades dentro de los límites impuestos por la ley declarativa de la necesidad de reforma o, por el contrario, se excedió en su actividad reformadora, lo que conllevaría a su nulidad.

Es que, como se ha expresado, el ejercicio del Poder Constituyente derivado, no está exento de límites. La Convención, como los otros órganos supremos, está organizada por la Constitución y las leyes que le fijan su misión y alcances posibles de la reforma. Esta misión es bien definida: estudiar las reformas en los aspectos indicados por la Legislatura y aprobarlas o no. No está obligada a reformar siguiendo aquellas indicaciones, pero no puede reformar apartándose de los límites que ellas le fijan (cfr. Bidegain, ob. cit. pág. 18).

Al respecto, señala Bidart Campos que "… el poder constituyente derivado tiene límites de derecho positivo: unos en cuanto a procedimiento, otros en cuanto a la materia. Los límites al poder constituyente derivado están dirigidos: b) al congreso –en la etapa de iniciativa o declaración de la necesidad de reforma- b´) a la convención – en la etapa de revisión- b´´) a ambos; así el quórum de votos para declarar la necesidad de la reforma limita al congreso; el temario de puntos que el congreso declara necesitados de reforma limita a la convención; los contenidos pétreos limitan tanto al congreso como a la convención". (autor citado, Manual de la Constitución reformada, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, Año 1998, pág. 378).

El Poder constituyente derivado se presenta entonces como esencialmente limitado, debiendo adecuar sus normas a

las emanadas del poder constituyente originario; "esa separación es la última ratio de la nulidad de todo acto del poder constituido contrario a la Constitución" (autor citado, Tratado de Derecho constitucional, Tomo I, pág. 173).

Nuestra Constitución prevé en su actual artículo 313 y ss. (anterior art. 295 y ss.) el procedimiento a través del cual debe llevarse a cabo la reforma de la Ley fundamental, el que determina la naturaleza rígida de la misma.

De su lectura se desprende que el mismo se asemeja al existente a nivel federal; esto es, debe ser ejercido por una Convención Constituyente convocada al efecto, que desarrolla su tarea con las limitaciones que le establece la ley declarativa de la reforma –etapa preconstituyente- que se encuentra en cabeza del órgano representativo por antonomasia: el Poder Legislativo.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que: "…la facultad de reformar la Constitución no puede exceder el marco de la regulación –constitucional- en que descansa. Este Tribunal ha afirmado recientemente esta doctrina respecto del poder constituyente derivado provincial (Fallos 316:2743), con cita de la opinión coincidente de Manuel Gorostiaga, en el sentido de que las facultades atribuidas en nuestro sistema constitucional a las convenciones constituyentes están limitadas (conf. Manuel Gorostiaga, "Facultades de las Convenciones Constitucionales", Rosario, 1898, pag. 52 y 53). Restricción que también resulta del texto del artículo 30 de la Constitución Nacional que, tras declarar la posibilidad de que aquélla sea reformada "en el todo o en cualquiera de sus partes" y conferir al Congreso de la Nación la función de declarar la necesidad de la reforma, atribuye su realización a "una Convención convocada al efecto" (el énfasis es agregado); precisamente, la expresión que se subraya, situada al final del artículo citado, pone de manifiesto que la convención se reúne con la finalidad de modificar aquellas cláusulas constitucionales que el Congreso declaró que podían ser reformadas y sobre las que el pueblo de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse al elegir a los convencionales y no otras, sobre las que no concurren dichos requisitos" (cfr. F 100. XXXV "Fayt, Carlos Santiago c/Estado Nacional s/proceso de conocimiento").

XII.1.- En modo análogo a la Cimera Nacional, nuestro texto constitucional prescribe: "Esta Constitución podrá ser reformada por una Convención Constituyente integrada por igual número de diputados que la Legislatura, que reúna sus mismas condiciones y elegidos de la misma forma." (art 313 C.P.).

A continuación precisa "La Legislatura determinará por ley especial la necesidad de la reforma, conforme a sus atribuciones." (art. 314), previendo expresamente que: "La Convención no podrá comprender en la reforma otros puntos que los expresados en la ley de convocatoria, pero no estará tampoco obligada a variar, suprimir o complementar las disposiciones de la Constitución, cuando considere que no existe necesidad o conveniencia de la reforma declarada por ley." (art. 315).

En cumplimiento de dichas mandas constitucionales, la Legislatura de la Provincia del Neuquén dictó la ley 2471 –sancionada el 07/10/2004- donde se declaró la necesidad de la reforma constitucional y se convocó a una Convención ad hoc.

Considerando que lo que se debate recae sobre los límites del Poder Constituyente derivado, que se encuentran establecidos en esta ley de convocatoria (L. 2471) no aparece como relevante indagar sobre la intención de los convencionales constituyentes plasmadas en sus debates en el seno de la Convención reformadora, sino, por el contrario, cabe remitirse a una etapa anterior: los debates parlamentarios que precedieron la ley provincial 2471, donde las diversas fuerzas políticas representativas de la ciudadanía neuquina acordaron las cláusulas que podían ser objeto de reforma, estableciendo la finalidad, sentido y alcance de la tarea constituyente.

Es así que a fin de analizar la tarea de los convencionales constituyentes cabe recurrir, en primer lugar, a los términos de la ley que la convocó y fijó su competencia, sancionada bajo el número 2471. La misma se estructura en dos Títulos, el primero de ellos declara la necesidad de la reforma y su contenido (artículos 1° a 7) y el segundo, contiene la convocatoria y las facultades de la Convención (arts. 8 a 17).

Dentro del primer Título, el artículo 3° fija los lineamientos que deberán aplicarse a toda la reforma constitucional, estableciendo el sentido y finalidad de este proceso. El mismo dispone: "La reforma tiene el siguiente sentido y finalidad: a) Concretar una profunda reforma política. b) Democratización del sistema político. c) Fortalecimiento de la institución parlamentaria. d) Eficiencia y gobernabilidad del sistema. e) Reforzamiento de los controles democráticos. f)

Reconocimiento de nuevos derechos y declaraciones."

A continuación, establece qué temas podrán ser debatidos y tratados en el seno de la Convención.

En este sentido el extenso artículo 4º, se estructura en varios acápites, a saber: I- DECLARACIONES, DERECHOS, GARANTÍAS Y DEBERES (que incluye los siguientes puntos: 1.Símbolos provinciales, 2.Defensa del orden democrático, 3.Ocupación territorial, 4. Regionalización, 5.Organización territorial, 6.Ambiente, desarrollo sustentable y patrimonio genético, 7.Usuarios y consumidores, 8. Comunidades originarias, 9.Víctimas de delitos, 10.Derechos reproductivos y sexuales, 11.Juventud, 12.Personas con capacidades especiales, 13. Organizaciones no gubernamentales, 14.Deberes, 15.Acción de amparo y medidas autosatisfactivas, 16.Derecho a la información, 17.Hábeas data.); II- SEGURIDAD PUBLICA Y MANEJO DE EMERGENCIAS. (que incluye los puntos: 18. Seguridad pública, 19.Deber de concurrencia y coordinación de los Poderes del Estado, 20.Principios en la administración de los Poderes del Estado.);

III-REFORMA Y DEMOCRATIZACIÓN DEL SISTEMA POLITICO (que incluye los puntos: 21.Funcionamiento e integración de los Cuerpos Legislativos, 22.Ampliación del período de sesiones de los cuerpos legislativos, 23.Prohibición de la simultaneidad de candidaturas, 24.Imposibilidad de reelección por más de un (1) período para cualquier cargo electivo, 25.Incorporación del cupo joven, 26. Fortalecimiento de los partidos políticos, 27.Desafuero, 28.Poder Ejecutivo, 29.Régimen electoral.); IV.- PROFUNDIZACIÓN DE LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL Y OPTIMIZACIÓN DE SU FUNCIONAMIENTO. (que incluye los siguientes puntos: 30.Designación de los jueces del Tribunal Superior de Justicia, 31.Remuneraciones de magistrados y funcionarios judiciales, 32.Capacitación permanente de magistrados y funcionarios judiciales, 33. Ministerio Público, 34.Reorganización de la Justicia de Paz, 35.Doble instancia contencioso-administrativa, 36. Juicio por jurados.) V.-MEJORAS AL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO (que incluye los puntos: 37.Enmienda de la Constitución, 38.Mecanismos de democracia semidirecta, 39.Juicio político) VI.- ORGANOS DE CONTROL (que incluye los puntos: 40.Organos de designación y remoción de magistrados y funcionarios judiciales, 41. Jurado de Enjuiciamiento, 42.Tribunal de Cuentas, 43. Contaduría General de la Provincia, 44.Defensor del Pueblo.) VII-RECURSOS NATURALES Y CONCESIONES DE SERVICIOS PUBLICOS. EMPRESAS PUBLICAS (que incluye los siguientes puntos: 45.Propiedad y jurisdicción de los recursos naturales, 46.Espectro radioeléctrico. Radiodifusión, 47.Servicios públicos y ente regulador, 48.Cooperativas, 49.Empresas públicas.) VIII.- PRODUCCIÓN, REGIMEN FINANCIERO Y SISTEMA FISCAL (que incluye los puntos: 50.Fondo fiduciario, 51.Defensa de la producción y el trabajo, 52.Coparticipación, 53. Presupuesto participativo); IX.- EDUCACIÓN Y CULTURA, SALUD PUBLICA Y ASISTENCIA SOCIAL (que contiene los puntos: 54.Educación y Cultura, 55.Salud pública y asistencia social); X.- REGIMEN MUNICIPAL y XI- VETERANOS DE GUERRA. Luego, en el artículo 5, se enumeran los artículos pasibles de reforma; el artículo 6 establece que "la Convención Constituyente podrá modificar, derogar o sancionar las normas que estime convenientes y que sean manifiestamente compatibles con el sentido y finalidad de la reforma. Asimismo, deberá enumerar los artículos y podrá compatibilizar la denominación de las partes y capítulos del texto definitivo que apruebe de la Constitución Provincial reformada"; y el artículo 7 prevé que "serán nulas de nulidad absoluta las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 3º, 4º y 5º de la presente ley".

Como se advierte, del articulado citado no surge explícitamente la facultad de los convencionales de introducir la realización de evaluaciones periódicas sobre la idoneidad y desempeño de los magistrados y funcionarios judiciales.

XII.2.- En efecto, en el acápite IV.- PROFUNDIZACIÓN DE LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL Y OPTIMIZACIÓN DE SU FUNCIONAMIENTO, donde se establece, entre otras cosas, la obligación funcional de los magistrados y funcionarios de una constante capacitación formal en su profesión –lo que hace a la "optimización del funcionamiento de la justicia" -, no se prevé un mecanismo de evaluación sobre su "idoneidad y desempeño" que lleve a cabo el Consejo de la Magistratura.

Por el contrario, el legislador pone el acento en la profundización de la independencia del Poder Judicial que se ve reflejada –entre otras cláusulas- en la expresa ratificación de las garantías de intangibilidad de las remuneraciones, independencia e inamovilidad en los cargos de los magistrados y funcionarios judiciales (pto. 31) y en el diseño y perfil del Ministerio Público, con la incorporación de una Fiscalía de Investigaciones Administrativas, con autonomía funcional

y autarquía financiera (pto. 33); órgano éste que, finalmente, no vio la luz en la reforma constitucional.

Tampoco surge esta "potestad evaluatoria periódica" entre los mecanismos de control que, el legislador facultó al constituyente para su reforma e incorporación al texto constitucional.

Es así que en el acápite VI. ORGANOS DE CONTROL, en el punto "40.Órganos de designación y remoción de magistrados y funcionarios judiciales", se prevé "La elaboración de un nuevo sistema mediante el cual los jueces y funcionarios judiciales se seleccionen a través de un organismo con composición pluralista, con un mecanismo transparente y participación ciudadana y de demás sectores interesados, sin descartar ni la elección en forma directa para integrar dicho cuerpo ni la obligación de reválidas periódicas."

Cabe detenerse a examinar este punto en particular, desde que el título del punto sugiere la habilitación a los Convencionales para modificar el procedimiento de "selección y remoción" de los jueces y funcionarios judiciales –en clara alusión a la incorporación de un "consejo de la magistratura" u organismo similar- para luego sólo hablar de la "selección" de los sujetos indicados omitiendo consignar las pautas para modificar el procedimiento existente para la "remoción" de los mismos.

Y ello no puede ser suplido con el punto siguiente (41) que refiere al "Jurado de Enjuiciamiento", dado que allí sólo habilita a modificar la composición del órgano sin hacer mención alguna al procedimiento; y menos aún, con la redacción del punto 39, que refiere al Juicio político, ya que éste se ubica en otro acápite (más precisamente en el párrafo V.- MEJORAS AL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO), se encuentra referido a otros sujetos pasivos de los cuales sólo algunos pertenecen al Poder Judicial –los Vocales del Tribunal Superior de Justicia-, es llevado a cabo por la Legislatura Provincial e implica un procedimiento distinto del jury de enjuiciamiento.

Continuando con el análisis del punto 40, en lo que ya se vislumbra como una deficiente técnica de redacción, el legislador hace referencia, en el mismo párrafo tanto al procedimiento de selección de los magistrados y funcionarios como a la composición del órgano encargado de llevarla a cabo.

En efecto, cuando menciona que los jueces y funcionarios judiciales se seleccionen "con un mecanismo transparente y participación ciudadana y de demás sectores interesados" se está refiriendo al proceso de selección cuya modificación propicia.

Pero cuando indica que tal selección se lleve a cabo mediante "un organismo con composición pluralista" y "sin descartar ni la elección en forma directa para integrar dicho cuerpo ni la obligación de reválidas periódicas" claramente está haciendo alusión al órgano encargado de llevar a cabo tal procedimiento.

No cabe otra interpretación del texto legal. Una exégesis gramatical de la sintaxis del párrafo analizado indica que la palabra "cuerpo" alude al "órgano" cuya incorporación se propicia y no a los "magistrados y funcionarios" en particular, ya que cuando se refiere a los individuos, el legislador utiliza el plural y cuando alude al organismo, utiliza el singular.

Refuerza esta hermenéutica la circunstancia que suponer lo contrario importaría la contradicción o inconsecuencia del propio legislador en un mismo texto legal, quien en forma expresa primero ratifica el principio de "inamovilidad" en los cargos de los jueces y funcionarios judiciales (cfr. pto. 31), para luego inclinarse por el sistema de "reválidas periódicas" para permanecer en sus cargos.

XII.3.- Estas conclusiones aparecerían como apresuradas si no se indagara en el espíritu del legislador plasmado en los debates parlamentarios preconstituyentes, que motivaron el dictado de la Ley 2471, declarativa de la necesidad de reforma.

Más aún si se repara en la argumentación justificatoria exhibida por la demandada como fundamento de la incorporación del inc. 3 del artículo 251 de la C.P. dado por la circunstancia de que la potestad evaluatoria de la idoneidad y desempeño de los integrantes del Poder Judicial, se enmarca en la finalidad de dotar de "Eficiencia y gobernabilidad" al sistema y, más precisamente aún, al "Reforzamiento de los controles democráticos" (incs. d y e del artículo 3º de la Ley 2471).

En este sentido, es preciso traer a colación los discursos e intervenciones dadas en el seno de la Honorable Legislatura Provincial, al debatirse la sanción de la ley 2471, aun cuando su análisis evidencia escasas referencias al tema en

cuestión (cfr. diario de Sesiones de la Honorable Legislatura neuquina, XXXIII Período Legislativo, 3ra sesión especial, Reunión Nro. 20, del 6 de octubre de 2004).

El Diputado GUTIERREZ (miembro informante por el MPN), en su exposición, y en lo que aquí interesa, expresa que: "…Habilitamos el debate sobre el fortalecimiento del Poder Judicial, consideramos y en concordancia con la doctrina sentada por la Corte Suprema en el fallo Strada, que… "es facultad no delegada por las provincias al gobierno nacional la de organizar su administración de Justicia y que, por ello, la tramitación de los juicios es de su incumbencia exclusiva, por lo que pueden establecerse las instancias que estimen convenientes"… y continúa; "… el aseguramiento de la "administración de Justicia" a cargo de las provincias –conforme el artículo 5º de la Constitución Nacional- reclama, con carácter de necesidad, que sus jueces no estén cegados al principio de supremacía, para que dicha "administración de Justicia" sea plena y cabalmente tal".

Para luego agregar: "En el mismo sentido, proponemos que el fortalecimiento de las instituciones debe alcanzar los tres Poderes del Estado, así el Poder Judicial, en lo que respecta a los mecanismos para la designación y remoción de funcionarios y magistrados judiciales. (…) También es necesario replantear el contenido del artículo referido al procedimiento constitucional de remoción de ciertos funcionarios y magistrados mediante el juicio político. Asimismo se hace necesario acrecentar y profundizar los controles; en este sentido se ha habilitado el tratamiento de ciertos organismos que aseguran un mayor y eficaz control y tienden a la transparencia de la gestión pública."

Asimismo, el Diputado MESTRE (de RECREAR), menciona al respecto que: "Creemos en la capacitación de los magistrados y funcionarios, por supuesto que sí, caramba!. Por ahí designamos a un juez en lo civil y comercial que, casi casi, recién sale de las aulas y qué sabe este hombre del proceso comercial y las quiebras (…), entonces a lo mejor, haya que crear toda una escuela para magistrados, previo a los concursos y filtros a los que tenemos que someterlos, para tener calidad…. Porque creemos que los miembros de la magistratura tienen que llegar por cursos honorus, por mérito y no por el voto popular, por lo menos en esta etapa y en el República Argentina… Vamos a trabajar mucho con los órganos de designación y remoción de magistrados y funcionarios judiciales, ahí tenemos una cuenta pendiente muy grande y sobre todo trabajar en esta etapa muy bien presentada en el caso que les voy a citar sobre la defensa de los recursos naturales…"

Por su parte, el Diputado INAUDI (UCR) señala. "… Aspiramos a profundizar la independencia del Poder Judicial propiciando –de una vez por todas- un Consejo de la Magistratura que brinde mayor transparencia y participación tanto en la designación como en la remoción de jueces y propiciamos también agravar las mayorías que se requieren para la designación de los jueces del Tribunal Superior de Justicia. Proponemos reforzar los mecanismos de control, otorgándole al Tribunal de Cuentas una verdadera y auténtica autonomía presupuestaria y funcional, creando el defensor del Pueblo para el control de los actos, hechos u omisiones de la Administración Pública y de la adecuada prestación de los servicios públicos. Asimismo, consideramos pertinente otorgar entidad o jerarquía constitucional a la Fiscalía de Investigaciones

Administrativas y no descartamos –y lo dejamos como un tema abierto para ser debatido por la Convención Constituyente- la elección popular de esta figura que va a ser clave dentro del Poder Judicial y que va a tener que estar dotada de una gran legitimidad, teniendo en cuenta la delicadeza de las acciones que va a tener que llevar a cabo."

De las transcripciones de los discursos efectuados en el seno de la Legislatura provincial, con motivo del tratamiento de ley declarativa de la necesidad de reforma, surge clara la intención de los representantes del pueblo, de propiciar la modificación del procedimiento de selección y remoción de los magistrados y funcionarios judiciales, mediante la incorporación de un órgano –Consejo de la Magistratura- que trasparentara la tarea que anteriormente estaba en cabeza de los Poderes Judicial –encargado de realizar la propuesta- y Legislativo –órgano que otorgaba acuerdo- (cfr. anterior art. 151 de la C.P.) en lo que hace a la designación; y del Jurado de Enjuiciamiento, en lo que hace a su remoción (anterior art. 173 y siguientes).

Sin embargo, en el debate parlamentario no surge la voluntad de los legisladores de someter a los magistrados y funcionarios judiciales a una evaluación periódica, llevada a cabo por un órgano independiente del Poder

Judicial, que se expidiera sobre la idoneidad de los mismos y monitoreara el desempeño en sus labores.

No existe ninguna referencia en el texto legal ni en los debates producidos en el seno de la Legislatura Provincial que habiliten a pensar que los representantes del pueblo neuquino propiciaron un sistema de control sobre la idoneidad y desempeño de los magistrados y funcionarios judiciales, mediante evaluaciones periódicas y mucho menos, que el mismo se encuentre en cabeza de un órgano distinto al Poder Judicial o, que se lleve a cabo por procedimientos distintos del control recursivo previsto en las leyes procesales.

Por el contrario, parecería que la preocupación mayor de los legisladores era asegurar y profundizar la independencia de este Poder, a fin de librarlo de posibles presiones e interferencias ajenas a su tarea.

En este sentido, cuando se habla de reforzar los controles democráticos, se refieren al control que el Poder Judicial debe realizar sobre los actos de todos los poderes del Estado –para lo cual propician un mayor acceso a la justicia mediante la ampliación de la legitimación activa, la consagración del principio de tutela judicial efectiva, la creación de la doble instancia en materia procesal administrativa con revisión judicial en el ámbito provincial, etc.-; y a una mayor fiscalización sobre la gestión pública, para el que proponen la creación de organismos tales como el Defensor del Pueblo, la creación de una Fiscalía de Investigaciones Administrativas, y dotar de mayor autonomía funcional y financiera al Tribunal de Cuentas. En su caso, también se alude al control que la ciudadanía puede ejercer a través de su participación directa o indirecta en los procesos de selección y remoción de los jueces y funcionarios.

Es decir, la Convención Constituyente se encontraba habilitada para reformar dos aspectos específicos y relevantes de la función judicial: la selección y la remoción de los magistrados y funcionarios judiciales.

En dichos aspectos la Convención sólo se hallaba limitada por el principio republicano de gobierno (contenido pétreo) y el sentido y finalidad de la reforma consignado en el artículo 3 de la Ley 2471.

Fuera de esos aspectos, la Convención no se encontraba habilitada para producir ninguna reforma; por más eficaz, transparente y democrática que ésta pudiera parecer.

En otras palabras, la idoneidad de los magistrados y funcionarios judiciales sólo podía haber sido considerada por los convencionales para ser evaluada al momento de realizar la selección de los candidatos a ocupar algunas de las magistraturas judiciales. Al igual que el desempeño en el cargo, sólo podría ser examinado en caso de ser sometido a un jurado de enjuiciamiento (remoción).

Pero nunca se habilitó a que se modificara el diseño constitucional de la labor del Poder Judicial, incorporando una "evaluación periódica del desempeño e idoneidad" de los magistrados y funcionarios durante el ejercicio de sus funciones, cualquiera fuera la finalidad de la misma (correctora, disciplinaria o de remoción).

Es por ello que cabe desestimar el intento de la demandada de justificar la constitucionalidad de la cláusula en discusión, mediante la afirmación de que ella surgía del "sentido y finalidad" de la reforma, plasmado en el artículo 3° de la Ley 2471. Es que dichos principios sólo podrían ser tenidos como guía para interpretar el sentido de aquellos temas que expresamente la ley declarativa de la necesidad de reforma, habilitaba para ser reformados. Pero nunca podrían ser considerados como habilitantes de la competencia de la Convención por fuera de los límites expresamente delineados.

Cabe citar, una vez más al Máximo Tribunal al decir que "Sin duda, quien tiene poderes para realizar un cometido, debe contar con las facultades implícitas necesarias para llevar a buen término la misión deferida. Más predicar la presencia de poderes de dicha naturaleza es únicamente reconocer ciertas atribuciones que son imprescindibles para el ejercicio de las expresamente concedidas, que puedan considerarse adecuadas y compatibles con el diseño general de la Constitución, pero que no son substantivas ni independientes de los poderes expresamente concedidos, sino auxiliares y subordinadas (Fallos 300:1282; 301:205). La invocación de la denominada teoría de los poderes implícitos no puede justificar un desconocimiento de que el principio que sostiene el diseño institucional de la república es que ningún poder puede arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido expresamente conferidas, pues si de un poder expreso pudiera implicarse otro de análoga consistencia se destruyen los límites de la concesión y no tardaría en echarse por tierra todo el aludido equilibro de la Constitución (Fallos 318:1967)" (Fallos 322:1609).

XIII.- La exhortación estaba escrita en la misma Constitución que debían reformar: "La Convención no podrá

comprender en la reforma otros puntos que los expresados en la ley de convocatoria..." (anterior art. 297 C.P.) y reiterada en la ley habilitante "Serán nulas, de nulidad absoluta, las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 3, 4 y 5 de la presente Ley".(art. 7, L. 2471).

En las presentes se ha certificado el exceso en el ejercicio de la competencia otorgada a la Convención reformadora. Ningún poder constituido es omnímodo y la facultad de reformar la Constitución no escapa a ello.

Lo dicho hasta aquí "no comporta un pronunciamiento sobre aspectos de naturaleza substancial de la norma impugnada –juicio que no está en las atribuciones propias del Poder Judicial-, sino en la comprobación de que aquélla es fruto de un ejercicio indebido de la limitada competencia otorgada a la convención reformadora" (Fallos 322:1609).

En consecuencia, la transgresión verificada en estos actuados –de exceso en las facultades habilitantes- determinan el acogimiento de la demanda instaurada y la consecuente declaración de nulidad del inciso 3 del artículo 251 de la Constitución Provincial introducida por la reforma del año 2006, por no configurar un tópico susceptible de reforma conforme la Ley 2471.

Como derivación de ello, ha de declararse también la inconstitucionalidad del artículo 28 de la Ley 2533 y de las normas dictadas en su consecuencia, en tanto legisla respecto de una facultad del Consejo de la Magistratura receptada en el inciso 3 del artículo 251 de la Constitución Provincial cuya nulidad aquí se declara.

Por lo expuesto, propicio al Acuerdo que haga lugar a la demanda instaurada, declarándose la nulidad del inciso 3 del artículo 251 de la Constitución Provincial introducida por la reforma del año 2006, por no configurar un tópico susceptible de reforma conforme la Ley 2471 y la inconstitucionalidad del artículo 28 de la Ley 2533 por legislar sobre el inciso anteriormente declarado nulo.

XIV.- En cuanto a las costas, la complejidad del tema constitucional traído, la índole y naturaleza de los cuestionamientos, sumado a las particulares aristas interpretativas postuladas por ambas partes, justifican que sean soportadas en el orden causado (art. 68 segunda parte del CPC y C, aplicable por reenvío del art. 11 de la Ley 2130). 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.

El Señor Vocal Doctor ALFREDO ELOSU LARUMBE, dijo: Comparto la línea argumental desarrollada por el Doctor RICARDO TOMÁS KOHON, y por sus mismos fundamentos emito mi voto en idéntico sentido. MI VOTO.

El Señor Vocal Subrogante Doctor JOSE IGNACIO GEREZ, dijo: adhiero a la postura sustentada por el Señor Vocal que emitiera su voto en primer término, por lo que voto del mismo modo. MI VOTO.

El Señor Vocal Subrogante Conjuez Doctor ADOLFO GUILLERMO MANSON, dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Doctor RICARDO TOMAS KOHON, por lo que emito mi voto en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) HACER LUGAR a la demanda instaurada por los Dres. WALTER RICHARD TRINCHERI, MIGUEL ANGEL VALERO y la ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DE LA JUSTICIA DEL NEUQUEN y, en consecuencia, declarar la nulidad del inciso 3 del artículo 251 de la Constitución Provincial introducida por la reforma del año 2006 y la inconstitucionalidad del artículo 28 de la Ley 2533 y de las normas dictadas en su consecuencia, por los fundamentos dados en los considerandos que anteceden. 2°) Imponer las costas en el orden causado (art.68 segunda parte del C.P.C. y C. aplicable por reenvío previsto en el art. 11 de la Ley 2130). 3°) Regular los honorarios profesionales de los Dres. ... y ..., por su actuación como patrocinantes de la parte actora, en las sumas de pesos cuarenta mil ($40.000) en conjunto. (arts. 6, 7, 10 y 36 de la Ley 1594). 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívense.

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

Dr. EVALDO DARIO MOYA - Presidente. Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dr. ALFREDO ELOSU LARUMBE - Dr. JOSE IGNACIO GEREZ (Vocal Subrogante) - Dr. ADOLFO GUILLERMO MANSON (Vocal Subrogante - Conjuez)

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

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

"CLIBA INGENIERIA AMBIENTAL S. A. C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3373/2011) - Acuerdo: 07/16 – Fecha: 16/10/1602

DERECHO ADMINISTRATIVO: Responsabilidad contractual del Estado.

MUNICIPALIDAD. CONTRATO DE RECOLECCION DE RESIDUOS. FACTURAS IMPAGAS. RESCISION CONTRACTUAL. DAÑOS Y PERJUICIOS. FALTA DE PRUEBA. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. SILENCIO DE LA ADMINISTRACION.

1.- Corresponde rechazar la demanda interpuesta contra un municipio por la que se reclama una suma de dinero en concepto de facturas impagas del contrato de recolección de residuos y daño emergente y lucro cesante derivados de la rescisión contractual, toda vez que no se cuenta con las facturas originales cuyo cobro se reclama, los duplicados -que fueron desconocidos- no están conformados y no encuentran correlato con certificaciones de servicios. Tampoco hay constancia de que se haya seguido el procedimiento establecido en las cláusulas 53 y 54 del Contrato de Concesión (presentación en forma mensual mediante una "Nota de Pedido" de la "Liquidación de Prestación" con detalle de los servicios prestados; verificación y certificación de la Autoridad de Aplicación y, presentación de la factura por el monto certificado).

2.- En el ámbito del derecho administrativo, la actuación de la Administración es formal; de allí que existan procedimientos pre-establecidos para guiar su actuación, desplazando la voluntad de las partes. Repárese que, en este contexto, el silencio de la Administración no posee sentido positivo (sino todo lo contrario, negativo; excepto cuando la Ley expresamente contemple otra posibilidad); tal es así, que para paliar el silencio de la Administración, la Ley 1284 otorga al interesado remedios tales como dar por denegada tácitamente la petición, interponer amparo por mora, etc. Con lo cual nunca podría llegar a considerarse que la recepción de una carta documento en la que se intima a pagar, seguida del silencio, acarrea como efecto que se tenga por reconocida la recepción de las facturas, la deuda y su monto, dándose por salvadas las formalidades inherentes al procedimiento establecido para su pago.

Texto completo:

ACUERDO N° 7. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los dieciséis días del mes de

febrero del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "CLIBA INGENIERIA AMBIENTAL S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 3373/2011, 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 fojas 84/94, la empresa Cliba Ingeniería Ambiental S.A., mediante apoderado, interpone demanda contra la Municipalidad de Plottier. Pretende la condena al pago de la suma de $288.782,31, más sus intereses en concepto de facturas impagas (05-0010 por $1.033,89 de diciembre/08; 05-0013 por $137.723,75 de febrero/09 y 05-0014 por $150.723,75 de marzo/09) por servicios de recolección y transporte de residuos. Además reclama el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento y la rescisión del contrato de concesión suscripto con el Municipio.

Narra que el 2/5/2008 suscribió con la accionada un contrato de concesión de servicio público de recolección de residuos sólidos domiciliarios y su transporte al centro de disposición final en la ciudad de Neuquén.

Añade que el contrato se celebró conforme al Pliego de Bases y Condiciones del Llamado a Licitación Pública 01/08, a las circulares emitidas por la autoridad de aplicación, al Régimen Municipal de Contrataciones (Ordenanza 2123/02), a la Ley Provincial 2141 y a la Carta Orgánica Municipal.

Señala que el contrato se ejecutó en forma normal hasta fines de marzo de 2009, fecha en que las partes firmaron un acta acuerdo en el que convinieron su suspensión por el término de un año, plazo en el que el servicio fue asumido por el Municipio. Dice que, además, en el referido instrumento, se reconoció que se le adeudaban a la empresa las sumas que se reclaman en esta acción.

Relata que al cumplirse el plazo de suspensión acordado, el Municipio dispuso rescindir el contrato por imposibilidad económica, mediante Decreto 472/10.

Afirma que corresponde que se le abonen las facturas impagas porque cumplió con todas las obligaciones a su cargo y la demandada reconoció adeudarlas.

Sostiene que aún cuando la rescisión del contrato haya obedecido a razones de oportunidad, mérito o conveniencia, ello no lo exime de cumplir con los pagos que se encuentran pendientes, con más sus intereses. Cita jurisprudencia ydoctrina en torno a la procedencia de la reparación del daño emergente y el lucro cesante.

Concluye en que, en este estado de situación, corresponde efectivizar el total de las sumas reclamadas.

II.- A fs. 103, se declaró la admisión formal de la demanda mediante R.I. 477/2011.

III.- Ejercida la opción procesal por el procedimiento ordinario (fs. 105/7), se corrió traslado a la Municipalidad de Plottier y al Fiscal de Estado de la Provincia.

La accionada compareció a fs. 115/117 y contestó la demanda, postulando su rechazo con expresa imposición de costas.

Niega adeudarle las facturas reclamadas y que la rescisión del contrato haya sido dispuesta en forma unilateral y sin causa.

Alega que el acta acuerdo es inexistente porque contiene vicios muy graves, consistentes en que no fue refrendado por el Secretario de Hacienda o de Gobierno o el que resultare competente (lo que vulnera el art. 40 de la COM) y, en que debió haber sido ratificado por el Concejo Deliberante, porque era un acto que disponía la suspensión de un servicio público.

Sostiene que la inexistencia de dicho acto, impide que la actora se excuse en el mismo para justificar la falta de prestación del servicio.

Refiere a la cláusula decimosexta del contrato que establece que la falta o deficiencia de la prestación es causal de resolución, sin que implique derecho alguno a favor de la empresa para que se le indemnice el daño emergente y el lucro cesante.

Respecto a las facturas, niega que la accionante haya prestado los servicios que se detallan en las mismas y pone de resalto que no fueron conformadas por el funcionario correspondiente y que no cuentan con la certificación de

servicios pertinentes.

IV.- A fs. 125/6 se presenta la Fiscalía de Estado. Propicia el rechazo de la demanda, con costas.

Formula las negativas de rigor y brinda sus argumentos.

Afirma que no le consta la falta de pago de las facturas. Asimismo, desconoce toda la documentación acompañada por la empresa que no se encuentre agregada a los expedientes administrativos incorporados a esta causa.

Respecto a la indemnización reclamada, entiende que es improcedente porque sólo se alega la existencia de daño emergente y de lucro cesante sin que se acredite ni justifique ninguno de esos extremos. Señala que, aún cuando se probara la ilegitimidad del acto, el daño no se presume.

En orden al lucro cesante, apunta que la actora no solicita una suma determinada sino que lo deja a criterio del Tribunal. Entiende que este rubro debe desestimarse debido a la falta de prueba acerca de cuál es la utilidad dejada de percibir y de cómo debería determinarse.

Señala que la responsabilidad del derecho privado difiere de la del derecho público y que, por aplicación analógica de lo establecido en la Ley Nacional de Expropiaciones, se excluye el reconocimiento del lucro cesante. Agrega que ese tipo de daño exige la prueba de su existencia y de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue.

Rechaza que la suspensión o la rescisión puedan atribuirse a la demandada y, en la misma línea, que sea posible, responsabilizar al Municipio por actividad lícita.

V.- A fojas 129 se abrió la causa a prueba. A fs. 155/6, mediante R.I. 437/2013, se declaró la negligencia de la accionante en la producción de la prueba pericial contable y caligráfica.

A fs. 161, se clausuró el término probatorio y se pusieron los autos para alegar.

A fs. 172/4 y fs. 176/8 obran agregados los alegatos de la actora y la demandada respectivamente.

VI.- A fs. 180/4 se expidió el Sr. Fiscal General. Opinó que la demanda debe ser rechazada, en base a la falta de prueba y a la no acreditación de los perjuicios alegados.

VII.- A fs. 185 se dispuso el llamado de autos, el que se encuentra a la fecha firme y consentido y coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VIII.- Así las cosas, conforme fue relatado, la concreta pretensión traída a juicio por la empresa actora se centra en el cobro de facturas impagas por $288.782,31 (05-0010 por $1.033,89 de diciembre/08; 05-0013 por $137.723,75 de febrero/09 y 05-0014 por $150.723,75 de marzo/09) más intereses.

Por su parte, la demandada rechaza tal pretensión. Niega que se haya suscripto el contrato de concesión el día 2/5/08; que esa contratación se haya ejecutado normalmente en los términos pactados; que en marzo de 2009 se haya suspendido la ejecución del convenio para reanudarse, según señala, un año después; que cumplimentado el plazo de suspensión la administración haya rescindido el contrato alegando imposibilidad económica; que se adeude a la actora las facturas reclamadas y que las mismas correspondan al servicio que dice haberse prestado; que la rescisión del contrato haya sido dispuesta por el Municipio en forma unilateral y sin causa; que la actora no haya tenido culpa en la rescisión del contrato; que se adeude suma alguna; que corresponda indemnizar a la actora por daños y perjuicios.

Asimismo, desconoce la documentación aportada por la actora (entre ellas las facturas), postula "la inexistencia del Acta Acuerdo de fecha 2 de mayo de 2008"; en definitiva, en el escueto responde, niega la procedencia sustancial del reclamo.

Ahora bien, ante todo cabe examinar la prueba reunida en la causa.

Como prueba documental, la parte actora acompañó cartas documentos (04676349 y 46763503, ambas de fecha 27/4/10 por medio de la cual se intimó al Municipio al pago); Acta Acuerdo de fecha 31/3; facturas correspondientes al 31/12/08, 28/2/09 y 31/3/09; el Decreto 195/7 que contiene el Pliego de Bases y Condiciones de la contratación; el contrato suscripto; el reclamo administrativo de fecha 1/11/10.

Ofreció como "prueba en poder de la demandada", el expediente administrativo por el que tramitó la contratación y el reclamo administrativo.

Prueba "informativa" al Correo para el caso de desconocimiento de las cartas documentos acompañadas.

Y ofreció pericial contable y pericial caligráfica para el caso de desconocimiento de las firmas insertas en el Acta Acuerdo y en el contrato acompañado.

Proveída la prueba ofrecida de acuerdo a las posiciones asumidas por las partes, se tuvo presente la documental (entre ellas, las actuaciones administrativas remitidas por la demandada); por innecesaria no se hizo lugar a la prueba informativa al Correo; se ordenó el sorteo del perito contable y la pericial caligráfica.

Pero, a fs. 155/156, por medio de la RI 437/13, se declaró la negligencia de la parte actora en la producción de las pericias contable y caligráfica.

Ergo, para analizar el planteo, sólo se cuenta con las constancias documentales que han sido referidas (Exptes. 7081-13-07 y sus acumulados 6779, 2147, 2556, 3347).

De ellas surge que, efectivamente, en el marco de la Licitación Pública 01/2008, la actora, el 2/5/2008, suscribió con el Municipio de Plottier un contrato de concesión para el servicio de recolección y transporte de residuos sólidos. La prestación del servicio se hizo efectiva en la misma fecha tal como surge del Acta de Inicio agregada al Expte. 7081-B-07.

Se estableció en la cláusula décima primera: "del precio y forma de pago": "…la empresa deberá presentar a la Autoridad de aplicación dentro de los 5 días corridos siguientes al último día del mes de prestación de servicios, mediante Nota de Pedido, una liquidación de prestación consignando los importes que a su juicio le correspondan conforme a los servicios prestados ese mes en función de las unidades ejecutadas y de los precios unitarios contractuales vigentes para cada ítem del contrato, para su verificación, corrección y/o devolución, según corresponda. Dentro de los diez días corridos siguientes al de la presentación de la liquidación, la autoridad de aplicación verificará y certificará el monto resultante de esa liquidación, previa deducción o incremento que a su criterio pudiere corresponder…. La empresa deberá presentar las facturas correspondientes ante la Autoridad de aplicación, cumplimentando los términos legales en vigencia, por la cantidad que indique la autoridad de aplicación en su certificado. En caso de discrepancia con el importe certificado, la Empresa podrá hacer las reservas correspondientes, pero no se podrá negar a emitir las facturas por el monto certificado. El pago de los servicios será efectuado por la Municipalidad dentro de los 20 días corridos contados desde la fecha de presentación de la Liquidación de Prestación por parte de la Empresa, siempre y cuando éste haya presentado las correspondientes facturas. Vencido el plazo de pago de los servicios, la Empresa podrá considerar en mora a la Municipalidad debiendo notificarse tal decisión en cuyo caso se devengará a favor de la empresa un interés igual a la tasa promedio del Banco de la Provincia del Neuquén ….".

En la cláusula décima sexta se establece la "rescisión por causa de la empresa", supuesto en el que no hay derecho a indemnización por daños y perjuicios ni lucro cesante; y en la cláusula décima séptima la "rescisión por causa de la Municipalidad".

Todas las actuaciones obrantes en los expedientes mencionados se vinculan con tramitaciones ordinarias, hasta llegar a las 3 últimas fojas, donde obra el "Acta Acuerdo" de fecha 31/3/09, mediante el cual la Empresa y el Intendente acuerdan suspender la ejecución del contrato por el plazo de 12 meses a contar desde la firma, a partir de cuyo momento se reanudarán los términos contractuales. Se deja constancia de que esta suspensión puede prorrogarse por idéntico período, previo acuerdo expreso de las partes (cláusula primera); la empresa declara no tener nada que reclamar con motivo de la suspensión del referido contrato, mientras dure la misma (cláusula segunda); la Municipalidad reconoce adeudar las certificaciones correspondientes a los meses de febrero y de marzo de 2009, por la prestación de los servicios. Asimismo, la Municipalidad se compromete a asumir el costo correspondiente al concepto preaviso correspondiente a las liquidaciones que deba desembolsar la empresa por despidos de los trabajadores ocupados en el servicio de Plottier; la Municipalidad asume a partir de la fecha la totalidad del servicio concesionado, deslindando a la empresa de toda responsabilidad en tal sentido.

Hasta aquí llegan las actuaciones administrativas; ergo, en ellas no hay constancias de lo sucedido con posterioridad a la suscripción del convenio referido (rescisión, causales, dictado del Decreto, etc.); tampoco de que se hayan

presentado las facturas para su pago, ni que se haya seguido a tal fin el procedimiento establecido en el contrato.

Las facturas presentadas por la actora son duplicados y triplicado, no poseen sello de recepción, ni hay ninguna referencia a ellas en las actuaciones acompañadas. La demandada las ha desconocido expresamente, y la actora ha perdido la prueba (pericial y caligráfica) que podría haber arrojado algún elemento de prueba en este sentido.

Al mismo tiempo, si bien en el Acta Acuerdo (obrante en las actuaciones administrativas) se ha reconocido la existencia de una deuda por las "certificaciones correspondientes a los meses de febrero y marzo de 2009", lo cierto es que tampoco hay modo de colegir de allí que las facturas aquí presentadas fueron recepcionadas por la Administración con las formalidades exigidas para su pago, o que se correspondan con los servicios que se dicen prestados y por los montos reclamados.

Por lo demás, ninguna conclusión puede extraerse, en el ámbito del derecho administrativo, de la circunstancia que la demandada haya recepcionado las cartas documentos por medio de las cuales la Empresa reclamó el pago; es decir, de la simple recepción de esas intimaciones no puede extraerse que hayan quedado conformadas las facturas y reconocidos los importes reclamados.

En el ámbito del derecho administrativo, la actuación de la Administración es formal; de allí que existan procedimientos pre-establecidos para guiar su actuación, desplazando la voluntad de las partes. Repárese que, en este contexto, el silencio de la Administración no posee sentido positivo (sino todo lo contrario, negativo; excepto cuando la Ley expresamente contemple otra posibilidad); tal es así, que para paliar el silencio de la Administración, la Ley 1284 otorga al interesado remedios tales como dar por denegada tácitamente la petición, interponer amparo por mora, etc.

Con lo cual nunca podría llegar a considerarse que la recepción de una carta documento en la que se intima a pagar, seguida del silencio, acarrea como efecto que se tenga por reconocida la recepción de las facturas, la deuda y su monto, dándose por salvadas las formalidades inherentes al procedimiento establecido para su pago.

IX.- En definitiva, en punto a la pretensión de cobro de facturas: no se cuenta con las facturas originales cuyo cobro se reclama, los duplicados -que fueron desconocidos- no están conformados y no encuentran correlato con certificaciones de servicios.

Tampoco hay constancia de que se haya seguido el procedimiento establecido en las cláusulas 53 y 54 del Contrato de Concesión (presentación en forma mensual mediante una "Nota de Pedido" de la "Liquidación de Prestación" con detalle de los servicios prestados; verificación y certificación de la Autoridad de Aplicación y, presentación de la factura por el monto certificado).

Es decir que no hay prueba ni de la prestación de los servicios ni de la presentación de las facturas en el modo establecido en el contrato. Es más, prácticamente no existen otros registros que el contrato, el acta de inicio y el acta de suspensión de la ejecución.

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

X.- Respecto al reclamo de los daños que confusamente ha sido postulado por la actora puesto que, en rigor, no ha sido claramente delimitado del cobro de las facturas, se observa que si bien ambas partes coinciden en la conclusión del vínculo, la actora lo atribuye a una decisión unilateral del municipio fundada en razones de oportunidad mérito y conveniencia, que se habría plasmado en el Decreto 472/2010 y, la demandada niega tales extremos.

El referido decreto, no obra agregado ni en las actuaciones administrativas ni en esta causa, ni fue ofrecido como prueba por ninguna de las partes.

Debe tenerse presente que frente al desconocimiento de la causal de extinción, correspondía a la actora su acreditación. Del mismo modo, pesaba sobre la accionante, demostrar la existencia de los perjuicios que afirma haber sufrido a causa del distracto.

En la demanda, en concreto, nada se argumenta. Sólo se trae a colación jurisprudencia y doctrina vinculada con el tópico, más no se ha logrado fundar la razón de su procedencia de acuerdo al contrato y las cláusulas que obligaban a las partes.

Y, más allá de ello, tampoco se ha acreditado la existencia de perjuicio, recaudo constitutivo de cara a la pretendida

reparación.

Resulta entonces que la orfandad probatoria sobre los extremos antes referidos impide constatar de alguna forma, la existencia de los daños y perjuicios que, débilmente, fueron planteados en la demanda.

XI.- Por lo tanto, a tenor de las consideraciones fácticas y jurídicas desplegadas a lo largo del presente voto, entiendo que corresponde rechazar la demanda, con costas a la actora vencida. ASI VOTO.

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

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) RECHAZAR la demanda interpuesta por Cliba Ingeniería Ambiental S.A. contra la Municipalidad de Plottier. 2°) Costas a la actora vencida (artículo 68 del CPCyC y 78 de la Ley 1305).3 °) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello. 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

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

"OLAVE MARIA CRISTINA Y OTRA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTRO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3013/2010) – Acuerdo: 09/16 – Fecha: 29/02/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

EMPLEADO PUBLICO. RECATEGORIZACION. OBRA SOCIAL PROVINCIAL. ENTE AUTARQUICO. ESTADO PROVINCIAL. FALTA DE LEGITIMACION PASIVA. ACTO ADMINISTRATIVO. LEGITIMIDAD DEL ACTO.

1.- Carece de legitimación pasiva la Provincia; ello así, en tanto los actos que causaron el agravio provienen del Organismo autárquico, I.S.S.N. y será éste el que en definitiva, de asistirle razón a las actoras, deberá soportar la condena a pagar las diferencias salariales que se reclaman. Repárese que la Ley de creación de tal organismo establece que actuará con personería jurídica e individualidad financiera propia, como ente autárquico de la Administración Pública (cfr. Ley 611 art. 1°). Por otra parte, el artículo 155 de la CP indica que las entidades descentralizadas pueden ser demandadas judicialmente de manera directa; la circunstancia de que el Poder Ejecutivo intervenga a través del control que realiza conforme las atribuciones conferidas en la Constitución de la Provincia (artículo 214 incisos 1° y 17°) no es obstáculo para ello en tanto tal actividad, no desplaza la legitimación del ente autárquico y sólo se limita a un contralor jerárquico institucional (cfr. art. 28, 29 y 190 de la Ley 1284).

2.- El Estado provincial no puede estar en juicio en calidad de demandado cuando la cuestión reclamada reconoce su génesis en la actividad administrativa de una entidad autárquica, toda vez que es ésta la que debe asumir legitimación procesal pasiva a raíz de demandas originadas en actos propios de la misma.

3.- Corresponde rechazar la demanda interpuesta contra contra la Provincia de Neuquén y el Instituto de Seguridad Social del Neuquén, en la que solicitan ser recategorizadas, equiparar la categoría y el pago retroactivo de la diferencia de haberes, pues el derecho vinculado con la carrera administrativa no puede ser entendido como absoluto ni automático, sino que en él confluyen cuestiones tales como: vacantes, decisión de la administración de cubrirlas, previsión presupuestaria y acto administrativo. Por su parte, dispone el artículo 16 del EPCAPP que el título habilitante o la especialidad que adquiera el personal no serán 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. En los presentes, subyace la disconformidad de las actoras con el nivel remuneratorio alcanzado, pero ello no justifica que exista mérito para considerar que la Administración debió haber reconocido con anterioridad la categoría pretendida. Como ha quedado patentizado, no fueron designadas para cumplir una función que requiriera del título alcanzado, con lo cual la posterior obtención del mismo -Licenciada en Servicio Social- no les acuerda el derecho a ser automáticamente promocionadas.

Texto completo:

ACUERDO N° 9. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintinueve días del mes de febrero del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "OLAVE MARIA CRISTINA y OTRA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN y OTRO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 3013/10, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: I.- A. fs. 77/84 se presentan las Sras. María Cristina Olave y Stella Maris Castellano, mediante apoderado e inician acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén y el Instituto de Seguridad Social del Neuquén.

Requieren que se deje sin efecto la Disposición 152/07 dictada por el Administrador General del I.S.S.N., la Resolución 126/07 del Consejo de Administración del I.S.S.N., el Decreto 128/09, la Disposición 515/09 del Consejo de Administración del I.S.S.N. y el Decreto 127/10 mediante los cuales se resolvió no hacer lugar a los reclamos y recursos presentados.

Pretenden que se ordene el pago retroactivo de la diferencia de haberes entre la categoría FUD y FUA por los períodos no prescriptos, conforme a la categoría que les correspondía y los aportes previsionales.

Manifiestan que pertenecen a la planta permanente del I.S.S.N. con categoría FUA conforme la Resolución 873/09 desde el 12 de noviembre de 2009.

Explican que, si bien alcanzaron esa categoría por un acuerdo entre las entidades gremiales y el I.S.S.N., ellas venían reclamando su recategorización desde hacía varios años.

Informan que ingresaron a trabajar en enero 1995 y mayo 1993, respectivamente y ambas, en el mes de diciembre de

1999, obtuvieron sus títulos universitarios en la carrera de Licenciatura en Servicio Social.

Señalan que el 10 de mayo del 2000 la Sra. Jefa de División del Servicio Social del I.S.S.N. le comunicó al Jefe de Recursos Humanos sus pases a la División Servicio Social y requirió la promoción en el escalafón profesional, como también los adicionales de Tiempo Pleno y Dedicación Exclusiva.

Dicen que el 26 de mayo del 2004 realizaron una presentación para ser recategorizadas y equiparar la categoría que tenían en ese momento –OFC y OSD- con el resto de los profesionales que prestaban tareas en los diferentes Departamentos del I.S.S.N., pero ello fue rechazado mediante la Resolución 178/04.

Luego, dicen que el 13 de enero de 2005 presentaron otra solicitud con similar objetivo.

Indican que el 28 de diciembre de 2005 el Consejo de Administración del I.S.S.N. dictó la Resolución 344/05 que aprobó, a partir del 1 de enero de 2006, para el personal perteneciente a planta permanente, el otorgamiento de la categoría inmediata superior.

Frente a ello, el 20 de enero de 2006 presentaron un nuevo pedido de recategorización y requirieron que se tomaran en cuenta sus desempeños como profesionales universitarios, pero no obtuvieron respuesta.

Acotan que el 26 de abril de 2006 el Consejo de Administración del I.S.S.N. dictó la Resolución 112/06 que aprobó, a partir del 1 de marzo de 2006, la recategorización de su personal de planta permanente.

Refieren que en dicha recategorización, conforme sus criterios de aplicación al personal de planta, fueron colocadas junto a otras tres agentes, con el objeto de encuadrarlas "dentro de un aspecto armónico de acuerdo a su actitud laboral, sus capacidades, rendimiento y vocación de servicio"y se les otorgó la categoría FUD. Destacan que las tres personas con las cuales se las incluyó no poseían título universitario y, pese a ello, fueron encasilladas en una categoría superior a la otorgada a ellas. Entienden que eso conculca el principio de igualdad ante la ley, el derecho a la carrera administrativa y la garantía constitucional de igual remuneración.

Estiman que es errónea la categoría asignada, porque se encuentra por debajo de la otorgada a todos los demás profesionales que se desempeñan en los diferentes departamentos del I.S.S.N. que, con la anterior recategorización, quedó fijada en la categoría FUA.

Aluden a las tareas realizadas, con un alto nivel de eficiencia y eficacia y, destacan que desde que obtuvieron sus títulos profesionales han trabajado en la División de Servicio Social cumpliendo funciones acordes a su formación profesional. Sostienen que tienen derecho a estar encasilladas en la misma categoría que todos los profesionales que trabajan en el Organismo.

Refieren que el dictado de la Resolución 873/09, pese al otorgamiento de la categoría, no soluciona el conflicto al dejar pendiente de resolución el abono del pago retroactivo de las diferencias salariales entre la categoría FUD y FUA.

Indican que los argumentos esgrimidos para rechazar lo peticionado son falaces porque reunían las condiciones legales para el ascenso al momento de reclamar la categoría y además la Administración otorgó recategorizaciones a otras personas después del reclamo.

Mencionan a agentes que entienden sirven de precedente porque fueron recategorizados –FUB-. Nombran a profesionales con título de carreras de más de 5 años, que cumplen tareas en los distintos departamentos y divisiones del I.S.S.N. que contaban, al momento de la reclamación, con categorías superiores.

Afirman que la actividad desplegada por la Administración resultó discriminatoria dado que en igualdad de circunstancias ellas percibían una remuneración menor.

Describen los vicios de la actividad administrativa impugnada, en especial la ilegitimidad de las resoluciones y decretos, por no haber considerado ninguno de los planteos realizados que, dicen, implica falta de motivación.

Expresan que los actos administrativos cuestionados conculcan la garantía de defensa en juicio y del debido proceso, por lo que presentan el vicio muy grave de incumplimiento de deberes impuestos por normas constitucionales y de ser dictados violando la garantía de defensa en juicio (inc. b) y r) del art. 67 de la Ley 1284); asimismo son violatorios de la garantía de igualdad ante la ley, consagrada en los artículos 16 de la Constitución Nacional y 22 de la Constitución Provincial y carecen de debida motivación (inc. s) del artículo 67 de la Ley 1284).

Analizan la violación del derecho a la carrera e igualdad de remuneración por igual tarea, con citas de doctrina

constitucional y de Pactos Internacionales.

Como conclusión, expresan que la actividad de la Administración les ha privado de manera ilegítima de su derecho a ascender en condiciones de igualdad dentro del escalafón administrativo y les generó ilegítimas diferencias salariales.

Acotan que si bien, poseen en la actualidad la categoría que reclaman, les corresponde el reconocimiento de las diferencias salariales producidas por los actos impugnados.

Ofrecen prueba.

II.- Se decreta la admisión de la acción por medio de la R.I. 351/10 (cfr. fs. 97).

III.- Efectuada la opción procesal por el procedimiento ordinario (fs. 98) el Instituto de Seguridad Social del Neuquén, se presenta mediante apoderado a contestar la demanda a fs. 111/117 y solicita su rechazo.

Expresa que los planteos traídos fueron debidamente abordados, en los dictámenes jurídicos de los expedientes 4469-032265/5, alcance 0000, año 2009 y 4100-12464/2009.

Transcribe el Dictamen 88/09, que es el antecedente de la Resolución 515/09, que fue recurrida ante el Poder Ejecutivo en el expediente 4100-012646/09 donde se elaboró el Dictamen 335/2009.

Plantea que estas cuestiones sustentaron los actos administrativos impugnados, por ello, no puede sostenerse que carecen de motivación y/o es indebida y/o equivocada y/o falsa.

Indica que las accionantes no señalan, ni prueban, cuál es la razón por la que consideran que corresponde el reconocimiento del derecho pretendido; sólo se comparan con otros profesionales de una carrera universitaria de cinco años.

Dice que no describieron las tareas que ellas realizaban ni las de los otros agentes con las que se comparan y pretenden ser equiparadas.

Sostiene que de ser verdad la violación al derecho de igualdad denunciado, deberían probar que fueron categorizadas de manera diferente a un profesional que cumplía las mismas funciones y con el mismo cargo.

En igual línea, niega que haya existido conculcación al principio de igual remuneración por igual tarea y que las accionantes hayan sido discriminadas.

Menciona que el otorgamiento de las categorías a los agentes del I.S.S.N. es una facultad discrecional y, por ende, no corresponde que judicialmente se arrogue el ejercicio de tal facultad, ya que el I.S.S.N. por medio de los procedimientos correspondientes evaluó la situación de cada una de las actoras en distintos momentos y, como consecuencia de ello, resultó que no correspondía hacer lugar a sus pretensiones.

Funda en derecho. Ofrece prueba. Efectúa reserva del caso federal.

IV.- A fs. 127/131 luce la contestación de la Provincia del Neuquén, mediante apoderado, con patrocinio letrado.

Interpone defensa de falta de legitimación pasiva, para que sea tratada al momento de dictar sentencia.

Entiende que el Tribunal tiene la facultad- deber de apreciar, aún de oficio, la falta de legitimación por ser un presupuesto procesal de orden público, cita jurisprudencia en tal sentido.

Sostiene que la demanda debió haber sido dirigida contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén.

Sustenta su defensa en que el Organismo de Seguridad Social es un ente autárquico que cuenta con personería jurídica y plena capacidad para estar en juicio con legitimación activa o pasiva e individualidad financiera propia, con presupuesto general también propio.

Dice que la persona jurídica -I.S.S.N.- se diferencia nítidamente de la persona jurídica -Provincia del Neuquén-.

Manifiesta que las actoras persiguen el pago de la diferencia de haberes entre categorías y, en consecuencia, a su entender, el único destinatario de la pretensión es el mencionado Organismo, quien de hacerse lugar a la demanda, deberá abonar lo reclamado.

Indica que la intervención del Poder Ejecutivo Provincial lo fue al sólo efecto de agotar la vía administrativa y obtener un acto definitivo que cauce estado; esa intervención no significa que la Provincia pueda válidamente ser demandada, cuando la acción u omisión que se imputa, proviene de un ente autárquico como lo es, en este caso, el I.S.S.N. Cita jurisprudencia.

Sin perjuicio de entender que procede la defensa opuesta, contesta demanda.

Cumple con la negativa de rigor.

Luego, dice que es insuficiente lo expuesto por la parte actora en cuanto a los motivos fácticos y/o jurídicos, con entidad para invalidar el actuar administrativo.

Expresa que la demanda aparece como una mera expresión en disconformidad con el actuar administrativo.

Alude a la facultad discrecional del I.S.S.N. para otorgar o no la categoría pretendida por el interesado.

Niega que las actoras tengan un derecho absoluto o automático a ser ascendidas en la categoría pretendida desde el momento que comenzaron a peticionarlo. Cita jurisprudencia vinculada a las facultades discrecionales.

Agrega que el I.S.S.N. no tenía la obligación de otorgarles una categoría superior. Expresa que estaban percibiendo sus salarios por la tarea que efectivamente realizaban.

Para el hipotético supuesto que se haga lugar a la acción, en los términos peticionados y sin que signifique reconocer hechos o derechos a favor de la contraria, plantea la defensa de prescripción liberatoria en lo que respecta al pago retroactivo de las pretendidas diferencias de haberes mensuales y SAC proporcionales, en base a las previsiones del art. 191 inc. a) de la Ley 1284 y 4027 inc. 3 del Código Civil, correspondiendo aplicar el plazo máximo de 5 años para el retroactivo pretendido.

Dice que las actoras iniciaron la acción, después del año, contado a partir de la presentación de la primera reclamación administrativa. Se considera como fecha de inicio del cómputo de la prescripción liberatoria, el del inicio de la acción procesal administrativa, que sucediera el 22 de marzo de 2010. Así, de prosperar la demanda, se deberían abonar las diferencias por haberes mensuales y SAC proporcionales recién a partir del 22 de marzo de 2005 y se extendería sólo hasta el 31 de mayo de 2009, ya que a partir del día siguiente se les otorgó a las actoras la categoría FUA que pretendían.

Ofrece prueba.

V.- A fs. 136 se abre la causa a prueba y se provee la ofrecida por las partes.

VI.- A fs. 688 se clausuró el período probatorio.

A fs. 694/697 obra el alegato producido por la codemandada I.S.S.N.

VII.- A fs. 699/706 dictamina el Sr. Fiscal ante el Cuerpo, quien propicia que se haga lugar a la falta de legitimación pasiva opuesta por la Provincia y, a la par que, se rechace la demanda, ya que no advierte afectación del derecho a la carrera administrativa de las accionantes, ni al principio de igualdad, ni obrar arbitrario y/o ilegítimo de la Administración.

VIII.- A fs. 708 se llama autos para sentencia; firme y consentido éste, coloca a la causa en estado para el dictado del fallo definitivo.

IX.- En primer término, corresponde analizar la defensa de falta de legitimación pasiva interpuesta por la Provincia demandada.

Como es sabido, mediante ésta lo que se controvierte, es que quien demanda, o aquel contra quien se demanda, no revisten la condición de personas idóneas o habilitadas por la Ley, para discutir el objeto sobre el que versa el litigio.

Ahora bien, teniendo en cuenta la pretensión de demanda, asiste razón a la Provincia en cuanto a que carece de legitimación pasiva para ser demandada en estas actuaciones; ello así, en tanto los actos que causaron el agravio provienen del Organismo autárquico, I.S.S.N. y será éste el que en definitiva, de asistirle razón a las actoras, deberá soportar la condena a pagar las diferencias salariales que se reclaman.

Repárese que la Ley de creación de tal organismo establece que actuará con personería jurídica e individualidad financiera propia, como ente autárquico de la Administración Pública (cfr. Ley 611 art. 1°).

Por otra parte, el artículo 155 de la Constitución Provincial indica que las entidades descentralizadas pueden ser demandadas judicialmente de manera directa; la circunstancia de que el Poder Ejecutivo intervenga a través del control que realiza conforme las atribuciones conferidas en la Constitución de la Provincia (artículo 214 incisos 1° y 17°) no es obstáculo para ello en tanto tal actividad, no desplaza la legitimación del ente autárquico y sólo se limita a un contralor jerárquico institucional (cfr. art. 28, 29 y 190 de la Ley 1284).

Es que, como reiteradamente se ha señalado, el Estado provincial no puede estar en juicio en calidad de demandado

cuando la cuestión reclamada reconoce su génesis en la actividad administrativa de una entidad autárquica, toda vez que es ésta la que debe asumir legitimación procesal pasiva a raíz de demandas originadas en actos propios de la misma.

Por estas consideraciones, como se ha resuelto en casos similares y, como lo pone de manifiesto la Provincia, corresponde hacer lugar a la defensa de falta de legitimación pasiva, con costas a las actoras.

X.- Despejado este aspecto y, encontrándose trabada debidamente la Litis con el ISSN, cabe entrar a la consideración de la cuestión propuesta.

Como se dijo, las accionantes postulan la nulidad de los actos mediante los cuales no se hizo lugar a los reclamos y recursos deducidos solicitando su recategorización y, en pos de ello, solicitan que se ordene a la demandada el pago retroactivo de la diferencia salarial entre las categorías FUD y FUA (alcanzada a través de la Resolución 873/9) por los períodos no prescriptos.

Ello, en el entendimiento que, en rigor, desde que obtuvieron sus títulos universitarios de Licenciadas en Servicio Social (año 1999) debieron haber sido categorizadas con la máxima categoría del Escalafón Administrativo –FUA-.

X.1.- En primer lugar, vale recordar que siendo competencia de la Administración resolver todo lo vinculado a la designación y baja de agentes, traslados, promociones, otorgamiento de bonificaciones, sanciones, etc.; la magistratura sólo puede ejercer el control de juridicidad de tal accionar administrativo, presentándose como único valladar la imposibilidad de transformar ese control en un medio de intervención indirecta en la determinación de las políticas confiadas a los otros poderes del Estado.

Es que, justamente, esta facultad judicial no se sustenta en la sustitución del criterio de oportunidad, mérito o conveniencia del administrador por el Juez, sino en el inexcusable control de juridicidad y razonabilidad que en nuestro ordenamiento institucional corresponde al Poder Judicial (cfr. Ac.14/11).

Delimitado el campo de revisión, corresponde entrar a examinar si las facultades con las que cuenta la Administración han sido ejercidas en forma legítima.

Para ello, es necesario "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, pues se vincula con el derecho a estar correctamente encasillado) no corre en forma separada de las necesidades del servicio en el que se inserta. (cfr. Ac. 55/15 "MUÑOZ ANTONINA DEL CARMEN")

"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 conclusión, el derecho vinculado con la carrera administrativa no puede ser entendido como absoluto ni automático, sino que en él confluyen cuestiones tales como: vacantes, decisión de la administración de cubrirlas, previsión presupuestaria y acto administrativo.

Por su parte, dispone el artículo 16 del EPCAPP que el título habilitante o la especialidad que adquiera el personal no serán 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.

XI.- En el caso, surge de los exptes. administrativos 4469-032265/5; 4100-012464/09; 3469-067884/3; 3100-028602/07; 3100-026202/07; 3100 – 026202/2007 – Alc. 1/2007, que:

- a) la Sra. María Cristina Olave, ingresó el 01 de enero de 1995 al I.S.S.N. con categoría OFC; a partir del 01 de noviembre de 1999 pasó de la categoría OFC a OFA; del 01 de enero de 2006 de la categoría OFA a OSD; del 01 de marzo del 2006 pasó de la categoría OSD a FUD.

La agente posee título de Licenciada en Servicios Sociales finalizando su carrera universitaria con fecha 06 de agosto de 1999.

Respecto a la función que desempeña, desde el 12 de diciembre de 2005 mediante Disposición 228/06 se la designó a

cargo de la División Servicios Sociales en reemplazo de la agente Rivas María Cristina (en el responde se aclara que actualmente no es así).

b) la Sra. Stella Maris Castellano, ingresó al I.S.S.N. el 26 de mayo de 1993 con la categoría OFC; a partir del 01 de noviembre de 1999 pasó de la categoría OFC a la OSD; del 01 de enero de 2006 de la categoría OSD a OSC; del 01 de marzo de 2006 pasó de la categoría OSC a la FUD.

Posee título universitario de Licenciada en Servicio Social desde el 14 de diciembre de 1999 y se desempeña desde el 2 de mayo de 2000 mediante Disposición 359/00 en la División Servicios Sociales siendo comisionadas a D.P.J.P.

Más tarde, alcanzaron ambas la categoría pretendida –FUA-, a partir del 12 de noviembre de 2009 conforme la Resolución 873/09.

Así puede observarse que las actoras han sido promocionadas a lo largo de su carrera e incluso ya obtenido el título que esgrimen, a categorías superiores, si bien no la máxima que finalmente fue acordada en el año 2009.

Luego, todo lleva a estimar que la pretensión parecería anclarse en una interpretación errónea del sistema general de ascensos, pues la sola obtención del título profesional –como se dijo- no genera el derecho a la promoción automática de la categoría y/o tramo estatutario.

Y, tal como señala el dictamen del Sr. Fiscal General, no se encuentra acreditado que, durante el período anterior a la Resolución 873/09 (que otorga la categoría FUA) las funciones desempeñadas por las actoras hayan requerido el título obtenido o sean determinantes de la correspondencia de la categoría FUA; es más, la cuestión se torna compleja pues, precisamente, no está determinado qué tareas deben ser remuneradas con dicha categoría; a la par, tampoco hay modo de alcanzar la convicción de que, las funciones desempeñadas, no son susceptibles de ser correctamente remuneradas con la categoría FUD.

A esta altura del análisis, puede colegirse entonces, que en toda esta cuestión subyace la disconformidad de las actoras con el nivel remuneratorio alcanzado pero ello no alcanza a justificar que exista mérito para considerar que la Administración debió haber reconocido con anterioridad la categoría pretendida.

Como ha quedado patentizado, ellas no fueron designadas para cumplir una función que requiriera de tal título, con lo cual la posterior obtención del mismo no les acuerda el derecho a ser automáticamente promocionadas.

Luego, no se advierte que la Administración haya actuado en forma ilegítima conculcando los derechos invocados: igual remuneración por igual tarea, debido proceso, no discriminación, etc.

Es que, sin perjuicio de las constancias documentales aportadas respecto a otros profesionales, no existen otros elementos que permitan colegir que los supuestos denunciados guarden identidad al presentado en autos como para poder evaluar una eventual desigualdad de trato.

Como se dijo anteriormente, el derecho a ser promocionado a una categoría superior, requiere de la reunión de varios factores; entre ellos, no sólo las aptitudes del agente, sino la existencia de vacantes y la decisión de la Administración de cubrirlas de acuerdo a las necesidades del servicio.

En este caso, no se encuentra acreditado que antes del otorgamiento de la categoría FUA a las actoras, existieran en el área donde ellas laboraban, vacantes de esa categoría previstas presupuestariamente y que la Administración, arbitrariamente, les haya negado la posibilidad de ascender.

Antes bien, de lo que surge de autos, es que éstas han sido promocionadas, ascendiendo en las categorías presupuestarias, sin que exista mérito para considerar que, injustamente, no se las ha colocado en la categoría FUA, postergándolas sin razón, cuando al resto –en sus mismas condiciones, aptitudes, funciones y título- les fue concedido.

Desde allí, tampoco puede ser recibida la tacha vinculada con la lesión al 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, 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, todo lo cual no emerge de las constancias de esta causa.

Desde esta plataforma, como se indicara, con la prueba documental –legajo personal y expedientes administrativos-

no puede inferirse que asiste a las actoras el derecho de ser ubicadas en la categoría FUA que reclaman por la sola circunstancia de haber obtenido sus títulos universitarios de "Licenciadas en Servicio Social", con anterioridad a la fecha en que efectivamente lo fueron.

En definitiva, no advirtiéndose que existan razones para estimar que las actoras debieron haber sido recategorizadas a la categoría FUA con anterioridad al dictado de la Resolución 873/09, la actuación de la demandada –al rechazarles los reclamos- no se presenta como ilegítima. Consecuentemente, la pretensión de pago de las diferencias salariales debe ser rechazada.

Por las razones expuestas propicio al Acuerdo el rechazo de la demanda incoada por las Sras. María Cristina Olave y Stella Maris Castellano contra la Provincia del Neuquén y el Instituto de Seguridad Social del Neuquén.

Las costas deberán ser soportadas por las actoras perdidosas en virtud del principio objetivo de la derrota contenido en el art. 68 del CPC y C. 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 General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Rechazar la demanda incoada por las señoras MARIA CRISTINA OLAVE y STELLA MARIS CASTELLANO contra la PROVINCIA DEL NEUQUEN y el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN; 2°) Costas a cargo de las actoras (art. 68 del C.P.C. y C.); 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 Actuaría que certifica.

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

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

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

"R. L. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 15541/2015) – Acuerdo: 18/16 – Fecha: 10/11/2016

DERECHO PROCESAL PENAL: Resoluciones judiciales.

TRIBUNAL DE IMPUGNACION. SENTENCIA PENAL. RECURSO EXTRAORDINARIO. NULIDAD DE LA SENTENCIA. SENTENCIA ARBITRARIA. REENVIO. PRUEBA. VALORACION DE LA PRUEBA. JURADO POPULAR.

Corresponde hacer lugar al recurso extraordinario incoado, declarar la nulidad de la sentencia del Tribunal de Impugnación y en consecuencia disponer el reenvío del legajo a dicho órgano revisor para que, con nueva integración y previa audiencia, dicte nuevo fallo acorde a derecho (art. 98 ídem y normas citadas), toda vez que -bajo la apariencia de una revisión plena de la sentencia condenatoria- el pronunciamiento apelado infravaloró de un modo arbitrario e inaceptable el criterio

aplicado por el Jurado Popular, afirmando una confusión o una limitación en su saber que no ha sido tal; en tanto los integrantes del Jurado Popular (lejos de haberse "confundido" por las instrucciones dadas por el magistrado del juicio) tuvieron en cuenta para emitir su veredicto los elementos fácticos y probatorios suficientes para escindir ambas mecánicas de abuso sexual y relacionar mentalmente, al menos uno de los hechos que se le abonó al imputado. Razonó que frente a una prueba médica que por sí misma no excluía el abuso sexual con penetración, la misma debía ser sopesada con todo el resto del material probatorio válidamente obtenido. [...] Esta actividad ponderativa, por lo demás, no ha hecho otra cosa que satisfacer las instrucciones que se le impartieron luego del debate, pues allí se les exigía una valoración integral de todos los elementos rendidos durante el juicio.

Texto completo:

ACUERDO N° 18 /16: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los diez (10) días del mes de noviembre de dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por el doctor ALFREDO ELOSÚ LARUMBE y la doctora MARÍA SOLEDAD GENNARI, con la intervención del señor Secretario de la Sala Penal, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para dictar sentencia en los autos caratulados: "R., L. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO", Legajo MPFJU 15541/2015.

ANTECEDENTES: I.- El Jurado Popular que se constituyó para enjuiciar a L. R. halló al nombrado culpable (por unanimidad de votos) en orden al delito de Abuso Sexual con acceso carnal calificado por el vínculo –dos hechos- en concurso real, en carácter de autor, cometido de manera reiterada y continua (arts. 55, 119, 1° párrafo, inciso "b" del Código Penal).

Con base en dicho veredicto, el magistrado Jorge A. Criado, integrante del Colegio de Jueces del Interior, dictó la sentencia de responsabilidad pertinente (cfr. constancias de fs. 1/11).

Asimismo, en aplicación supletoria de las normas del juicio común (art. 212 del C.P.P.N.) y tras culminar el debate en torno a la pena aplicable (art. 179, ídem), el mismo magistrado condenó a L. R. a la pena de diecisiete (17) años de prisión de efectivo cumplimiento.

En contra de aquellos pronunciamientos dedujo impugnación ordinaria el señor Defensor Oficial que asistía en ese entonces al imputado (fs. 22/9).

El Tribunal de Impugnación, integrado en la oportunidad con la Dra. Liliana Deiub y los Dres. Alejandro Cabral y Mario Rodríguez Gómez receptó favorablemente dicho recurso (sostenido en la Alzada por los letrados de confianza que actualmente intervienen, Dres. Facundo Trova y Alejandro de la Cruz Bustamante) y resolvió "…II REVOCAR la teoría legal aplicable a los hechos de los que fuera declarado penalmente responsable L. R. y tipificarlos en las previsiones del art. 119 primer párrafo y último párrafo del inc. "f" del C.P., Abuso sexual simple agravado por el vínculo y guarda…" (cfr. fs. 30/40 vta.).

En contra de esta última decisión la Defensoría de los Derechos del Niño (en calidad de querellante) y el Ministerio Público Fiscal, interpusieron los recursos de control extraordinario que aquí penden de decisión (cfr. fs. 42/57 y 59/70).

En ambos escritos recursivos se alude –como agravio común- a la ausencia de motivación del fallo apelado por una absurda apreciación de las pruebas rendidas en el juicio y por haber fundado su decisión en base a ciertos agravios que el mismo tribunal generó durante la audiencia de impugnación, en contradicción al proceso adversarial (cfr. fs. 42 vta. y 60).

Denuncian que el órgano revisor descartó incorrectamente la modalidad del abuso sexual por el que había sido condenado el imputado y que para arribar a dicha conclusión se valoró la prueba forense de una manera sesgada (en referencia al testimonio del médico forense, Dr. Diego Estomba).

Esto lo afirman en tanto, si bien dicho galeno no halló lesiones vaginales compatibles con penetración peneanaen la niña "M.J.", estiman que no necesariamente el acto sexual reprochado a R. deja ese tipo de vestigio, máxime cuando esa penetración bien pudo ser "incompleta", "superficial", "bulbar" o "interlabial".

De allí que tal conclusión forense debió cohonestarse con otras pruebas de evidente corte acriminador y que reconducían a tener por configurado el sometimiento sexual mediante la introducción del órgano sexual del imputado.

Aducen que idéntico yerro se produjo al soslayarse la lesión anal advertida en la restante víctima "B.V.", cuya etiología es plenamente compatible, no sólo con el relato de la propia afectada, sino también con lo que declaró en cámara gesell su hermana, quien describió detalladamente el modo en que Ramírez subió a "B.V." al inodoro del baño de la casa que compartían y la penetró analmente.

En tal sentido, expresan la Fiscalía y la Querella que el voto de apertura del Tribunal de Impugnación siquiera tomó en cuenta esa evidencia física, mientras que el magistrado que conformó la posición mayoritaria intentó restarle significación probatoria al sugerir que pudo haberse producido en una situación diferente y por una persona distinta al imputado.

Esto último, si bien intenta explicarlo el último voto de adhesión al referir que la niña "B.V." ya había padecido otra situación de abuso sexual, por la que resultó condenado un amigo del tío materno, dicen los acusadores que tal conclusión se contrapone con los hechos documentados en aquel legajo, pues allí se tuvo por probada la introducción de un dedo en la vagina de la menor, lo que obviamente no deja secuelas en la zona anal. De allí que la única conclusión que estiman posible (desde un plano lógico) es que la lesión advertida sobre "B.V." sea consecuencia del hecho atribuido a R. ya que es, en definitiva, el único que concuerda con la modalidad narrada por la víctima y por la testigo presencial.

II.- En fecha 17 de octubre del corriente año se llevó a cabo la audiencia para la ampliación y refutación de argumentos, ocasión en que las partes acusadoras desarrollaron sus agravios de un modo plenamente coincidente al de los escritos de formalización.

Tales agravios fueron cuestionados, a su turno, por los letrados particulares que asisten al imputado, Dres. Facundo Trova y Alejandro de la Cruz Bustamante.

En primer lugar, sostuvieron que los recursos son inadmisibles por extemporáneos, ya que no están dirigidos contra una sentencia definitiva pues la nueva cesura todavía no se realizó.

En lo que hace al fondo del planteo, expresan que "M.J." no tiene ningún tipo de lesión ni vestigio de haber sido accedida carnalmente. Además, no obstante la hipótesis sugerida por los apelantes (en cuanto a que la falta de lesiones genitales puede sostenerse en una penetración incompleta), soslayan que "M.J." en la cámara gesell refirió sangrado, dolor y manchas en la ropa interior todo lo cual es incompatible con la presencia del himen intacto; incluso el médico forense fue claro al referir que dicha niña no fue desflorada y que la persistencia del abuso, del modo en que se le imputa, debió provocar lesiones.

En cuanto a "B.V.", está claro que ella fue víctima de un episodio de abuso sexual anterior donde resultó condenado, en juicio abreviado, otra persona distinta a su cliente, situación que deja un margen de duda tal como lo tuvo en cuenta el Tribunal de Impugnación. Destacan en este punto que la lesión advertida por el Dr. Estomba es superficial, estaba cicatrizada y no se podía determinar su data de producción, lo cual genera una lógica duda en torno de la autoría.

Agregan que la Licenciada Ortíz dio precisiones en cuanto al abuso anterior y no con la supuesta conducta abonada a su defendido. Lo mismo ocurrió cuando declaró la Directora de la escuela. Incluso, de estar a los testimonios de las maestras, éstas fueron coincidentes en referir que ambas niñas estaban angustiadas porque extrañaban a su padre.

Aclaran que es falso que esa defensa no haya introducido el planteo subsidiario del abuso sexual simple frente a la inexistencia de penetración (se refieren, concretamente, al minuto 18:40 y ss de la audiencia ante el Tribunal de Impugnación). Incluso, fue la propia defensa oficial que actuó durante el juicio la que intentó proponerlo en el marco de las instrucciones al Jurado, oponiéndose a ello el Dr. Bagnat.

Concluyen los defensores en que más allá de esta exteriorización u omisión argumentativa, quedaba a cargo del Juez

técnico la responsabilidad de realizar las instrucciones en legal forma, debiendo explicarle al Jurado el derecho aplicable.

III.- Culminada la audiencia la Sala pasó a deliberar con la presencia del señor Secretario, quedando el legajo en condiciones de ser resuelto.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por parte de sus integrantes el siguiente orden: la Dra. María Soledad Gennari y el Dr. Alfredo Elosú Larumbe.

Cumplido el procedimiento previsto en el artículo 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

CUESTIONES. 1°) Son formalmente admisibles las impugnaciones extraordinarias interpuestas?, 2°) ¿Son procedentes las mismas?, 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar?, y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión, la Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dijo: los escritos que corren agregados a fs. 42/57 vta. y 59/71 fueron presentados en término, por quienes se encuentran legitimados para ello y ante el órgano administrativo encargado de su recepción (cfr. constancias de fs. 41 y58).

Si bien la Defensa del imputado tachó de prematuros ambos recursos por cuanto aún no se llevó a cabo la audiencia de cesura ordenada en el fallo apelado, esa afirmación resulta incorrecta, ya que el único modo de producirse tal etapa es dejando con fuerza ejecutoria el decisorio del Tribunal de Impugnación que excluyó la figura legal por la cual venía condenado el imputado (conf. art. 231 del C.P.P.N.).

De no haber recurrido la Querella y el Ministerio Público Fiscal la decisión de aquel órgano revisor, mal podrían, una vez firme y consentido ese pronunciamiento, afligirse de la calificación legal allí establecida.

En definitiva, el argumento de la Defensa hubiera implicado que tales partes acusadoras reediten el asunto en una etapa procesal ya fenecida, la cual estaría claramente agotada al amparo del principio de la preclusión.

Establecido entonces que tales recursos son tempestivos, los agravios que ellos contienen –del modo en que han sido presentados y con total abstracción sobre la respuesta que merezca 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, por regla, 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 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 y que no puede ser descartado a priori en esta fase del análisis.

Al ser ello de esta forma, entiendo que los recursos de control extraordinario agregados a fs. 42/57 vta. y 59/70 vta., presentados por la Defensoría de los Derechos del Niño (en su rol de querellante en representación de las menores víctimas) y por el Ministerio Público Fiscal, respectivamente, han superado los ápices formales inherentes a este tipo de impugnaciones y son admisibles desde tal plano. Tal es mi voto.

El Dr. Alfredo Elosú Larumbe, dijo: coincido con el tratamiento y solución dado por la señora Vocal preopinante a esta primera cuestión. Tal es mi voto.

A la segunda cuestión, la Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dijo: la identidad de agravios que contienen los documentos impugnativos ya mencionados y el similar enfoque que hicieron de la cuestión me lleva a una respuesta común.

El repaso del legajo permite advertir que el Tribunal de Impugnación revocó la decisión del a-quo en un punto medular de la litis por entender que existió un veredicto contrario a prueba.

Si bien el voto que inaugura el fallo apelado ha hecho un largo y minucioso análisis preliminar en torno a la posibilidad de revisar de forma amplia las sentencias derivadas de un veredicto emanado del Jurado Popular como forma de garantizar el derecho del imputado al "doble conforme" (cfr. fs. 34/35 vta.), las referencias a la prueba y los razonamientos que de ella misma hizo ese magistrado poseen, en mi concepto, serias fisuras que no pueden ser homologadas en esta instancia y que llevan a descalificar el fallo como acto jurisdiccional válido. Veamos:

Los hechos contenidos en la sentencia de responsabilidad, revisada en la instancia anterior, remiten a que el imputado R. abusó de sus dos hijas (que se identifican aquí como "M.J." y "B.V." en resguardo de su identidad).

Dicho sometimiento sexual, en ambos casos y de acuerdo a la tesis que plasmó el Jurado Popular en su veredicto, se concretó mediante accesos carnales reiterados.

Una vez llevado el caso ante la instancia revisora, por iniciativa de la Defensa Oficial que asistía en esa época al imputado, el primer voto del Tribunal de Impugnación, comenzó su análisis, expresando lo siguiente:

"…De la revisión completa de estas pruebas [en referencia a las que se produjeron durante el Juicio por Jurados] se desprende que el testimonio de las niñas ["M.J."] y ["B.V."], fuente primaria, esencial y determinante, como en toda investigación de cualquier delito (la versión y relato de la víctima), se complementa y no se contradice con el resto de la prueba debatida y citada precedentemente, quedando solo, como el punto más endeble y crítico, la opinión y dictamen del Dr. Estomba…".

Hasta allí –siempre de acuerdo a las consideraciones de este voto de apertura- las declaraciones de las niñas tuvieron un engarzamiento con la prueba de cargo rendida en el juicio, con excepción de ciertas apreciaciones del médico forense, del cual –según afirma- va a analizar en profundidad más adelante (cfr. fs. 35 vta.).

En refuerzo de esta concordancia y coherencia probatoria, el magistrado afirmó:

"…Queda claro del relato de "B.V." y "M.J.", como una completa el discurso de la otra, "M.J.", pudo contar lo que vio que el padre le hacía a su hermana y la Lic. Zuccarino, intensamente contra examinada explicó que no es posible dar detalles específicos, como cuando describe la eyaculación, a esa edad, sin que los haya vivenciado. Cualquier relato influenciado, o mendaz, hubiese caído en contradicciones y fisuras. Hay referencias temporales, especiales y perceptivas como el dolor, realmente vividos. La reseña hecha sobre el informe de su terapeuta Lic. Misevich guarda lógica con el abordaje de un tratamiento de estas características, donde no se explora sobre la situación traumática, ni se menciona en las entrevistas terapéuticas, como una situación y mecanismo de defensa elemental. Evidentemente este abordaje, es completamente diferente a una entrevista con un psicólogo forense o una Cámara Gesell. El resto de la prueba, claramente, es complementaria y parte de la misma fuente de información de las niñas abusadas, a temprana edad, con las limitaciones, umbrales defensivos, sorpresa y traumas que se deducen desde el más elemental sentido común, pero que además, explicaron desde su ciencia, los licenciados en psicología y expertos en el tratar estos conflictos graves. La madre describe la falta de higiene, los cambios en el carácter y como se fue descubriendo la génesis de esos síntomas, en el mismo sentido las maestras y terapeutas.

Estaban tristes, sucias, bajaron el rendimiento escolar y relatan episodios imposibles de conocer, mucho menos describir, si no fueron vivenciados. O sostener, sin contradicciones si fueron inducidas o instigadas a contar…" (textual de fs. 36/vta.).

En otras palabras: para ese magistrado revisor los relatos de las niñas no sólo habían exhibido una consistencia interna irrefutable, sino que además encontraron apoyatura en múltiple prueba testifical prestada en el juicio (se refiere, claro está, a los psicólogos intervinientes, a las maestras de grado, a la progenitora de las niñas, etc.).

Sin embargo, ese mismo Juez argumentó, en un párrafo posterior, que la sentencia recurrida ante ellos, aún en esas condiciones probatorias, no era factible de confirmarse en virtud de las conclusiones forenses expuestas en el debate por el Dr. Estomba, quien(desde la particular interpretación del magistrado revisor) no apreció en las niñas signos de desfloración compatibles con la penetración del órgano genital masculino.

Entiende que de acuerdo a las máximas de la experiencia esos ataques sexuales siempre dejan secuelas y que la falta de vestigios en la zona corporal de aquéllas lleva necesariamente a la aplicación del in dubio pro reo respecto de la "teoría legal" aplicable.

En síntesis de su razonamiento explica que"…no existen dudas en que las dos niñas fueron abusadas…" pero "…De la transcripción y de las instrucciones, ley aplicable al caso, se deduce que el Jurado, no tuvo la opción, o posibilidad de conocer el delito menor incluido, que emerge ante la ausencia de prueba suficiente, para un veredicto de culpabilidad, sobre el agravante propuesto…" (cfr. fs. 36 vta. y 37).

Expuestos los argumentos que informan la decisión apelada, conviene recordar, en tanto la vía de acudimiento a esta sede tiene base en un supuesto de "arbitrariedad de sentencia", que la misma es de aplicación excepcional y que no puede requerirse por su intermedio para el reexamen de aspectos no federales cuya solución es competencia

exclusiva de los jueces de la causa, salvo que se demuestre su notorio desvío de las leyes aplicables o una decisiva ausencia de fundamento. Así se ha hecho constar en múltiples fallos de esta Sala Penal (solo por nombrar las más recientes, cfr. R.I. n° 137/16 y 138/16, ambos de fecha 24/10/2016).

En definitiva, no se pretende por esta vía convertir a la Corte en una tercera instancia ordinaria (y por obvia razón de transitividad a este Tribunal Superior); sólo procura suplir defectos notorios de fundamentación o razonamiento que impidan considerar a la sentencia como acto jurisdiccional válido (C.S.J.N., Fallos 334:541).

Expresada esta necesaria disquisición, entiendo que esa excepcionalidad se configura en el sub lite.

Dentro del catálogo de sentencias arbitrarias incorporado a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación están aquellas que se dictan sin considerar constancias o pruebas disponibles que asuman la condición de decisivas o conducentes para la solución del caso (vgr. C.S.J.N., Fallos 268:48 y 393; 295:790; 306:1095, entre muchos otros).

Es en ello donde considero particularmente producido el vicio de fundamentación del fallo, pues del confronte de una de las actas del juicio (me refiero a la "ACTAUD, 25661/2016" de fecha 4/5/16), el forense que examinó a las dos víctimas de autos manifestó haber advertido en la zona anal de la niña "B.V" "…una anomalía, una dilatación producto del debilitamiento de los músculos…" (Audiencia de Juicio, día 1, Video 5, min. 4:55) y que esa situación "…era compatible con una penetración sexual vía anal…"(Audiencia de Juicio, día 1, Video 5, min. 5:42). Agregó incluso (a preguntas de la Defensa) que "…encontró una dilatación del esfínter anal" y que ello es compatible con "una penetración con intención sexual"(Audiencia de Juicio, día 1, Video 5, min. 21:21 y 23:50).

Tal evidencia física, de pleno encaje con el cúmulo de pruebas confluyentes expuestas por el magistrado ponente en su voto, fue tergiversado por ese mismo Tribunal hasta su máxima extensión posible, al referir (de modo literal) que "…Sorprende que en niñas de tan corta edad y ante reiterados abusos, no encuentre las señales…" (cfr. voto del Dr. Rodríguez Gómez, fs. 37 vta., el cual recibió la adhesión -sin agregados- de la Dra. Liliana Deiub).

Esta última conclusión, asentada así por los magistrados revisores, ha contradicho las apreciaciones médico-forenses atestadas "ut supra" y que evidenciaban un clarísimo signo de abuso sexual por penetración en la zona anal de "B.V.".

Esta situación, obvio es decirlo, constituye un apartamiento evidente de las constancias de autos y por tanto no se presenta como una derivación razonada del derecho vigente.

El último voto adhesivo intentó salvar esta manifiesta contradicción argumental expresando que "…en el caso de ["B.V."], si bien tiene una lesión con el pene o con digitalización, lo cierto es que fue víctima de un abuso anterior. En este contexto, era necesario darle al Jurado las herramientas jurídicas para que no confunda la teoría legal, y habiendo omitido tal cuestión, condicionaron su decisión…" (textual del voto del Dr. Cabral, fs. 38 vta.).

Sin embargo, nuevamente yerra el Tribunal de Impugnación en este aserto, en tanto el abuso sexual anterior al que hizo referencia ese voto adhesivo no tenía una mecánica compatible con una penetración peneana en la zona anal de la niña "B.V.".

Por el contrario, ese otro hecho (diferente al que aquí se investiga) se ciñó a un tocamiento en la zona de la vagina por un sujeto diferente a R.. Y este dato objetivo no sólo fue expresado en la audiencia ante los Suscriptos por las partes recurrentes (sin que hubiere sido rebatido o cuestionado por los letrados de confianza), sino que fue narrado por una de las testigos ante el Jurado Popular (cfr. nuevamente ACTAUD 25661/2016, en especial la declaración de la madre de las víctimas).

De allí que los integrantes del Jurado Popular (lejos de haberse "confundido" por las instrucciones dadas por el magistrado del juicio) tuvieron en cuenta para emitir su veredicto los elementos fácticos y probatorios suficientes para escindir ambas mecánicas de abuso sexual y relacionar mentalmente, al menos uno de los hechos que se le abonó a R. (me refiero al sometimiento sexual de su hija "B.V." mediante penetración anal) con las secuelas o vestigios que el forense detectó en esa zona corporal.

Entiendo entonces que -bajo la apariencia de una revisión plena de la sentencia condenatoria- el pronunciamiento apelado infravaloró de un modo arbitrario e inaceptable el criterio aplicado por el Jurado Popular, afirmando una confusión o una limitación en su saber que no ha sido tal.

Frente a esta gravísima falencia, el análisis probatorio y el cotejo del veredicto que hizo el Tribunal de Impugnación de la restante víctima deviene insustancial.

Sin embargo, para dar una completa respuesta a los recursos en este tema, me permito agregar ciertas cuestiones vinculadas al hecho que damnificó a la niña "M.J.".

Cuando es necesario efectuar comprobaciones periciales en un proceso judicial, éstas deben ser llevadas a cabo por los profesionales habilitados, quienes transmitirán al Juez (o al Jurado Popular, como en este caso) argumentos o razones para forjar su convencimiento en relación a temas cuya aprehensión va más allá de la ciencia jurídica, viniendo así a completar el conocimiento en materias que escapan a su información. Por eso se dice habitualmente que el perito es un intermediario en el conocimiento judicial.

Bajo este cauce conceptual, se ha expresado que "…aunque el consejo experto no es vinculante, no parece coherente con la naturaleza del discurso jurídico apartarse de él sin motivo, y menos aún, abstenerse de ese aporte…" (C.S.J.N., Fallos 331:2109).

Este Tribunal Superior, en un plano doctrinal equivalente, ha expresado que el juicio del perito no vincula al juez, el cual, así como es libre para valorar las otras pruebas adquiridas, puede no aceptar el juicio del perito, pero que sin embargo esta libertad de decisión no debe extralimitarse hasta convertirse en arbitrariedad.

En definitiva,"…el juez está obligado a motivar las razones por las cuales no ha considerado oportuno aceptar el juicio del perito, con la consiguiente posibilidad de censura en sede de impugnación; la máxima, pues, del peritusperitorum no puede expresar la presuntuosa capacidad de omnisciencia por parte del juez, sino el poder, y el correspondiente deber, del juez de someter a juicio las conclusiones del perito…" (cfr. R.I. n°. 69/04, entre otros).

Bajo este marco, se advierte una palmaria infracción del Tribunal de Impugnación a la doctrina aludida pues se apartó, sin razones fundantes, de las apreciaciones expuestas en el juicio por el médico forense.

Esto lo sostengo porque mientras el voto de apertura del Tribunal de Impugnación (que concitó la unanimidad en el Acuerdo) refirió que "…Las máximas de la experiencia indican que esos ataques y abusos sexuales, de tamaña diferencia orgánica, siempre dejan secuelas" (textual de fs. 36 vta.), el contenido de la declaración del médico forense reflejó una conclusión contraria, al haberse ocupado de aclarar que ciertos ataques sexuales de este tenor no necesariamente dejan una secuela médica advertible, incluso cuando esa modalidad de abuso sexual pudiere tener una persistencia en el tiempo (cfr. nuevamente ACTAUD 25661/16).

En ello, insisto, el Dr. Estomba fue extremadamente cauto, al punto de afirmar, por ejemplo, que "…si no se encontraron signos de penetración, ello no significa que no sucedió…"; "…no se puede asegurar que no existió esa penetración, lo que se puede decir es que no hay signos, hallazgos físicos"(Audiencia de Juicio, día 1, Video 5, min. 6:13 y 9:52).

De allí que el razonamiento lineal de los magistrados revisores, sintetizado en la ecuación "falta de lesiones genitales = inexistencia de penetración vaginal" ha corrido por su propia cuenta al amparo de lo que denominan "Las máximas de la experiencia" (fs. 36 vta.), en contradicción absoluta con aquella afirmación pericial.

En contraste con esa evaluación sesgada e inmotivada del Tribunal de Impugnación, lo que ha hecho el Jurado Popular es razonar que frente a una prueba médica que por sí misma no excluía el abuso sexual con penetración, la misma debía ser sopesada con todo el resto del material probatorio válidamente obtenido.

Esta actividad ponderativa, por lo demás, no ha hecho otra cosa que satisfacer las instrucciones que se le impartieron luego del debate, pues allí se les exigía una valoración integral de todos los elementos rendidos durante el juicio (vgr. "…Ustedes tomarán esta decisión teniendo en cuenta toda la prueba que vieron y escucharon en el juicio […] A fin de tomar una decisión, ustedes deben considerar cuidadosamente, y con una mente abierta, la totalidad de la prueba presentada durante el juicio], etc.).

En síntesis, el Tribunal de Impugnación censuró esta básica tarea del Jurado Popular bajo afirmaciones claramente dogmáticas por apartarse de concretas aseveraciones forenses, sin razones que hubieren sido explicadas en su fallo; subestimando al mismo tiempo las conclusiones extraídas por el Jurado Popular.

Como reflexión adicional, creo conveniente destacar que más allá del derecho del imputado a una revisión plena del fallo condenatorio –susceptible de satisfacerse cualquiera fuere la modalidad de juzgamiento (art. 14.2.h. CADH, 18 y

75 inc. 22 CN)- la anulación de la sentencia y el consecuente veredicto de culpabilidad emanado por un Jurado Popular exige, de parte de los jueces que así lo declaran, cierta dosis de prudencia.

La afirmación de que el veredicto hubiere resultado "contrario a prueba" implica, en las circunstancias expuestas, una contradicción en sí misma; no sólo porque casi todo el material probatorio rendido en el juicio confluyó en la misma dirección acriminadora, sino además porque la única prueba disonante en dicho cúmulo se presentaba como no categórica, conforme a cánones médicos debidamente explicados durante el juicio.

En vista de todo lo expuesto, estimo que los recursos de control extraordinario deducidos deben receptarse favorablemente. Tal es mi voto.

El Dr. Alfredo Elosú Larumbe, dijo: Sobre esta segunda cuestión me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba la señora Vocal preopinante. Así voto.

A la tercera cuestión, la Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dijo: al constatarse aquí la existencia de un caso de arbitrariedad subsumible en los estándares fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos análogos, el pronunciamiento no puede ser saneado de manera alguna (art. 96 del C.P.P.N.). De allí que no hay, en rigor, una sentencia propiamente dicha (C.S.J.N., Fallos 339:930).

Entonces, a los fines de garantizar debidamente el derecho a la revisión plena del fallo condenatorio en los términos introducidos oportunamente por la defensa del incoado, corresponde el reenvío del legajo al Tribunal de Impugnación para que, con una nueva integración y previa audiencia, emita nuevo pronunciamiento conforme a derecho (art. 247 del C.P.P.N.).

El Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE, dijo: Comparto lo manifestado por la señora Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, la Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI, dijo: atento la solución alcanzada, SIN COSTAS en la instancia (art. 268 del C.P.P.N.).

El Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE, dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo,

SE RESUELVE: I.- DECLARAR FORMALMENTE ADMISIBLES los recursos de control extraordinario deducidos a fs. 42/57 y 59/70 por la Querella institucional y por el Ministerio Público Fiscal, respectivamente.

II.- HACER LUGAR A DICHAS IMPUGNACIONES EXTRAORDINARIAS por los fundamentos expuestos en los considerandos (art. 248 inc. 2°, 249 y 247 del C.P.P.N.).

III.- DECLARAR LA NULIDAD de la sentencia n° 83/2016 del Tribunal de Impugnación y DISPONER EL REENVÍO del legajo a dicho órgano revisor para que, con nueva integración y previa audiencia, dicte nuevo fallo acorde a derecho (art. 98 ídem y normas citadas).

IV.- SIN COSTAS en la instancia (art. 268, 2° párrafo, última parte del C.P.P.N.).

V.- NOTIFÍQUESE, regístrese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando la señora Magistrada y el señor Magistrado que integran esta Sala Penal, previa ratificación ante el Actuario que certifica.

Dra. María Soledad Gennari – Dr.Alfredo Elosú Larumbe

Dr. Andres C. Triemstra - Secretario

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

"SEPÚLVEDA CLELIA ISABEL Y OTRO C/ POLICLÍNICO NEUQUÉN S.A. S/ COBRO DE HABERES" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 126/2014) – Acuerdo: 16/16 – Fecha: 04/10/2016

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

DIFERENCIAS SALARIALES. PRESENTISMO Y PRODUCCION. SALARIO BASICO. ANTIGUEDAD. LIQUIDACION DE HABERES. CONVENIO PLURIINDIVIDUAL. PAGO COMO SUMA FIJA. IUS VARIANDI. EJERCICIO ABUSIVO. SILENCIO DEL TRABAJADOR. PRESUNCIONES. NULIDAD EXTRAORDINARIO. OMISION DE CUESTION ESENCIAL. RECHAZO DEL RECURSO.

1.- El recurso de Nulidad extraordinario interpuesto contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones –Sala I- que confirma el pronunciamiento que hizo lugar a las diferencias salariales reclamadas por las accionantes en concepto de adicional por presentismo y producción que se liquidaba en forma proporcional a la antigüedad en la empresa debe ser rechazado, puesto que el ad quem consideró firmes los argumentos centrales del decisorio de Primera Instancia – ejercicio abusivo del ius variandi y la prohibición de hacer derivar del silencio del trabajador presunciones en su contra– en relación al acuerdo homologado entre la Asociación Gremial y la empresa en el marco de un acuerdo pluriindividual y que las actoras no suscribieron. Entonces, no existe omisión de cuestión esencial cuando la sentencia cuestionada aborda el tópico y lo desestima conforme a los fundamentos supra mencionados.

2.- Corresponde recordar que el recurso de Nulidad Extraordinario no apunta a la revisión de las sentencias que padecen de cualquier error, ni sirve para canalizar las meras discrepancias entre el criterio del apelante y del tribunal del cual recurre, ni para crear una tercera instancia. Porque atiende a cubrir casos en que las deficiencias lógicas del razonamiento o una ausencia de fundamento normativo, impiden considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la "sentencia fundada en ley" a que hacen referencia los Art. 17 y 18 de la Constitución Nacional (cfr. doctrina de FALLOS: 324:1378, entre muchos otros) –es decir, como una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias probadas de la causa- y por lo tanto, incumplen la manda del Art. 238 de la Constitución Provincial (cfr. R.I. N° 199/10 del Registro citado), supuestos que no concurren en el sub-lite.

Texto completo:

ACUERDO NRO. 16. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los cuatro (4) días de octubre de dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada con los señores vocales doctores OSCAR E. MASSEI y RICARDO T. KOHON, con la intervención de la Subsecretaria de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia en los autos caratulados: "SEPÚLVEDA, CLELIA ISABEL Y OTRO C/ POLICLÍNICO NEUQUÉN S.A. S/ COBRO DE HABERES" (Expte. N° 126 - 2014), del Registro de la Secretaría actuante.

ANTECEDENTES: A fs.683/700vta. la demandada –POLICLÍNICO NEUQUÉN S.A.- interpone recurso de Nulidad Extraordinario contra la sentencia –fs.678/681- de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería

de esta ciudad de Neuquén, Sala I, en cuanto confirma el pronunciamiento que hizo lugar a las diferencias salariales reclamadas por las accionantes.

A fs.707/711vta. la parte actora contesta los agravios.

A fs.737/740, por Resolución N°186/2015 se declara admisible la impugnación deducida.

A fs.748/750 se expide el Fiscal General, quien propone se declare la improcedencia del remedio intentado.

Firme la providencia de autos dictada a fs.751, y efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que este Tribunal resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: 1) ¿Resulta procedente el recurso de Nulidad Extraordinario deducido?; 2) En caso afirmativo, ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?, 3) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada el Dr. OSCAR E. MASSEI, dice:

I. En primer lugar, entiendo pertinente determinar los hechos relevantes de la causa, de cara a los agravios de la recurrente.

1) Que, a fs.38/48vta. y -con motivo de la resolución de acumulación dispuesta a fs.87 y 398/99– surge también que a fs.132/141vta., 215/224vta. y 352/362, se presentan los actores –Clelia Isabel SEPÚLVEDA, Jorge Orlando CARO, María Ester MARTINEZ y Delia del Carmen MUÑOZ –respectivamente, con el objeto de iniciar demanda laboral por diferencias salariales.

Explican que comenzaron a trabajar para la demandada en las fechas que denuncian y prestando las siguientes tareas, a saber: en el caso de Sepúlveda ingresó el 20.9.88 como enfermera de sala, el Sr. Caro el 8.1.90 como enfermero de terapia, en el caso de Martínez inició sus labores el 1.6.83 como mucama de piso y el 7.6.82 dio comienzo a su relación laboral la actora Muñoz en calidad de jefa de enfermería.

Que desde el comienzo de la vinculación percibieron sus salarios con un adicional por presentismo y producción que se liquidaba en forma proporcional a la antigüedad de cada uno en la empresa. Así, 10% del básico con más el adicional por antigüedad para empleados con hasta 5 años de antigüedad; 20% para aquellos entre 5 y 10 años y 30% para los que superaban los 10 años.

Aducen que en razón de las tareas que cumplieron, acordaron un premio por presentismo del 40% que se liquidaba tomando en cuenta el salario básico con más el adicional por antigüedad para empleados del sector terapia intensiva de más de 10 años de antigüedad. Sosteniendo que mes a mes percibieron los premios por producción y presentismo, hasta que en diciembre de 2005 la patronal decidió, de manera unilateral modificar –en su perjuicio- el modo de calcular esta parte de la remuneración.

De esa manera y por decisión del Policlínico Neuquén, ese premio, dejó de calcularse con la proporcionalidad antes expuesta y quedó establecido en una suma fija de $239,59 para Sepulveda, Caro y Martínez y en $261,05 para Muñoz.

Agregan, que si bien ellos manifestaron su disconformidad con dicho proceder empresarial, la situación fue tolerada con el fin –y la necesidad- de conservar la fuente laboral.

Practican liquidación –en planilla que anexan a sus escritos postulatorios- respecto de las diferencias salariales reclamadas y el perjuicio patrimonial ocasionado a cada uno de ellos.

2) A fs.68/75, y -con idénticos argumentos a fs. 142/169, 244/251vta. y 384/391vta.-, la demandada considera improcedente las diferencias salariales reclamadas. En primer término, porque –según dice- se trata de un adicional de empresa, denominado "plus por presentismo" o "producción presentismo" que – entiende- se encuentra por encima de los que las partes generan por el orden público laboral (la ley y las escalas de convenio colectivo).

Afirma:

"Este concepto fue objeto de discusión pluriindividual y colectiva en expediente 3250-6400/05 por ante la Subsecretaría de Trabajo local […] el tema fue discutido en asamblea general de trabajadores el día 09.10.07 […] manifestaron que: a) si los trabajadores tienen o no derecho adquirido a determinada modalidad de pago de un adicional sobre el orden público laboral, está controvertido y es dudoso, b) con el acuerdo del 05.11.07 quedaban totalmente dilucidadas las dudas que pudieran haber existido en punto a los adicionales salariales de empresa, c) que un acuerdo implementando el pago a futuro (desde octubre de 2007) de sumas fijas que van desde los $150 a los $ 600 por cada

uno de los operarios, comprendidos, supera en forma integral y general la controversia planteada." (cfr. fs. 163, 163 vta. de la causa de marras, con idéntica mención en las causas acumuladas).

Asevera que los actores figuran dentro del anexo I del mencionado convenio, que ahora desconocen.

Dice, que se deberá tener en cuenta que la empresa está pagando voluntariamente diversos adicionales desde fechas anteriores a julio de 2005, que superan los salarios mínimos de convenio colectivo y, en función de ello lo que reclaman fue "absorbido" por los incrementos allí previstos. Y, ello surge del acuerdo del 7.12.05 en Expte. 1.120.319/05.

Entiende que la renunciabilidad -o no- debe analizarse desde una modificación en el modo de cálculo del adicional, que antes era variable y luego fijo.

Sostiene la inexistencia de perjuicio con cita de jurisprudencia, y la posibilidad que poseen las partes de pactar libremente sobre los mínimos convencionales.

Afirma que las pretendidas certificaciones que prevé el Art. 80 de la L.C.T. han sido confeccionadas de acuerdo a lo que efectivamente percibieron los trabajadores y no con lo devengado como es pretendido.

3) A fs.637/645vta., obra la sentencia de Primera Instancia que hace lugar en su mayor extensión a la demanda de los actores: Sra. Sepúlveda por la suma de $ 5.791,50, Sr. Caro por $ 7.702,15, Sra. Martínez por la suma de $ 3.826,95 y Muñoz por $ 10.286,65.

Para así resolver, el Magistrado entiende que no se trata en el caso de si una norma convencional impuso o no condiciones menos favorables a los trabajadores (Art. 8 de la L.C.T.). Tampoco si existió en el caso algún acuerdo de voluntades que haya alterado derechos irrenunciables de los accionantes, toda vez que, por el período reclamado, no existió convención alguna entre las partes que diera lugar a la reducción de derechos salariales citados y que suponen nulidades en torno a ella.

Por tanto, subsume el caso en el Art. 66 de la L.C.T. relativo al ejercicio abusivo del ius variandi ya que la alteración unilateral en la forma de calcular la cantidad de uno de los conceptos integrantes del salario, es decir, el presentismo, redundó en perjuicio material de las trabajadoras al alterar una de las condiciones esenciales del contrato.

Agrega, que la única forma en que podría aceptarse la reforma, absorción y hasta la supresión de algún rubro salarial se da cuando la nueva estructura salarial fuera en su conjunto más conveniente para el dependiente que la anterior, sea que esto se hubiera alcanzado para el colectivo o sea producto de la negociación individual, situación que no se produjo en el caso conforme surge de las constancias.

Reputa que no existe justificación de la reducción efectuada a cada una de las trabajadoras a partir de la negociación colectiva, si se atiende fundamentalmente, a que el período del reclamo es anterior a la fecha mencionada, toda vez que engloba el periodo comprendido desde diciembre de 2005 hasta septiembre de 2007.

Analiza, luego, el acta Acuerdo del 5/11/07 por el cual las partes convinieron en reemplazar el adicional "producción presentismo" por el nuevo "presentismo" y continuar "adicional por producción" para los sectores críticos de labor, fijándolos en las sumas determinadas en los anexos al Acta, para cada uno de los trabajadores.

Subraya que además de la imposibilidad de aplicar el convenio citado por las fechas del reclamo, existe otro impedimento como es la cláusula séptima en cuanto supeditó el ofrecimiento a la aceptación de los trabajadores lo que no ocurrió en la especie.

Con respecto a la postura de la demandada en el sentido de la falta de perjuicio por el cambio de la suma porcentual a la suma fija, dice que ha quedado probado que la variación redundó en una disminución del salario tal como surge del confronte de los recibos de haberes incorporados y las planillas realizadas por los accionantes.

En lo referente al argumento de absorción del concepto por otros similares, sostiene que la única forma de aceptarse, requiere que la nueva estructura salarial sea en su conjunto más conveniente para el dependiente y se hubiera alcanzado colectiva o individualmente, situación que no se produce en el caso sobre la base de las constancias de autos.

Concluye, que corresponde admitir el reclamo efectuado por los actores, por
cobro de diferencias devengadas por el adicional por presentismo y producción,
por el período reclamado que abarca entre diciembre de 2005 y septiembre de

2007.

Por último, sobre la base de las sumas salariales que determina a favor de los accionantes, condena a la demandada para que en el plazo de 10 (diez) días haga entrega de los certificados de servicio y remuneraciones en el marco del Art 12 de la Ley 24.241 por el periodo que se fija en el pronunciamiento y bajo apercibimiento de aplicar astreintes.

4) A fs.653/657 la parte demandada interpone recurso de Apelación.

Se agravia porque la sentencia de grado condenó abonar diferencias salariales sobre un rubro que estaba por encima del margen del orden público laboral.

Dice, que se trata de un adicional de empresa denominado "plus por presentismo" o "producción presentismo" y que no puede ser tenido como una quita o rebaja porque se trata de un adicional de empresa.

Alega que de la pericia contable surge la inexistencia de perjuicio económico por parte de los actores.

También fundamenta su queja en que no se haya ponderado que los trabajadores y la entidad sindical han expresado en el acuerdo que este derecho era "dudoso", prescindiéndose –dice- de las constancias obrantes en el expediente administrativo acompañado.

Agrega que el advenimiento del cambio del Art. 12 de la L.C.T. es desde la sanción de la Ley 26.574 que indica que hasta entonces el margen supraconvencional era de libre disponibilidad y no generaba derechos adquiridos.

A fs.661/662vta. los actores contestan los agravios formulados por su contraria.

5) A fs.678/681 obra la sentencia de la Cámara de Apelaciones local –Sala I- que confirma el pronunciamiento de grado.

Afirma, citando los antecedente "Retamal", "Cares" y "Mendez" que el decisorio de grado no se fundó en la posibilidad o no de renunciar lo convenido originariamente por encima de los mínimos inderogables toda vez que el pronunciamiento fue resuelto en el marco del ejercicio abusivo del ius variandi conforme lo normado por el Art 66 LCT.

También que el a-quo apartó el reclamo de la vigencia temporal del acuerdo esgrimido, considerando que estos argumentos no fueron cuestionados por la parte recurrente, adquiriendo firmeza.

Culmina la Alzada entendiendo que los agravios relativos a la renunciabilidad de derechos tampoco pueden ser abordados toda vez que se encuentra ausente uno de los elementos esenciales, como lo es la renuncia del trabajador porque no existió acuerdo expreso en tal sentido conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación en autos "Padin Capella".

6) A fs.683/700vta. la empresa accionada –POLICLÍNICO NEUQUÉN S.A.-, deduce recurso de Nulidad Extraordinario contra el fallo de la Cámara actuante, con fundamento en las causales de omisión de tratamiento de una cuestión esencial, y no tener sustento suficiente en las constancias de la causa.

Sostiene que en la sentencia atacada, la Alzada establece que el fundamento de la resolución de grado radica en el ejercicio abusivo del ius variandi y la prohibición de inferir del silencio del trabajador presunciones en su contra.

Empero -a su criterio- se ha omitido toda consideración sobre la inexistencia de unilateralidad en la variación aplicada sobre los haberes por ella esgrimida y, por otro lado, lo expuesto con relación a que la voluntad colectiva contraría la supuesta configuración de abuso, sin mencionar la existencia de actos inequívocos de aceptación de aquella modificación por parte de los actores. Por ello, entiende que es falso afirmar que su parte no ha refutado los argumentos principales del decisorio apelado; desvirtuándose la pretendida firmeza de tales presupuestos.

Asimismo, manifiesta que se ha omitido considerar diversos planteos por ella efectuados. Sobre el particular, afirma que demostró haber atacado suficientemente el fundamento principal de la sentencia de grado y que existieron actos inequívocos de los actores, consistentes en aceptar la modificación en el pago de los adicionales empresariales. Como también el sometimiento, sin reserva, por casi dos años y la percepción mes a mes de los montos pactados firmando los recibos de haberes respectivos.

Con lo cual –dice- debe prevalecer el principio de primacía de la realidad, en punto a la actitud adoptada colectivamente por los trabajadores. También refiere la improcedencia del reclamo de las accionantes por la ausencia de perjuicio derivada de la modificación de la estructura remuneratoria, a través de la incorporación del plus por

presentismo. Puntualmente, sostiene, no existe disminución alguna, desde que se trata de derechos no adquiridos en razón de que se encuentran por encima del orden público laboral.

Entiende entonces, que además de no resultar perjudicial el cambio, jamás puede ser tenido por abusivo, debido a que mejora las condiciones laborales y económicas de las trabajadoras.

Agrega la inexistencia de reducción salarial, por cuanto nada surge del informe pericial contable. Además, sostiene que la Alzada omitió el tratamiento de una cuestión esencial, al no tratar el agravio sobre la aplicación del caso "Rolón", referido a la estructura de la remuneración y la posibilidad de renuncia sobre los adicionales que exceden los mínimos inderogables.

Ello, toda vez que no existió aquí una alteración objetiva y unilateral de una de las condiciones contractuales esenciales, por cuanto las accionantes no solo no vieron disminuida su remuneración por la modificación en el cálculo del adicional sino que, por el contrario, percibieron una remuneración mayor a la que correspondía de haberse aplicado estrictamente lo dispuesto por el C.C.T. 122/75.

Por último, enfatiza que en virtud de la omisión señalada, se ha contrariado la doctrina legal dispuesta en el Acuerdo N° 16/06, dictado en la referida causa "Rolon".

7) A fs.715 el actor -Sr. CARO Jorge Orlando- desiste de la acción y el derecho en los términos de los Arts. 304 y 305 CPCC, remitiéndose los autos a origen a los fines de su consideración.

A fs.725 obra audiencia de ratificación con comparecencia del mencionado, dictándose a fs.726, resolución homologatoria.

II. Que, expuestos los agravios alegados por la quejosa, corresponde analizar si en autos se configuran los vicios de nulidad que alude.

Que, el Art. 18 de la Ley 1.406 establece:"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 […] no tuviere sustento suficiente en las constancias de autos […]"

Que, según lo afirmado reiteradamente por este Alto Cuerpo, en el supuesto del recurso extraordinario formulado, deben ponderarse -como mínimo- dos extremos.

Inicialmente, que la invalidez 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, además que la finalidad misma del recurso extraordinario de nulidad, que consiste en resguardar las formas y solemnidades que constitucionalmente debe observar la judicatura en sus sentencias, de modo tal que ellas no sean deficientes o nulas por poseer algún vicio o defecto procesal que así las torne (errores in procedendo, según la clásica distinción de Calamandrei, cfr. Roberto O. BERIZONCE, "Recurso de Nulidad Extraordinario", en la obra Recursos Judiciales, dirigida por GOZAÍNI, Edit. Ediar, 1991, pág. 193).

Siguiendo estas premisas se analizará el recurso deducido por la demandada en cuanto alega arbitrariedad de la sentencia de Alzada por haber omitido decidir sobre una cuestión esencial y no tener sustento suficiente en las constancias de autos.

Respecto de la primer causal, sostiene que se ha omitido toda consideración respecto de la inexistencia de unilateralidad en la variación aplicada sobre los haberes por ella esgrimida y, por otro lado, lo expuesto con relación a que la voluntad colectiva contraría la supuesta configuración de abuso, sin mencionar la existencia de actos inequívocos de aceptación de aquella modificación por parte de las actoras.

Valga destacar que para que se constate el mencionado vicio de nulidad resulta necesario que concurran dos requisitos: primero, que la cuestión no tratada haya sido oportunamente introducida por el litigante y, segundo, que ella sea decisiva para la solución del litigio.

Es decir, el tribunal de Alzada no está obligado a seguir a las partes en todas sus alegaciones y argumentos, puesto que basta que se haga cargo de aquellas que sean conducentes a la decisión del litigio.

Entonces, para que pueda calificársela de arbitraria en los términos de la jurisprudencia de la Corte, es menester que la omisión de cuestiones que se le atribuye se refiera a aquellas que fueron materia de la expresión de agravios del

recurrente, y además que la omisión verse sobre una cuestión sustancial para el pleito. Es que "las pretensiones son consideradas esenciales cuando según la modalidad del caso resultan necesarias para la correcta solución de la controversia, las que están constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento, las que en definitiva estructuran la traba de la Litis y conforman el esquema jurídico que la sentencia deberá atender para la solución del diferendo" (Ac. 53.037-S, 15-11-94, citado por Hitters Técnica de los recursos extraordinarios y casación, pág. 644).

En el presente caso, la Cámara de Apelaciones consideró firmes los argumentos centrales del decisorio de Primera Instancia en cuanto al encuadre del Art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo -ejercicio abusivo del ius variandi y la falta de consentimiento expreso por parte de los trabajadores reclamantes. Ello, ante la falta de cuestionamiento de la parte demandada.

Es que, en el fallo de grado se afirma que no puede analizarse el caso sobre la base de justificar la modificación salarial en el acuerdo pluriindividual invocado por la demandada. Ello, por dos razones: a) porque el periodo reclamado es anterior al mentado acuerdo y b), porque la cláusula séptima supeditó el ofrecimiento de modificar el salario a la aceptación de los dependientes. Tal voluntad no fue expresada por los actores (cfr. fs.101vta., 105, 105vta. y 107vta. del expediente administrativo y contestación brindada a fs.589 por el perito contador designado en autos, en su informe técnico.

Luego, entiendo necesario efectuar algunas aclaraciones previas a efectos de decidir sobre la procedencia o no de los vicios denunciados.

En este sentido, cuadra remarcar que el salario del trabajador constituye un elemento esencial del contrato. Y por ello tanto la doctrina como la jurisprudencia se han expedido acerca de la improcedencia de afectar la remuneración del obrero mediante el ejercicio del ius variandi.

Sin embargo, se plantean diversas cuestiones -como ocurre en este caso- relacionadas con los derechos que genera para él o la trabajador/a una decisión patronal que tuvo por objeto modificar la remuneración.

Así, puede ocurrir que el empleador, lisa y llanamente, disminuya el salario, sin modificar otro elemento contractual y sin requerir el consentimiento del trabajador.

Sobre el particular, resulta pacífica la jurisprudencia en juzgar la ilegitimidad de tales actos al sostener que:

"… no es admisible el ejercicio del ius variandi cuando se refiere a una disminución de la remuneración de trabajador, ni tampoco cabe inferir el consentimiento tácito de este desde que el mismo no puede presumirse conforme lo establece el artículo 58 de la L.C.T.". (CNAT, Sala VIII, 18/5/87, "Martinez, Miguel c/ SEGBA S.A." Y EN SIMILAR SENTIDO LA SALA vii, 6/5/88, IN RE "Zangari c/Tintorería Flores S.A.", DT. 1988-B-1292, y sent. Del 7/10/88, en la causa "Latore c/ SEGBA S.A.").

Y, si bien se ha dado una discusión respecto del derecho que mantiene el trabajador que, no obstante la ilegitimidad de la situación, decide continuar con la prosecución del vínculo, la solución fue aportada por un fallo plenario en el sentido que:

"ante la supresión o rebaja de premios y plus acordados al margen del salario establecido por ley o convención colectiva, el trabajador que no disolvió el contrato por injuria tiene derecho a la integración de la remuneración con los rubros excluidos" (Fallo Plenario 161 dictado por la CNAT en la causa "Bonet c/Sadema S.A.", La Ley 144-29).

Mas, la situación difiere cuando existe un acuerdo explícito entre trabajador/a y empresario para rebajar hacia futuro el salario, mengua que en ningún caso puede afectar, en razón de lo prescripto por el art. 12 de la L.C.T., el orden público laboral.

Es decir, que tales acuerdos no pueden ser asimilados y analizados a la luz del ius variandi, pues en ellos ha existido, en principio, consentimiento concurrente de las partes, a diferencia de lo que sucede con el ius variandi, típico acto unilateral.

En este sentido, tal como remarca Mario ACKERMAN, resulta esclarecedor el pronunciamiento que observó que "mediando un acuerdo de fijación de remuneraciones no es jurídicamente correcto hablar de ejercicio abusivo del ius variandi, ya que el artículo 66 de la L.C.T. atribuye al empleador una facultad de ejercicio unilateral, lo que no se

presenta al haber mediado tal convenio (CNAT Sala VIII, 11/8/98, "Martínez c/Importadora S.A. , mencionado por el autor en Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo II, Santa Fe, octubre de 2005, Edit. Rubinzal Culzoni, p. 816).

En el presente, ambas decisiones, es decir, tanto la de primera como segunda instancia, coincidieron que no hubo pacto de partes para la modificación del salario de las actoras, ni expreso ni tácito, sino antes bien, decisión unilateral de modificación en detrimento.

Al respecto, pretende la parte asignar valor de aceptación o consentimiento tácito, a la conducta asumida por los accionantes, con respecto a la ausencia de objeción a los montos abonados por su empleadora conforme recibos de haberes oportunamente entregados y suscriptos por ellos.

Empero, contrariamente a lo sustentado por la quejosa, y en virtud de lo normado por el Art. 58° de la Ley de Contrato de Trabajo, la falta de reclamo concreto no importa –en el caso– aceptación de tales condiciones convenidas.

La mencionada norma dispone:

"no se admitirán presunciones en contra del trabajador ni derivadas de la ley ni de las convenciones colectivas de trabajo, que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho, sea que las mismas deriven de su silencio o de cualquier otro modo que no implique una forma de comportamiento inequívoco en aquel sentido".

Asimismo, surge de la cláusula séptima del Acuerdo, que las signatarias, expresamente acordaron que la/los trabajadore/as, prestarían su conformidad en forma expresa, dentro de los l0 (diez) días posteriores a su suscripción, luego, tal conformidad no puede presumirse en la especie.

En efecto, el acuerdo homologado solo resulta aplicable a las partes signatarias y los actores no suscribieron las cláusulas convenidas por la Asociación Gremial y la empresa en el marco de un acuerdo pluriindividual.

Ello ha sido resaltado por el Tribunal de Alzada al decir:

"Sin perjuicio de ello cabe señalar que no puede abordarse la cuestión traída en queja antes esta Alzada (posibilidad de renunciar lo convenido por sobre los mínimos inderogables) toda vez que se encuentra ausente uno de los elementos esenciales: la supuesta renuncia del trabajador. En efecto, no existió acuerdo expreso de partes en tal sentido, y conforme jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "en virtud del principio de irrenunciabilidad incluido en la L.C.T. no cabe tener como acaecida una novación objetiva de las cláusulas contractuales si el trabajador realizó el correspondiente reclamo al finalizar la relación laboral involucrada, antes que se venciera el plazo de prescripción" (autos "Padín Capella c/ Litho Formas S.A.", 12/03/1987, LL on line AR/JUR/2196/1987)." (confr. fs. 679 y vta.).

Dicho ello, no se advierten conductas por parte de los accionantes, que puedan ser interpretadas en forma "inequívoca" como constitutivas de su voluntad, desde que no surge acreditado algún comportamiento positivo en esa dirección, de parte de quienes hoy objetan tales importes abonados en desmedro de sus remuneraciones.

De consiguiente, no existe omisión de cuestión esencial cuando la sentencia cuestionada aborda el tópico y lo desestima conforme a los fundamentos supra mencionados.

Y en orden al invocado consentimiento tácito, la crítica del recurrente no alcanza a controvertir los argumentos desarrollados por la Cámara sentenciante para decidir la existencia de un ejercicio abusivo del ius variandi.

Al respecto, la impugnante nada dice sobre los explicaciones que abordan la temática de la renunciabilidad o irrenunciabilidad de derechos y aquí se observa el cuestionamiento parcial formulado en el recurso.

Cabe reseñar que llega firme a esta etapa casatoria que el adicional por presentismo se venía calculando en base a un porcentaje sobre el salario básico y la antigüedad de las trabajadoras (40%). Y tal como surge de la pericia contable desde la fecha reclamada por los actores –diciembre 2005- dicho adicional fue abonado en una suma fija.

La demandada insiste que con esa modificación no se disminuyó la remuneración y que ello fue convalidado por los trabajadores. Mas, tal disminución se corrobora al cotejarse los recibos de haberes correspondientes al período reclamado en autos, incorporados por los actores a fs.5/36, 91/130, 199/213 y 293/339, correctamente determinados en los Anexos acompañados a sus escritos de demanda.

Por caso, reiteradamente he sostenido mi postura restrictiva en torno a la apreciación del mentado principio de irrenunciabilidad contemplada en el Art. 12 de la L.C.T. (cfr. Acuerdos Nros.1/11, 3/11, 17/11, 15/12, 7/13 entre otros del Registro de la Secretaria Actuante).

Es que, me enrolo en la corriente que sustentara el Dr. Capon Filas al emitir los fundamentos de su voto en la causa "Bariain" y en cual sostuvo:

"el caso se relaciona con un tema esencial en el derecho del trabajo y es el de los alcances del poder jurídico de la voluntad del trabajador durante el desarrollo de la relación laboral o, lo que es lo mismo, la influencia de la relación de dependencia sobre las decisiones del trabajador referentes a la disponibilidad de sus derechos". (cit. por Fernández Madrid, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, ED. LA Ley, pag. 249, T°I).

De este modo, descartada la existencia de consentimiento expreso para restarle eficacia jurídica al accionar pasivo de los actores, era innecesaria constatar la presencia de vicios de su voluntad, puesto que - por aplicación del principio bajo análisis - toda convención que importe una disponibilidad en detrimento del dependiente, resulta carente de efectos, más allá de la causa que le diera sustento al accionar del empleador y que provocara el perjuicio del obrero.

Luego, el dictado de la Ley N° 26.574 en cuanto modifica el Art. 12 L.C.T., amplió la tutela, regulando su aplicación - también- en caso que tales mermas deriven de contratos individuales de trabajo.

Después, la falta de cuestionamiento por parte de los dependientes, tampoco puede ser asimilada como un acto que "convalidó" los importes abonados por su empleador, desde que todos, gozaban del plazo que regula el Art 256° de la Ley 20.744 para cualquier reclamo en torno a derechos resultantes del pago de la remuneración.

Y, también resulta aplicable lo preceptuado por el Art 260° L.C.T., al determinar que todo pago insuficiente de obligaciones resultantes de relaciones laborales será considerado como pago a cuenta del total adeuda, aunque sea recibido sin reserva alguna por parte de los trabajadores. Es que:

"La protección del trabajador en situación de acreedor laboral aparece claramente fortificada por el principio protectorio y el carácter irrenunciable de los derechos (Arts. 14, primera parte de la C. N. y 11 Y 12 LCT). Para la cancelación de las obligaciones laborales, se agregan principios o reglas de suficiencia, completitud y temporalidad. De otro lado, con el mismo fondo y en tanto la mayoría de los créditos laborales están dirigidos a procurar la subsistencia del trabajador, no es posible interpretar que un crédito de tal naturaleza pueda relativizarse o someterse a la conducta del incumplidor". (Cfr. Cesar Arese, Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada, segunda edición, T° III, pág. 692, ED. Rubinzal – Culzoni).

Lo hasta aquí expuesto, conlleva a declarar improcedente la pretensión recursiva incoada en autos.

Luego, y a mayor abundamiento cabe remarcar que la causa "Rolon" invocada por la recurrente, presentaba una distinta situación fáctica a la aquí debatida, desde que -en el presente caso- la conformación del salario básico inicial no es materia de discusión, y sí lo era -en el antecedente citado- en el que la cuestión central a decidir radicaba en determinar el modo de liquidar el ítem zona desfavorable en el marco del régimen bancario (CCT N° 18/75).

Sobre el particular, ha dicho este Alto Cuerpo que para acreditar la contradicción de la doctrina legal, resulta necesario que se configure una diversa interpretación de una misma regla de derecho; y que tales disímiles interpretaciones legales hayan sido plasmadas en oportunidad de dirimir casos análogos (cfr. Acuerdos Nros. 20/2003 "CRESPO", 56/2013 "A.D.O.S." y 14/2016 "VÁZQUEZ" del Registro de la Secretaría Civil).

Ello así, dado que la aparente contradicción entre las soluciones brindadas en uno y otro caso, bien puede ser consecuencia de diferencias en los supuestos de hecho sometidos a consideración de los distintos tribunales intervinientes.

Pues, el acto intelectivo de interpretación de la ley se encuentra siempre condicionado por la tarea de fijación de los hechos de la causa.

Es que, para que resulte aplicable en forma directa la doctrina legal, debe tratarse de casos idénticos, o por lo menos de una marcada similitud; pues si las situaciones de hecho son diferentes, el precedente no resulta de aplicación.

Por tanto, la inconsistencia del planteo surge a poco de constatar que la situación fáctica fijada en el caso bajo estudio no es igual al antecedente citado por el impugnante. Y asimismo, sabido es que constituye un requisito legal

que la sentencia cuestionada contradiga la doctrina establecida por este Tribunal Superior en el lapso de tiempo de cinco años anteriores a la fecha del fallo recurrido, extremo que tampoco se verificaría en el caso. (cfr. Ac. 10/14 y 7/16 del registro actuarial).

III) Finalmente, corresponde recordar que el recurso de Nulidad Extraordinario no apunta a la revisión de las sentencias que padecen de cualquier error, ni sirve para canalizar las meras discrepancias entre el criterio del apelante y del tribunal del cual recurre, ni para crear una tercera instancia. Porque atiende a cubrir casos en que las deficiencias lógicas del razonamiento o una ausencia de fundamento normativo, impiden considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la "sentencia fundada en ley" a que hacen referencia los Art. 17 y 18 de la Constitución Nacional (cfr. doctrina de FALLOS: 324:1378, entre muchos otros) –es decir, como una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias probadas de la causa- y por lo tanto, incumplen la manda del Art. 238 de la Constitución Provincial (cfr. R.I. N° 199/10 del Registro citado), supuestos que no concurren en el sub-lite.

En tal sentido y en razón a todas las consideraciones vertidas, la vía recursiva articulada carece de andamiaje y corresponde declarar su improcedencia, confirmándose lo resuelto por la Cámara sentenciante.

IV. Que, con relación a la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a escrutinio en este Acuerdo, las costas de esta instancia serán a cargo de la parte vencida (Art. 12° L.C.).

V. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo: a) Declarar improcedente el recurso de Nulidad Extraordinario deducido por la demandada. b) Las costas de esta etapa serán a cargo de la recurrente vencida (Art. 12° y 21°, L.C.). c) Confirmar en todos sus términos la sentencia de la Alzada. VOTO POR LA NEGATIVA.

El doctor RICARDO T. KOHON, dice: Comparto los fundamentos y la solución propuesta por el doctor OSCAR E. MASSEI en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, de conformidad con la solución propiciada por el Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso de Nulidad Extraordinario interpuesto, a fs.683/700vta., por la demandada -POLICLÍNICO NEUQUEN S.A.- y en su consecuencia, CONFIRMAR el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial –Sala I-, obrante a fs.678/681, atento lo considerado y con relación a las actoras Clelia Isabel SEPÚLVEDA, María Ester MARTÍNEZ y Delia del Carmen MUÑOZ. 2°) IMPONER las costas de esta etapa a la demandada en su calidad de vencida (Art6. 12° y 21° de la Ley 1.406). 3°) REGULAR los honorarios profesionales devengados en esta etapa al doctor .... –en el doble carácter por las actoras-, y a los doctores: .... –apoderado de la demandada- y .....y ... –patrocinantes de la misma parte- en un 25% de la cantidad que corresponda por la actuación en igual carácter que el aquí asumido, en Primera Instancia (Art. 15° y 20 –modificado por Ley N° 2.933- de la Ley de Aranceles). 4°) Disponer la pérdida del depósito efectuado a fs.704 (Art. 10, L.C.), dándosele el destino fijado por la Ley de Autarquía Judicial. 5) Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvanse los autos a origen.

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

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

Dra. MARÍA ALEJANDRA JORDÁN - Subsecretaria

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

"VÁZQUEZ ROSANA C/ PADILLA JUAN CARLOS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO DE AUTOMOTOR CON LESIÓN O MUERTE" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 91/2013) – Acuerdo: 19/16 – Fecha: 12/10/2016

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. COLISION ENTRE AUTOMOTOR Y MOTOCICLETA. COSA RIESGOSA. RIESGO CREADO. PRESUCION DE RESPONSABILIDAD DEL DUEÑO O GUARDIAN. EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD. CULPA DE LA VICTIMA. FALTA DE PRUEBA. RECURSO DE CASACION. INAPLICABILIDAD DE LEY. INFRACCION A LA LEY. PROCEDENCIA.

1.- Ocurrido el choque entre un motociclo y un vehículo, resulta aplicable la "teoría del riesgo creado", que regula la responsabilidad civil por el hecho de las cosas, al tratarse de una colisión plural de vehículos en movimiento.

2.- La culpa exclusiva de la víctima es suficiente para excusar la responsabilidad porque corta el nexo causal (C.S.J.N. Fallos: 321:1776, citado en Acuerdo Nro. 30/06 del registro de esta secretaría). Esta eximente debe ser alegada y suficientemente probada por la demandada y para ello no bastan las meras inducciones o conjeturas acerca de la probable conducta seguida.

3.- Desestimado el relato de la demandada (conductor del automóvil) y, no habiendo elementos de juicio que permitan concluir que la actora (conductora de la motocicleta) circulaba a excesiva velocidad o en forma imprudente o distraída, rige en su plenitud la presunción de responsabilidad del dueño o guardián de la cosa riesgosa conforme lo dispone la manda del Art. 1113 del Código Civil de Vélez Sársfield.

4.- La sola condición de embistente de la actora (motociclista), no es suficiente para enervar la responsabilidad objetiva que recae sobre el dueño o guardián de la cosa riesgosa (automotor) porque la presunción hominis del vehículo embistente no tiene carácter absoluto ni implica necesariamente que aquél a quien se le atribuye, deba responder sin más por las consecuencias dañosas que se originan en un accidente de tránsito. Por el contrario, dicha presunción es relativa y debe aplicarse con suma prudencia ya que sólo una maniobra puede transformar rápidamente la condición de embestido en embestidor y admitir esa conducta disvaliosa puede conducir a consagrar un reconocimiento injusto. Pues, bastará que uno de los vehículos se cruce imprevistamente en la línea de circulación del otro, para que éste sin culpa lo embista.

5.- La acreditación de la culpa de la víctima constitutiva de la causal de eximición de responsabilidad prevista en el artículo 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Código Civil de Vélez Sarsfield debe ser definitiva en cuanto a no dejar dudas sobre su ocurrencia.

Texto completo:

ACUERDO NRO. 19 .- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los doce (12) días de octubre de dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los

Sres. vocales doctores RICARDO T. KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la subsecretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia en los autos caratulados: "VÁZQUEZ, ROSANA CONTRA PADILLA, JUAN CARLOS SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO DE AUTOMOTOR CON LESIÓN O MUERTE" (Expte. Nro. 91 - año 2013) del Registro de la Secretaría interviniente.

ANTECEDENTES: A fs. 453/462vta. la actora deduce recurso por Inaplicabilidad de Ley contra el decisorio de la Cámara de Apelaciones local, Sala I, obrante a fs. 446/450vta., que revoca el fallo dictado en la instancia anterior y rechaza en todas sus partes la demanda promovida, con costas.

Corrido el pertinente traslado, el demandado lo contesta a fs. 466/468vta., solicitando su rechazo.

A fs. 488vta. se notifica al señor Fiscal General.

A fs. 489/490vta., a través de la Resolución Interlocutoria N°43/14, se declara admisible el recurso extraordinario local impetrado por las causales de los incisos a) y b) del Art. 15° de la Ley 1.406.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia. Por lo que este Tribunal resuelve plantear y votar las siguientes

CUESTIONES: 1) ¿Resulta procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido? 2) En la hipótesis afirmativa, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada el Dr. RICARDO T. KOHON, dice:

I.1. La actora, ROSANA VÁZQUEZ, demanda a JUAN CARLOS PADILLA por la suma de $72.319.- con más sus intereses, gastos y costas en concepto de daños y perjuicios por el accidente ocurrido el 11 de abril de 2007 cuando se encontraba conduciendo su motocicleta, siendo aproximadamente las 14:20 horas, por la calle Buenos Aires de esta ciudad.

Refiere que conducía su moto por dicha arteria en dirección norte-sur, cuando a la altura del Nro. 340 un rodado marca Renault Megane, conducido por el demandado, que circulaba en idéntico sentido de forma imprevista, súbita y sin haber previamente ocupado el carril derecho de la calzada, realiza una maniobra de giro hacia la derecha embistiendo el birodado conducido por la actora.

Destaca que el demandado, al realizar la imprudente maniobra, sin activar las luces de giro de su rodado y sin hacer ningún otro tipo de señal manual, lumínica o sonora que anticipe la maniobra, encerró su motocicleta, no dándole tiempo para realizar maniobra alguna tendiente a evitar la colisión.

Sostiene que, producto del choque, sufrió severas lesiones por lo que fue trasladada de urgencia en ambulancia al Hospital Castro Rendón, donde recibió asistencia médica y continúa bajo tratamiento de rehabilitación.

Relata las lesiones sufridas, practica liquidación y ofrece prueba.

Cita en garantía en los términos del Art. 118 del Decreto-ley 17.418 a FEDERACIÓN PATRONAL SEGUROS S.A.

2. Posteriormente se presenta la aseguradora (fs.41/47vta.) quien reconoce el acaecimiento del accidente y las circunstancias de tiempo y lugar.

Niega la responsabilidad del Sr. Padilla y sostiene que la causa del accidente está en la negligencia de la propia víctima.

Relata que, al momento de la emergencia, la Sra. Vázquez circulaba a excesiva velocidad, en forma distraída y sin usar casco. Que su asegurado circulaba por el carril derecho de la calle Buenos Aires, despacio, buscando un lugar para estacionar, que al advertir un espacio libre, colocó las balizas reglamentarias y efectuó la maniobra de estacionamiento. Que al estar casi culminando la maniobra, el demandado sintió un impacto en la parte trasera de su paragolpe, siendo la actora la que lo había embestido.

Por último, sostiene como eximente la culpa exclusiva de la víctima e impugna las liquidaciones efectuadas en la demanda.

A fs. 65 y vta. se presenta el demandado. Adhiere a los términos de la contestación de la demanda efectuada por la Aseguradora.

3. A fs. 372/377vta. obra sentencia de Primera Instancia que hace lugar a la demanda deducida conforme lo considerado, condenando al Sr. Juan Carlos Padilla y a Federación Patronal Seguros S.A. –en la medida del seguro- a

que en el plazo de diez días hagan íntegro pago a la actora del capital condenado que asciende a la suma de $ 6.270.- con más intereses. Todo ello con costas a cargo de la parte demandada, pero respecto de la tasa de justicia y contribución al Colegio de Abogados establece que serán soportados por esta última en el porcentaje de ley (2% y 1%) sobre el monto de condena y el saldo restante deberá ser cancelado por la actora en el marco y alcance del Art. 84 del C.P.C. y C. y teniendo en cuenta, además, el privilegio del Art. 3.900 del C.C. de Vélez Sarsfield.

Considera la jueza de grado que se debe analizar si en autos el demandado ha logrado acreditar la eximente de responsabilidad prevista en el Art. 1113 del Código Civil, a saber: la culpa exclusiva de la víctima actora.

Analiza el croquis obrante en la Planilla de Accidente del expediente penal agregado por cuerda e infiere que para producirse el golpe en el lugar del automotor señalado, lo más probable y razonable, es que el vehículo se haya cruzado delante de la moto sin advertir su presencia. Pues, de otro modo –dice-, no se explica cómo la moto pudo embestir el paragolpe trasero derecho del automotor, si éste último estaba terminando de realizar la maniobra de estacionamiento, tal como lo sostuvo la Aseguradora en su responde.

Señala que, en el caso, no existen elementos de juicio que permitan concluir que la actora circulaba a excesiva velocidad o en forma negligente, por lo que descarta una concurrencia de culpas.

Y, en base a las circunstancias que meritúa, juzga que se logró acreditar la responsabilidad del conductor del vehículo, dado que no surgen elementos que permitan tener por probada la eximente de responsabilidad invocada en autos.

Por lo que considera que el Sr. Padilla deberá responder por aquellos daños que pruebe la actora que son consecuencia del accidente -como conductor y propietario de la cosa- y la Aseguradora responderá en función de lo prescripto por el Art. 118 de la Ley de Seguros y conforme los términos pactados en la Póliza cuya existencia y vigencia no fue cuestionada.

Luego, examina la procedencia y extensión del reclamo indemnizatorio impetrado por la actora. Hace lugar a la indemnización por gastos de farmacia, daño moral, reparación de la moto y privación de uso, morigerando los montos reclamados y rechaza el rubro daño físico.

4. Esta decisión es apelada por las partes -actora y accionada- en los términos que resultan de los escritos de fs. 408/418 y 422/425, respectivamente. A fs. 427/432vta. y 434/437vta. obran las réplicas de la demandada y la demandante. 5. A fs. 446/450vta. luce la sentencia de la Cámara de Apelaciones local –Sala I- que revoca la de Primera Instancia, atribuyendo a la actora la totalidad de la responsabilidad en el evento dañoso.

Como primer medida, el voto preopinante aborda la atribución de responsabilidad del siniestro y mediante la cita de un fallo de la Sala III de la Cámara de Apelaciones local expone que cuando la colisión ocurre entre dos rodados que marchan en una misma dirección por una arteria de un mismo sentido de circulación debe presumirse que el que choca con su parte delantera es el responsable, salvo que invoque y pruebe extremos que justifiquen la razón por la cual se embistió al vehículo que lo precedía.

Asimismo, agrega que la presunción jurisprudencial "iuris tantum" que genera el embestimiento se funda en la falta de control del vehículo embistente por no haber superado una contingencia, pues ello denota –ante la inexistencia de prueba en contrario- falta de control, por lo que tal presunción permite inferir el incumplimiento y la obligación de manejar con máxima atención y prudencia a fin de mantener en todo momento el dominio del rodado.

Luego, analiza la situación planteada en autos. Manifiesta que la actora no aportó prueba alguna a los fines de desvirtuar dicha presunción. Indica que la única prueba relacionada con la mecánica del accidente es el croquis policial que luce a fs. 11 de las actuaciones llevadas a cabo por la Fiscalía General y de Coordinación de donde surge que la accionante embistió de atrás el vehículo del demandado sin que se consignara velocidad. Y ello –entiende- impide tener por desvirtuada la presunción que atribuye la responsabilidad del evento dañoso a la actora, resultando acreditada la eximente alegada por el demandado.

Por su parte, el voto de adhesión agrega que la versión de los hechos dada por el demandado es la única que encuentra correlato en la prueba reunida, en orden a la dinámica del accidente, que es lo determinante a la hora de establecer la responsabilidad en el evento.

Además, discurre que si el Art. 1113 del Código Civil de Vélez Sarsfield, para el supuesto que aquí se analiza, dispone una presunción objetiva de responsabilidad que requiere, para su destrucción, justificar la culpa de la víctima, estima que, en atención a las particulares circunstancias del caso, ésta ha sido acreditada, en tanto se ha determinado a partir de la mecánica del hecho que su accionar incidió casualmente en la provocación del daño.

6. Que, contra dicho resolutorio, la actora obtiene la apertura de la instancia extraordinaria que se transita, por vía de Inaplicabilidad de Ley, fundando su pieza recursiva, en los incisos a) y b), del Art. 15 de la Ley 1.406.

Sostiene que la sentencia de Cámara vulnera los Arts. 17, 31 de la Constitución Nacional; 24 de la Carta Magna provincial; 512, 1113 del Código Civil; 41,42, 43, 45 y 48 de la Ley 24.449 y la doctrina legal sobre el tema.

Asimismo, expresa que la violación de las normas expuestas torna al fallo arbitrario por cuanto no constituye una derivación razonada del derecho aplicable.

Al respecto, alega que la imputación absoluta de responsabilidad efectuada por la Alzada omite aplicar el Art. 1113 del C.C., en tanto soslaya la responsabilidad objetiva que recae sobre el demandado, considerándose como eximente de responsabilidad la presunción del vehículo embistente sin tener en cuenta las pruebas rendidas en el proceso.

A su vez, menciona que se cita jurisprudencia que no es aplicable al presente, lo cual genera confusión en la forma en que ocurrieron los hechos.

Por último, transcribe las normas de la Ley de Tránsito que considera se aplicaron e interpretaron erróneamente y pide se dicte una nueva resolución ajustada a derecho.

II. Previamente al análisis del recurso y conforme lo dispuesto por este Cuerpo en el Acuerdo Nro.7/16, al dictarse esta sentencia luego de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, sancionado por Ley 26.994 –y modificado parcialmente en cuanto a su sistema de derecho transitorio por Ley 27.077- corresponde establecer que este litigio se juzgará con el marco legal en el cual nació.

Ello así, en tanto en lo que respecta al derecho de daños, éstos se deben dirimir acorde al contexto en el cual acontecieron, lo que nos conduce a aplicar las disposiciones anteriores. Doctrina y jurisprudencia coinciden en que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso. (Cfr. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, págs. 100 a 104, 158 y 159 citado en Acuerdo Nro. 7/16 del registro de esta Secretaría Civil).

Por lo que la sentencia dictada habrá de revisarse a la luz del Código Civil de Vélez Sársfield.

III. Sentado lo expuesto, respecto del recurso de Inaplicabilidad de Ley planteado, la vía fue declarada admisible por las causales del Art.15º, incisos a) y b), de la Ley Nº 1.406, a saber: violación e interpretación errónea de la ley y doctrina legal-.

1. Como es sabido, el carril antedicho, constituye una de las principales funciones de la casación y consiste en el control del estricto cumplimiento de la ley y de la doctrina legal. Es la más antigua misión que lleva a cabo dicho instituto, e implica cuidar que los Tribunales de grado apliquen las disposiciones normativas, sin violarlas ni desinterpretarlas. (cfr. Acuerdos Nº 14/05 y 6/11, 34/15, 52/15, del registro de esta Secretaría Civil).

En este orden de ideas, una norma jurídica puede ser infringida de diversos modos o maneras, ya sea aplicándola a casos que no están subsumidos en ella; sea dejando de aplicarla a los supuestos que la misma abarca; o estableciendo erróneamente los elementos fácticos, es decir diversamente a como aparecen en el proceso […] Todos estos defectos quedan englobados en el concepto genérico de infracción, en tanto cada uno de ellos constituye una especie dentro del género. (Cfr. Juan Carlos Hitters, Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación, 2ª Edición, Librería Editora Platense, La Plata, 1998, pág. 200)En síntesis,

"la ley se viola cuando media desconocimiento de una norma jurídica, sea en su existencia, en su validez o en su significado […]" (Cfr. Acuerdo 10/11 de idéntico registro).

Por lo expuesto, para la procedencia del recurso de Inaplicabilidad de la Ley por dicho motivo, es deber ineludible de la recurrente impugnar idóneamente los elementos que sustentan el fallo, explicando, sobre la base de los presupuestos del pronunciamiento, en qué ha consistido la infracción de la norma jurídica.

2. Como primer medida, se analizará el agravio referido a la aplicación errónea del Art. 1113 del Código Civil Veleziano en virtud de la inversión del onus probandi producto de la presunción elaborada a partir de la condición de 'embistente' que la Alzada le atribuye a la actora. A su vez, deberá determinarse si ello implica una neutralización del sistema de imputación por riesgo conforme lo afirma la propia accionante.

3. El Art. 1113, segundo párrafo, in fine, del Código de Vélez Sarsfield (actuales Arts. 1757 y 1769 del C.C.y C.N.) prescribía que, en los supuestos de daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, la parte actora es la encargada de probar el hecho y su relación de causalidad con el daño, mientras que el demandado a los fines de eximirse de responsabilidad, debe demostrar la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no debe responder (C.S.J.N. Fallos: 321:3519; citado en Ac. 45/15).

En la especie, ocurrido el choque entre un motociclo y un vehículo, resulta aplicable la "teoría del riesgo creado", que regula la responsabilidad civil por el hecho de las cosas, al tratarse de una colisión plural de vehículos en movimiento.

El fenómeno lo rige el principio de presunciones de causalidad concurrentes por consecuencia del factor de atribución objetivo por riesgo. Los riesgos no se compensan ni se neutralizan y el dueño o guardián "de la cosa" de la cual derivó el daño debe responder, salvo que pruebe causas que lo excusen de indemnizar -hecho ajeno: sea de la víctima, de un tercero por el que no se debe responder, o caso fortuito- (Cfr. C.S.J.N. 26-10-93, L.L. 1994-B-149; 19-12.2000, L.L. 2001-E-854).

Por lo que cabe examinar si, de conformidad con la plataforma fáctica fijada, el demandado ciertamente ha logrado demostrar la eximente en la producción del hecho dañoso y, en tal caso, determinar, conforme las cargas probatorias y las presunciones legales del Art. 1113 del Código Civil Vélez Sarsfield aplicables, si la misma alcanza para eximirlo -total o parcialmente- de responsabilidad.

De no producir esa prueba, responderá íntegramente por el factor imputativo "riesgo".

4. Siguiendo esta tesitura, la Aseguradora y el Sr. Padilla consideran que se da el supuesto de culpa exclusiva de la víctima porque la actora conducía el velocípedo con total desatención e inobservancia de las normas de tránsito.

La causal liberatoria alegada por la parte demandada, está relacionada con la autoría y, consecuentemente, con la relación de causalidad. Tiene trascendencia cuando ha influido causalmente en el momento de producirse el hecho generador de los daños.

"Si la causa exclusiva del daño es el hecho de quien lo padece, tiene lugar la plena liberación de responsabilidad del demandado, pues es absolutamente ajeno a las consecuencias lesivas" (Ricardo Manuel Castro Durán, "El hecho o "culpa" de la víctima como eximente. La agravación de los daños. La negativa al tratamiento médico. El no arreglo del automotor", Revista de Derecho de Daños 2006-2 Eximentes de Responsabilidad-II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2006, pág. 210)

La culpa exclusiva de la víctima es suficiente para excusar la responsabilidad porque corta el nexo causal (C.S.J.N. Fallos: 321:1776, citado en Acuerdo Nro. 30/06 del registro de esta secretaría). Esta eximente debe ser alegada y suficientemente probada por la demandada y para ello no bastan las meras inducciones o conjeturas acerca de la probable conducta seguida.

En otras palabras, debe ser un hecho importante, guardar nexo de causalidad con el daño y tener las características de inevitabilidad e imprevisibilidad propias del caso y esta evaluación se debe realizar bajo el criterio de normalidad de las cosas. (Cfr. Jorge Mosset Iturraspe, Miguel A. Piedecasas, Código Civil Comentado, Responsabilidad Civil, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 314)

Cabe señalar al respecto, que conforme lo ha sostenido este Tribunal en otros casos, la culpa de la víctima como causa de exoneración total o parcial de la responsabilidad objetiva que atañe al dueño de la cosa, a cuyo riesgo se atribuye el daño, debe aparecer claramente demostrada, por cuanto debe producir en el juzgador una convicción exenta de toda duda. Así como la existencia del vínculo de causalidad, como presupuesto esencial de la responsabilidad, debe resultar debidamente acreditada, también la demostración de que el factor puesto por la víctima generó una interrupción de la cadena causal ha de emerger de elementos de juicios igualmente

comprobados, no pudiendo suplirse con enunciaciones de carácter general o derivar de meras hipótesis. (cfr. Acuerdo Nro. 6/07 del registro de esta Secretaría Civil).

5. Bajo esta senda y a fin de develar el interrogante planteado -acreditación o no de la eximente planteada- se deben considerar las versiones encontradas de los litigantes en torno a la mecánica del accidente y las escasas pruebas colectadas en autos, que llevaron al Ad quem a forjar su convicción en la acreditación de la eximente legal. No así al juez A quo, quien, con idéntico material fáctico y probatorio, la tuvo por no cumplida.

6. La actora sostiene que circulaba por la margen derecha de la calle Buenos Aires mientras el demandado hacía lo propio en idéntico sentido por la izquierda y que, en forma imprevista y súbita, éste último realiza una maniobra de giro hacia la derecha –con la intención de estacionar su vehículo-, produciendo la embestida.

En contraposición a ello, la parte demandada expone que circulaba lentamente por el carril derecho de la calle Buenos Aires, buscando un lugar para estacionar su vehículo. A medida que iba avanzando, y advirtiendo que quedaba libre un lugar para estacionar, colocó la baliza y efectuó la maniobra de estacionamiento. Una vez ingresado, habiendo casi terminado la maniobra, sintió un impacto en la parte trasera de su paragolpe. (Cfr. fs. 42).

Luego, al absolver posiciones, el demandado afirma, en la sexta posición, que no es cierto que él embistió la motocicleta de la actora y aclara "[…] la motocicleta me embistió a mí cuando yo estaba estacionando sentí un golpe y ví que había una moto atrás de mi auto en el paragolpe trasero" (cfr. fs. 118).

La única prueba relacionada con la mecánica del accidente es el expediente tramitado por la Fiscalía General y de Coordinación -IPF Nro. 6797/07, agregado por cuerda a los presentes-. Del informe técnico obrante a fs. 15 de dichos actuados se pudo constatar en el automotor conducido por el demandado un impacto trasero provocado por efracción sobre el paragolpe del lado inferior derecho; y sobre la motocicleta se determinó impacto delantero, carenado delantero y cubre óptica derecha.

Asimismo, el croquis obrante en la Planilla de Accidentes (fs. 11 vta. de idénticas actuaciones) identifica, entre otras cuestiones, el presunto lugar de impacto y se establecen las posiciones finales de los vehículos protagonistas, colocándose el automotor de la demandada, inmediatamente después del accidente, en forma diagonal a la línea municipal, a saber: con la trompa más cerca del cordón cuneta y la parte trasera más alejada de ella.

Este último dato resulta relevante para la resolución del caso. Pues, como lo expone autorizada doctrina, la ausencia de medios de prueba que acrediten la mecánica del siniestro no impide poder efectuar un juicio de la imputación de responsabilidad; ello, toda vez que con el resultado final en que quedaron los rodados, la prueba de los daños y su ubicación, el sentido común y los aportes de las ciencias experimentales se puede obtener un juicio definitorio de cómo ocurrieron los hechos en la colisión de automotores (Cfr. Félix A. Trigo Represas, Marcelo J. López Mesa, Tratado de la Responsabilidad Civil, T.III, Ed. La Ley Año 2004, pág. 862).

7. Es que, como acertadamente lo expone la jueza de Primera Instancia, por el lugar del vehículo en el que se produjo el impacto no se explica cómo la moto pudo golpear el paragolpe trasero derecho del automotor si éste último estaba culminando las maniobras de estacionamiento.

En efecto, si se ejecuta la técnica correcta para estacionar (cual es colocando el auto en paralelo con el coche estacionado delante del lugar vacío y girando todo el volante hacia el lado del cordón; inmediatamente dar marcha atrás y luego girar el volante hacia la calle y dando marcha atrás ir ubicando el automóvil) la parte más expuesta en la línea de circulación es la parte delantera del auto y no la trasera.

De ningún modo pudo el automotor del Sr. Padilla ser embestido conforme la versión de los hechos brindada por su Aseguradora (cuando terminaba de realizar las maniobras de estacionamiento) porque de ser así, no tendrían explicación razonable y coherente los daños sufridos en su vehículo. Para que la motocicleta impacte en el paragolpe trasero del lado inferior derecho del automotor, lo más probable es que el demandado hubiese realizado el viraje hacia la derecha que describe la actora en su demanda o, en su defecto, que la colisión se haya producido en el momento previo en el que el demandado introducía de trompa el auto en el espacio de estacionamiento, para lo cual la actora tendría que haber circulado cerca de los autos estacionados en la margen derecha de la arteria.

Ninguna de las hipótesis planteadas se condice con los hechos narrados por Federación Patronal Seguros S.A. y el Sr. Padilla en su defensa. De ahí que, los accionados no han logrado justificar la versión de sus hechos.

8. Pues bien, desestimado el relato de la demandada y, no habiendo elementos de juicio que permitan concluir que la actora circulaba a excesiva velocidad o en forma imprudente o distraída, rige en su plenitud la presunción de responsabilidad del dueño o guardián de la cosa riesgosa conforme lo dispone la manda del Art. 1113 del Código Civil de Vélez Sársfield.

9. Por lo demás, considero que la sola condición de embistente de la actora, no es suficiente para enervar la responsabilidad objetiva que recae sobre el dueño o guardián de la cosa riesgosa (automotor) porque la presunción hominis del vehículo embistente no tiene carácter absoluto ni implica necesariamente que aquél a quien se le atribuye, deba responder sin más por las consecuencias dañosas que se originan en un accidente de tránsito. Por el contrario, dicha presunción es relativa y debe aplicarse con suma prudencia ya que sólo una maniobra puede transformar rápidamente la condición de embestido en embestidor y admitir esa conducta disvaliosa puede conducir a consagrar un reconocimiento injusto. Pues, bastará que uno de los vehículos se cruce imprevistamente en la línea de circulación del otro, para que éste sin culpa lo embista.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expuesto: "El hecho de que aparezca la moto como embestidora no lleva sin más a atribuir responsabilidad a la conductora de la misma, pues se trata de una presunción que debe valorarse conforme las circunstancias de cada caso." (FALLOS 326:3089).

En este contexto, no coadyuva a la presunción bajo examen el aserto de la Cámara sentenciante de que "la versión de los hechos del demandado es la única que encuentra correlato con la prueba producida en el expediente" pues, como se expusiera anteriormente, dicho relato no se correlaciona con la localización de los daños y la posición final de los rodados en el momento del impacto.

Ello así, en tanto:

"La presunción de culpabilidad que genera el embestimiento debe ser aplicada con suma prudencia, pues bastará que uno de los vehículos se cruce imprudentemente en la línea de circulación de otro, para que éste sin culpa lo embista" (Cfr. CNCiv Sala H, 17/12/99, "Argulleiro Moreira, Norberto R. c/ Viel Témperley, Cristián E. s/ daños y perjuicios", citado en Hernán DARAY, "Derechos de daños en accidentes de tránsito", T. I, Ed. Astrea Bs.As. 2001, pág. 77).

10. Tampoco resulta idóneo para tener por acreditada la eximente legal, la sola observación de que la "trayectoria del vehículo se desarrollaba sobre la margen derecha" conforme surge de la planilla de accidente obrante en el expediente instruido por Fiscalía (Cfr. fs. 11 vta. de dichas actuaciones).

Pues, si bien la Cámara sentenciante toma este dato como un hecho relevante, es obvio que el personal policial que realiza el croquis e interviene en forma inmediata no se encuentra presente en el momento exacto del accidente, por lo que sólo se concede preeminencia a aquellos hechos y circunstancias que el oficial actuante certifica haber comprobado o pasado ante sí.

Por ende, la virtualidad probatoria de dicho croquis está limitada a los hechos y actos pasados en presencia del oficial como por ejemplo, condiciones climáticas, visibilidad, iluminación, estado de las calles, posición final de los automotores pero no extiende sus efectos respecto de otros aspectos como, en la especie, la trayectoria previa de los rodados intervinientes la cual debe ser corroborada por otros elementos de comprobación.

11. Desde esta perspectiva, lo cierto es que en el caso, no se ha acreditado que el accionar de la Sra. Rosana Vázquez haya incidido causalmente en la provocación del daño. Ello, porque al responsable no le es suficiente con hacer suponer o presumir que la víctima tuvo la culpa de lo ocurrido. La concepción objetiva de responsabilidad sólo desaparece ante una acreditación certera y clara de la eximente legal.

Y esto no podría ser de otra manera, dado que se trata de un hecho impeditivo cuya prueba incumbe a quien lo alega, pues constituye una excepción al régimen de responsabilidad: la acreditación de la culpa de la víctima constitutiva de la causal de eximición de responsabilidad prevista en el artículo 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Código Civil de Vélez Sarsfield debe ser definitiva en cuanto a no dejar dudas sobre su ocurrencia.

12. Sumado a lo expuesto, cabe agregar que resulta desacertado colocar en cabeza de la víctima la carga de probar la culpa o negligencia del dueño o guardián de la cosa riesgosa, por inversión del onus probandi producto de una presunción de culpa elaborada a partir de la condición de 'embistente' que se atribuye a la damnificada, si tal proceder implica neutralizar en ese supuesto el sistema de imputación por riesgo elegido para resolver el caso, conforme el cual, quien acciona en función del Art. 1113, segundo apartado, segundo párrafo del C.Civil solo debe probar el daño, la relación causal, el riesgo de la cosa y el carácter del dueño o guardián del demandado.

Probado estos extremos y no habiéndose acreditado la eximente alegada corresponde condenar al titular del automotor conforme la regla del artículo 1113 del Código Civil, la cual –reitero- no se destruye por meras inducciones o indicios o excusa no acreditada ni definida, sino sólo ante pruebas que otorguen fuerza a la eximición de responsabilidad atribuida al dueño o guardián de la cosa generadora del daño.

13. En consecuencia, asiste razón a la recurrente en cuanto se ha configurado, en la especie, la causal de infracción legal al Art. 1113 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Por lo que carece de virtualidad el tratamiento de los restantes agravios vertidos por la quejosa en su pieza casatoria de fs. 453/462vta.

IV. Que a la segunda cuestión planteada, en función de lo analizado y de que los elementos sopesados resultan suficientes para fundar el dictado de un nuevo pronunciamiento en los términos del Art. 17° inc. c) de la Ley 1.406, ha de recomponerse el litigio, mediante la confirmación de la sentencia de Primera Instancia sobre el tópico recurrido, en un todo conforme a lo considerado en forma precedente.

Por lo demás, en lo atinente a los rubros indemnizatorios pretendidos, los argumentos esgrimidos en la expresión de agravios de la actora (cfr. fs. 408/418), no logran conmover los fundamentos brindados por el sentenciante a fs. 372/377vta. para su determinación. Lo decidido sobre el particular contiene un desarrollo lógico y apoyatura legal, con indicación razonada de las pautas concretas de ponderación, conforme a las circunstancias particulares del caso.

Igual tesitura se seguirá respecto del agravio referido a la carga que se le impone a la actora del pago de la Tasa de Justicia y Contribución al Colegio de Abogados por la diferencia entre el monto reclamado en la demanda y el monto en que procede la sentencia.

Al respecto, cabe advertir que las motivaciones brindadas por la jueza de grado para fundar su decisión se ajustan a lo resuelto en los Dictámenes Nro. 67/06 y 41/10 de la Oficina de Tasas del Poder Judicial.

Se trata en el caso de un mero disenso con lo decidido y, en la especie, los argumentos desarrollados por la quejosa no llegan a conmover ni demostrar lo impropio de lo resuelto.

V. A la tercera cuestión planteada y, teniendo en consideración el agravio puntual de la parte demandada (cfr. fs. 423vta./424), las costas generadas por el acogimiento parcial de la demanda, habrán de ser impuestas en todas las instancias al demandado y citada en garantía vencida (Art. 68° del C.P.C. y C. y 12° de la Ley Casatoria).

Ello así, toda vez que, conforme lo tiene dicho este Alto Cuerpo, en los Acuerdos Nros. 151/95, 41/97, 3/98 y 11/12 entre otros, del Registro de la Secretaría Actuaria:

"[…] en los juicios de daños y perjuicios –aun cuando no se admita la procedencia de todos o algunos rubros reclamados o cuando los montos acordados sean inferiores a los originariamente pretendidos por la parte- las costas deben ser íntegramente soportadas por la autora del daño, pues integran la indemnización debida; ello en virtud de la naturaleza resarcitoria de la pretensión deducida y el principio de reparación integral" (cfr. PALACIO Lino E. y ALVARADO VELLOSO, Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación, Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Editorial Rubinzal-Culzoni, T° III, pág. 107/108, Santa Fe, Año 1989; DARAY, "Accidentes de tránsito. Doctrina y jurisprudencia sistematizada", Pág. 398, N° 39).

En el mismo sentido, se ha expedido este Tribunal en los autos: "MORÓN de Gutiérrez, Antonia y Otros c/ANTILLANCA MOLINA, Eduardo s/ Daños y Perjuicios" (Expte. Nro. 36 – F° 190 – Año 1994, Acuerdo Nro. 151/95), donde sostuvo:

"[…] el hecho de que no progrese la demanda en alguno de los rubros resarcitorios pretendidos, no debe en principio incidir en el régimen de costas, cuando aquélla prospera en cuanto al fundamento de la condena resistido por el

demandado al contestarla" (C.N.Especial Civil y Comercial, Sala III, mayo 5-1981, citado por MOISSET DE ESPANÉS, Accidentes de Automotores, T. II – pág. 80).

Tal criterio se basa en que en esta tipología procesal, la condena en costas tiene condición resarcitoria, pues son los necesarios gastos en que se ha visto obligado a incurrir el damnificado para obtener el cobro del crédito, cuando en manos del deudor estaba evitarlo pagando a tiempo.

Así, la noción de vencido ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio; y no por análisis aritméticos de las pretensiones y sus resultados.

En este entendimiento, es notorio que en el caso de autos las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte condenada que negó toda reparación –como lo demuestra la necesidad del pleito- y que, según se determinó en esta instancia, resulta responsable del daño sufrido por la actora.

Y a los efectos de la imposición de costas, procesalmente resulta vencido aquel contra quien se declara el derecho y la resistencia que presupone el hecho del pleito ha de entenderse en el sentido que la actividad judicial resulte necesaria para la conducta del vencido. La actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte a cuyo favor tiene lugar.

No obstante ello, deberá dejarse sin efecto la regulación de los honorarios profesionales, en virtud de la sanción de la Ley 2.933 (publicada en el Boletín Oficial el 12/12/14), que introduce modificaciones sustanciales a la Ley Arancelaria N°1.594.

En lo que aquí interesa, el nuevo dispositivo legal dispone en su Art.20 que 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 –tal el presente caso-.

En suma, atento al pronunciamiento aquí dictado, corresponde dejar sin efecto la regulación de fs. 377 y vta. (Art. 279 del C.P.C. y C.) y disponer se determinen en origen los estipendios de los letrados actuantes, conforme a la nueva normativa. Asimismo, habrán de adecuarse en la instancia de grado los que correspondan a los peritos. Ello, a la luz de la doctrina sentada por este Alto Cuerpo en punto a la proporcionalidad y adecuación que los honorarios de los peritos y demás auxiliares de justicia deben tener con los emolumentos de los distintos profesionales que intervienen en el juicio (Cfr. Acuerdos Nros. 139/95, 50/06, 41/07, 12/14, 18/16 entre otros del Registro de la Actuaria).

Por lo precedentemente dispuesto, deviene abstracto el tratamiento de la apelación de honorarios introducida por el letrado apoderado de la actora.

VI. En virtud de todas las consideraciones expuestas propongo al Acuerdo: 1) Declarar procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido por la parte actora a fs. 453/462vta., contra el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad –Sala I- a fs. 446/450vta. y, CASAR, en consecuencia, dicho fallo, en virtud de la causal prevista en los incisos a) y b) del Art. 15° de la Ley 1.406, por infracción legal al Art. 1113 del Código Civil de Vélez Sársfield, en virtud de los fundamentos vertidos en los considerandos del presente. 2) Recomponer el litigio, por imperio de lo establecido por el Art. 17°, inciso c), del Rito, mediante la confirmación de la sentencia de Primera Instancia, obrante a fs. 372/377vta. por los fundamentos expuestos, manteniendo la imposición de costas allí dispuesta. DEJAR SIN EFECTO las regulaciones de honorarios practicadas a fs. 377 y vta. a los letrados y peritos y disponer se practique una nueva regulación en origen por los fundamentos expresados en el respectivo considerando. 3) Imponer las costas de Alzada y ante esta instancia a las demandadas vencidas (Arts. 68° del C.P.C.y C. y 12° de la Ley 1.406) 4) REGULAR los emolumentos correspondientes a las labores efectuadas ante la Alzada: a los Dres. ... –en el doble carácter por la actora- y a la Dra. ... –letrada patrocinante de la demandada- y al Dr. ... -letrado apoderado de idéntica parte- en un 30% de la cantidad que oportunamente se regule en Primera Instancia por la labor en dicha sede. Por la etapa Casatoria se regula al Dr. .... –en el doble carácter por la

actora-; a la Dra. ... –letrada patrocinante de la demandada- y al Dr. ... –letrado apoderado de idéntica parte- en un 25% de la cantidad que corresponda regular en origen, teniendo en cuenta el carácter asumido por cada profesional en la instancia extraordinaria local (Arts. 15 y 20 -modificado por Ley N° 2.933- de la Ley de Aranceles). VOTO POR LA AFIRMATIVA.

El doctor OSCAR E. MASSEI, dice: Comparto los fundamentos y la solución propuesta en el voto del doctor RICARDO T. KOHON, por lo que emito el mío en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Declarar PROCEDENTE el recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido por la actora ROSANA VÁZQUEZ a fs. 453/462vta., contra el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad –Sala I- a fs.446/450vta. y, CASAR, en consecuencia, dicho fallo, en virtud de la causal prevista en los incisos a) y b) del Art. 15° de la Ley 1.406, por infracción legal al Art. 1113 del Código Civil de Vélez Sarsfield, en virtud de los fundamentos vertidos en los considerandos del presente. 2) Recomponer el litigio, por imperio de lo establecido por el Art. 17°, inciso c), del Rito, mediante la confirmación de la sentencia de Primera Instancia obrante a fs.372/377vta., manteniendo la imposición de costas allí dispuesta. DEJAR SIN EFECTO las regulaciones de honorarios practicadas a fs. 377 y vta. a los letrados y peritos y disponer se practique una nueva regulación en origen por los fundamentos expresados en el respectivo considerando. 3) Imponer las costas de Alzada y ante esta instancia a las demandadas vencidas (Arts. 68° del C.P.C. y C. y 12° de la Ley 1.406) conforme lo consignado en el considerando pertinente. 4) REGULAR los emolumentos correspondientes a las labores efectuadas ante la Alzada: a los Dres. ... –en el doble carácter por la actora- y a la Dra. ... –letrada patrocinante de la demandada- y al Dr. ... -letrado apoderado de idéntica parte- en un 30% de la cantidad que oportunamente se regule en Primera Instancia por la labor en dicha sede. Por la etapa Casatoria se regula al Dr. ...–en el doble carácter por la actora-; a la Dra. ... –letrada patrocinante de la demandada- y al Dr. ... –letrado apoderado de idéntica parte- en un 25% de la cantidad que corresponda regular en origen, teniendo en cuenta el carácter asumido por cada profesional en la instancia extraordinaria local (Arts. 15 y 20 -modificado por Ley N° 2.933- de la Ley de Aranceles) 5) Regístrese, notifíquese y oportunamente bajen 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.

Dra. MARÍA ALEJANDRA JORDÁN - Subsecretaria

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

"COMUNIDAD MAPUCHE MELLAO MORALES C/ CORPORAC. MINERA DEL NQN. S.E. S/ ACCIÓN DE NULIDAD S/ INCIDENTE DE ELEVACIÓN" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 28/2012) – Acuerdo: 20/16 – Fecha: 20/10/2016

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

DERECHO AMBIENTAL. MEDIO AMBIENTE. CONTRATO DE EXPLOTACION MINERA. AUDIENCIA PÚBLICA. MEDIDAS CAUTELARES. MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA. RECURSO DE CASACIÓN. RECURSO DE NULIDAD EXTRAORDINARIO. OMISION DE CUESTION ESENCIAL.

Resulta procedente el recurso de Nulidad Extraordinario, deducido por la actora

contra la sentencia de la Cámara, en tanto el sentenciante incurre en la omisión de considerar la cuestión esencial denunciada por la actora al contestar agravios, esto es: que la pretensión de la Fiscalía de Estado para que se autorice la celebración de la audiencia prevista en la Ley de Medioambiente ya había sido resuelta y rechazada por este Tribunal Superior y por ende agotada la jurisdicción provincial, para entender sobre el tópico.

La esencialidad de la cuestión omitida, reside en que de haberla abordado, la Alzada hubiera advertido que no podía ingresar al tratamiento de los agravios de la recurrente, pues la materia en ciernes –autorización para realizar la audiencia- ya había sido resuelta y rechazada por este Tribunal Superior mediante RI N°6943/09 y que además, la supuesta modificación de circunstancias era en verdad la desobediencia de la medida prohibitiva dictada.

Texto completo:

ACUERDO N° 20.- : En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veinte (20) días de octubre de dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada con los señores vocales doctor EVALDO D.MOYA y ALFREDO A.ELOSU LARUMBE, con la intervención de la subsecretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia en los autos caratulados: "COMUNIDAD MAPUCHE MELLAO MORALES CONTRA CORPORAC. MINERA DEL NQN. S.E. SOBRE ACCIÓN DE NULIDAD S/INCIDENTE DE ELEVACIÓN" (Expte. N° 28 - año 2012)" del Registro de la mencionada Secretaría de dicho Tribunal.

ANTECEDENTES:

A fs. 324/374 la actora –COMUNIDAD MAPUCHE MELLAO MORALES- deduce recurso de Inaplicabilidad de Ley y Nulidad Extraordinario contra la resolución dictada a fs. 313/318vta. por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén –Sala III-, que revoca el decisorio dictado por la Jueza de Primera Instancia a fs. 146/148 y deja sin efecto la prohibición dispuesta en la cautelar decretada en autos, de celebrar la audiencia pública pretendida por la Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén.

A fs. 382/385 y 386/394 respectivamente, contestan el traslado de ley, la demandada Corporación Minera del Neuquén S.E. y la Provincia del Neuquén; y a fs.425/428, a través de la Resolución Interlocutoria N° 60/14, se declara admisible el recurso de Inaplicabilidad de Ley por las causales de los incisos a) y b) del Art. 15° y el de Nulidad Extraordinario.

El Sr. Fiscal General contesta la vista a fs. 430/434. Propicia se declare la nulidad de la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones, por falta de sustento en las constancias de la causa y omisión de cuestiones esenciales oportunamente sometidas a su conocimiento.

Firme la providencia de autos, efectuado el sorteo pertinente, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia. Por lo que este Cuerpo resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES: a) ¿Resulta procedente el recurso de Nulidad Extraordinario y en el supuesto negativo, resulta procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley? b) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? c) Costas.

VOTACIÓN: Conforme el orden de sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el Dr. EVALDO D. MOYA, dijo:

I. En primer término, considero pertinente efectuar una síntesis de los extremos relevantes de la causa, de cara a la impugnación extraordinaria deducida:

1. A fs. 14/57 la actora COMUNIDAD MAPUCHE MELLAO MORALES, mediante apoderada se presenta ante el fuero civil y promueve acción de nulidad solicitando se decrete la inexistencia y subsidiariamente la nulidad del contrato de exploración con opción a compra celebrado el 3 de abril de 2007 por CORPORACIÓN MINERA DEL NEUQUÉN S.E. respecto de la mina Campana Mahuida de su propiedad ubicada en territorio de la Comunidad.

Expresa que pese al objeto del contrato (concesión de exploración con opción a compra de una mina en territorio comunitario) se omitió consultar previamente a la comunidad como lo imponen los arts. 6.1.a, 6.2, 15.2 y cctes. del Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Paises Independientes aprobado por Ley N°24.071 de jerarquía supralegal de conformidad al Art.75, Inc. 22, de la Constitución Nacional.

Además señala que el contrato concede la opción de compra previsto en el Art. 156 del Código de Minería, en oposición al Art. 75, Inc. 17, de la Constitución Nacional que establece que la propiedad comunitaria del territorio de los pueblos indígenas argentinos es no enajenable, intrasmisible e inembargable.

También que el Art. 146 y sgtes. del mismo código confiere al concesionario de minas el derecho de establecer servidumbres sobre el suelo, los caminos y las aguas del superficiario, lo que vulnera la norma constitucional citada. Pide se declare la inconstitucionalidad de ambos artículos del Código de Minería.

Solicita se decrete cautelarmente prohibición de innovar respecto de la mencionada propiedad minera.

2. El Juzgado Civil N°1 se declara incompetente y remite las actuaciones al T.S.J. (sala contencioso-administrativa), que mediante R.I.N°6941/09 del (28/09/09) se declara incompetente y remite las actuaciones para su tramitación y resolución definitiva al Juzgado Civil N°1.

Además, en la misma resolución, hace lugar a la medida cautelar de prohibición de innovar respecto de la propiedad minera que tramita ante la Dirección Provincial de Minería, por Expediente 13.595/89 "CORMINE MANIFESTACIÓN DE COBRE DISEMINADO MINA CAMPANA MAHUIDA". (El subrayado me pertenece).

Luego mediante R.I N°6943/09 (29/09/09) aclara, a pedido de la Provincia de Neuquén, que la medida dispuesta importa la imposibilidad de introducir cualquier cambio en la situación de hecho o derecho relacionada con la referida propiedad minera y que comprende la realización de la Audiencia Pública convocada para el 30 de septiembre de ese año. (El subrayado me pertenece).

3. Las demandadas CORMINE S.E. y Provincia de Neuquén" deducen recurso extraordinario, que tramita mediante expediente N° 2841/09 "CORMINE SEP Y FISCALÍA DE ESTADO S/ RECURSO EXTRAORDINARIO", el cual es declarado inadmisible mediante R.I N°141/11 del 29/03/11, conforme surge del sistema DEXTRA y certifica la actuaria).

Presentan queja ante la C.S.J.N., la que fue desestimada el 20/12/11 (según consta en www.pjn.gov.ar y certifica la Actuaria).

4. Las actuaciones son remitidas al Juzgado Civil N°1 a fín de que continúe el trámite.

5. A fs. 119/121 (el 30/11/09), la Fiscalía de Estado solicita el levantamiento de la medida de no innovar dispuesta por el T.S.J. aduce que cesaron las circunstancias que motivaron su dictado.

Sostiene que la autoridad ambiental dispuso por medio de un proveído de fecha 18/11/09, una consulta no vinculante a la Comunidad Mapuche haciéndole entrega de copia legalizada de los expedientes administrativos 4802-00001-2008 s/estudio de impacto ambiental Titular CORMINE: SEP (Emprendimientos Mineros S.A.) expediente 13595/1989 "CORMINE MANIFESTACION DE COBRE DISEMINADO MINA CAMPANA MAHUIDA" emplazándola a que en 20 días formule observaciones.

Luego afirma que habiéndose adoptado ese mecanismo de consulta previo, cuya supuesta omisión habría motivado la decisión del Tribunal de decretar la suspensión de la audiencia pública, ha desaparecido las circunstancias que motivaron su dictado y pide el levantamiento de la medida cautelar.

6. Corrido traslado a la actora, se opone y expresa que el solicitante pretende bajo el velo de "cese de circunstancias que motivaron la medida" reiterar el análisis jurídico de las circunstancias que motivaron la cautelar. Sostiene que la petición es improcedente porque el Fiscal de Estado pretende por una doble vía la revisión de la decisión adoptada por el T.S.J. Por un lado, a través del recurso extraordinario. Y por otro, y bajo la apariencia de cese de circunstancias que motivaron la cautelar, pide el levantamiento pero en realidad cuestiona la decisión que oportunamente adoptó el Tribunal Superior de Justicia.

7. La jueza de Primera Instancia rechaza lo peticionado, considera que no se advierte que hayan variado las circunstancias que se tuvieron en cuenta al momento de decretarse la medida cautelar, por cuanto la consulta no vinculante efectuada en el trámite administrativo y más allá de lo que pudiera corresponder ante la denuncia

efectuada por la actora a fs.125 (incumplimiento de la prohibición) en modo alguno altera los fundamentos y objeto que el T.S.J. tuvo en mira al decretar la medida cautelar cuyo levantamiento se pretende, esto es el mantener el statu quo existente al momento de inicio de la demanda.

8. Disconforme, la Fiscalía de Estado recurre y la Cámara de Apelaciones (Sala III) revoca la resolución dictada en Primera Instancia, dejando sin efecto la prohibición de celebrar la audiencia pública, dispuesta en la cautelar decretada por el Tribunal Superior de Justicia oportunamente.

Funda la decisión en que en las actuaciones del expediente administrativo N°4802-00001/2008 s/estudio de impacto ambiental, luego de la primigenia cautelar decretada por el T.S.J., el Subsecretario de Medioambiente de la Provincia, Sr. Ricardo Esquivel, consideró conveniente llevar adelante la consulta a la comunidad Mapuche Mellao Morales, ordenando una serie de medidas.

La Cámara considera que: "a través de estas actuaciones administrativas se ha instrumentado el procedimiento de "consulta" a la comunidad Mellao Morales. Por lo tanto independientemente de que ésta no haya asumido una participación activa en dicha oportunidad, ello de ninguna manera puede justificar mantener la prohibición de celebrar la audiencia pública consagrada por el Art.19 y siguientes de la ley 25.675."

Sostiene que si la cautelar peticionada por la Comunidad y dispuesta por el T.S.J. ha sido consecuencia principalmente de la falta de consulta, lo cierto es que la situación actual, dista mucho de la vivenciada en oportunidad de decretar la medida preventiva.

Así revoca la resolución apelada y limita el alcance y contenido de la cautelar decretada, en cuanto la misma no alcanza a paralizar el procedimiento de audiencia pública normado en el Art. 19 de la Ley Nacional del Ambiente.

Contra ese decisorio la actora deduce recursos por Inaplicabilidad de Ley por las causales previstas en el Art. 15 Incs. a), b) y c) y de Nulidad Extraordinario, en virtud del Art.18 de la ley casatoria.

II. Expuestos así los antecedentes que dan base a los recursos impetrados, corresponde ingresar al análisis de los agravios vertidos por la actora imponiéndose despejar la primer cuestión planteada y sujeta a votación, esto es, la procedencia o improcedencia del remedio de Nulidad Extraordinario.

Ello así, puesto que conforme claramente lo expone Morello, la solicitud expresa y fundada de la declaración de nulidad precede lógicamente al recurso de inaplicabilidad de ley. El éxito del primero, por regla, hace inoficiosa la consideración del segundo, puesto que de prosperar y así surgiera la ausencia de la condición "sine qua non", cual es la validez del pronunciamiento, la consideración y tratamiento del recurso de Inaplicabilidad de Ley carecería en absoluto de sustento cierto. (Confr. Acuerdo N°108/94 in re "HALCAK", Acuerdo n°117/95 in re "SOSA c/TECHINT" y Acuerdo N° 11/98 en causa "FERNÁNDEZ CARRASCO c/ALEJANDRO ALESSI", Acuerdo 04/03 en autos "FRANCO, ROSSANA C/ COOPERATIVA FRUTÍCOLA Y CONSUMO LA FLOR S.C.L. S/ ACCIDENTE LEY").

III. En este orden, al ingresar al tratamiento de los motivos de nulidad alegados por la recurrente, se advierte, luego de una detenida lectura del decisorio cuestionado, que efectivamente se ha incurrido en la causal de omisión de cuestión esencial denunciada.

Dicho vicio ha recibido consagración legislativa dentro del andarivel recursivo intentado, en tanto el artículo 18° de la Ley 1.406 declara la procedencia del recurso de Nulidad Extraordinario "cuando se hubiere omitido decidir cuestiones esenciales sometidas por las partes de modo expreso y oportuno al órgano jurisdiccional...".

Interesa destacar que se trata de la: "a) omisión en considerar y resolver ciertas cuestiones oportunamente propuestas", primer causal de arbitrariedad de la sentencia dentro de la sistematización propuesta por Genaro R. CARRIÓ en la obra El recurso extraordinario por sentencia arbitraria, (Tercera Edición Actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 57/8, 65).

Pues bien, tiene dicho este Cuerpo que no cualquier omisión acarrea la extrema sanción de nulidad, sino que debe necesariamente tratarse de una cuestión decisiva y gravitante, susceptible de influir en la decisión integral del litigio (Ac. Nros. 58/88, 166/96, entre otros), pues la obligación de resolver las cuestiones esenciales no implica la de refutar o hacerse cargo de cada uno de los argumentos de las partes (R.I. N° 70/98 del Registro de la Actuaria).

IV. Dentro de ese marco jurídico, se evidencia, tal como se adelantó, la concreción del vicio de omisión de cuestión

esencial, que la quejosa denuncia en el punto V.3.11 del escrito recursivo obrante a fs.368.

Ello así, porque en el decisorio bajo análisis se omite considerar la cuestión planteada por la actora al contestar el traslado de la expresión de agravios, en los puntos: "II.3 Improcedencia de la petición. Excepción de falta de competencia" y "II.4 Improcedencia de la petición. Exclusión de la posibilidad de duplicidad recursiva."(fs. 279/283)

En esos títulos, la actora concretamente señala que:

"el recurrente pretende, bajo el velo de "cese de circunstancias que motivaron la medida" reiterar el análisis jurídico de las circunstancias que motivaron la cautelar."

Y además sostiene que:

"el Sr. Fiscal de Estado está pretendiendo por una doble vía la revisión de la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Justicia. La primera, y que es la que corresponde procesalmente, es la vía recursiva extraordinaria, y la otra vía, que resulta improcedente, es la que ha introducido aquí, bajo la apariencia de cese de circunstancias cuando concretamente está cuestionando la decisión del Tribunal Superior de Justicia tal como expresamente lo ha manifestado."

Continúa señalando:

"Advertirá V.S. que la revisión de la decisión que suspendió la audiencia pública y su calificación como correcta o incorrecta, a esta altura del proceso excede la competencia de la justicia neuquina, ya que de conformidad con lo dispuesto por el Art. 166 del Código Procesal se agotó el conocimiento de la cuestión por parte del máximo Tribunal provincial y su revisión solo podría ser merituada – que entendemos no es el caso por no tratarse de sentencia definitiva- por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pero en modo alguno puede válidamente ser revisada materialmente dicha decisión por órgano judicial provincial alguno dado el agotamiento de la competencia ya señalado."

Efectuada una minuciosa lectura de la sentencia dictada por la Alzada surge que la única referencia que existe al escrito de contestación de agravios presentado por la actora a fs.275/296 es la siguiente:

"Corrido el pertinente traslado de los agravios, los mismos fueron contestados por la contraria solicitando su rechazo con costas."(fs.313vta. punto I. último párrafo).)

Se verifica en consecuencia que los sentenciantes de Cámara omitieron el tratamiento de la cuestión referida precedentemente.

V. Ahora bien, como ya se ha señalado, para la configuración del vicio que se denuncia, no basta con que la cuestión haya sido omitida, sino que debe tratarse de una cuestión esencial, y en el caso, efectivamente lo es, por cuanto de haber sido considerada el resultado hubiera sido diferente.

Ello así, porque efectivamente la autorización que pide la Provincia del Neuquén para la celebración de la audiencia prevista en la ley de medioambiente, y a lo que hace lugar la Cámara, es materia que ya había sido resuelta y rechazada por este Tribunal Superior de Justicia mediante RI N°6943/09, agotándose con ello la jurisdicción provincial para entender sobre el tópico.

En aquella ocasión este Cuerpo, dispuso expresamente:

"…la prohibición de innovar decretada, importa la imposibilidad de introducir cualquier cambio en la situación de hecho o derecho relacionada con la propiedad minera que tramita por Expediente 13.595/89 "CORMINE MANIFESTACIÓN DE COBRE DISEMINADO MINA MAHUIDA CAMPANA". Desde ello, es claro que, al estar la audiencia pública relacionada con dicha propiedad minera, su realización importará la alteración de las circunstancias existentes al momento del dictado de la cautelar. Por lo tanto, es claro que se encuentra abarcada por la prohibición decretada".

Cabe señalar que la prohibición de innovar es una medida cautelar que tiene por objeto impedir un cambio en la situación de hecho o de derecho, mientras dure el proceso y con miras a la eventual sentencia a dictarse.

En ese sentido, se ha dicho que "[…] constituye un arbitrio tendiente a preservar la razón de ser de la función jurisdiccional, cuyo objeto es la conservación durante el juicio del statu quo erat ante". (CSJN, 7-5-98 ED del 19-3-99, p.34, citado por ARAZI-ROJAS, Código Procesal Civil y Comercial de Nación, T.1 Pág.884).

Y en ese aspecto corresponde además enfatizar que lo que la Fiscalía de Estado denunció como una modificación de las circunstancias que dieron lugar a la medida cautelar, constituye un incumplimiento de su parte respecto de la prohibición de innovar establecida oportunamente por este Tribunal.

Ello, por cuanto el dictado del proveído de fecha 18 de noviembre de 2009 mediante el cual el Director Provincial de Medioambiente dispuso una consulta no vinculante a la Comunidad Mapuche con entrega de copias, emplazándola por 30 días para formular observaciones en el expediente vinculado a la explotación minera en cuestión, era un acto que estaba vedado por la medida de prohibición de innovar dictada por este Tribunal Superior (RI Nros. 6941/09 y 6943/09).

Así, el incumplimiento en que incurre la Provincia importa la desobediencia a la prohibición de innovar dispuesta y nunca podría ser fundamento para pedir el levantamiento de la referida cautelar.

Ello en virtud de que la medida precautoria dispuesta, reitero, "importa la imposibilidad de introducir cualquier cambio en la situación de hecho o derecho relacionada con la propiedad minera que tramita por Expediente 13.595/89 "CORMINE MANIFESTACIÓN DE COBRE DISEMINADO MINA CAMPANA MAHUIDA" y ello, claro está, hasta el dictado de la sentencia.

Como corolario de lo expuesto y de acuerdo a las constancias de la causa, entiendo que, la Cámara sentenciante incurre en la causal denunciada por la quejosa en punto a la omisión de considerar la cuestión esencial denunciada por la actora al contestar agravios, esto es: que la pretensión de la Fiscalía de Estado para que se autorice la celebración de la audiencia prevista en la Ley de Medioambiente ya había sido resuelta y rechazada por este Tribunal Superior y por ende agotada la jurisdicción provincial, para entender sobre el tópico.

La esencialidad de la cuestión omitida, reside en que de haberla abordado, la Alzada hubiera advertido que no podía ingresar al tratamiento de los agravios de la recurrente, pues la materia en ciernes –autorización para realizar la audiencia- ya había sido resuelta y rechazada por este Tribunal Superior mediante RI N°6943/09 y que además, la supuesta modificación de circunstancias era en verdad la desobediencia de la medida prohibitiva dictada.

Cabe tener presente que si bien las medidas cautelares por principio general no causan estado y son provisorias, en el caso de la medida de prohibición de innovar, el objetivo es mantener el statu quo hasta el dictado de la sentencia en la acción principal, por lo que no podía ser revocada en tanto esto último, no había aún acontecido.

Es importante destacar que la actora ya había advertido sobre esta cuestión al contestar el traslado del pedido de levantamiento de la cautelar en primera instancia, y también denunciado que la desobediencia a la medida cautelar no podía constituir fuente de su levantamiento (fs. 129/141), por lo cual tampoco la Jueza de Primera Instancia debió ingresar a la consideración de lo solicitado. Ello, reitero, por cuanto el tópico –pedido de autorización para celebrar la audiencia- ya había sido rechazado por este Tribunal.

Además cabe señalar que previo a la interposición del recurso de apelación (1/9/10) que dio lugar al fallo bajo análisis, la Fiscalía de Estado dedujo Recurso Extraordinario Federal (14/10/9), que fue declarado inadmisible mediante RI N°141/11 del 29/3/11 (fs.280/284 autos: "CORMINE SEP Y FISCALÍA DE ESTADO SOBRE RECURSO EXTRAORDINARIO EN AUTOS:"COMUNIDAD MAPUCHE MELLAO MORALES C/CORPORACION MINERA DEL NQN S.E. S/ACCIÓN DE NULIDAD" EXPTE.381249/8) y que su queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue desestimada el 20/12/11 (conforme certifica la Actuaria).

En virtud de la nulidad configurada, resulta innecesario abordar los demás motivos casatorios invocados por la quejosa, deviniendo abstracto, en consecuencia, el remedio de Inaplicabilidad de Ley deducido.

En consecuencia, corresponde declarar procedente el recurso de Nulidad Extraordinario deducido por la actora, por el motivo casatorio de omisión de cuestión esencial, previsto en el Art. 18°, de la Ley 1.406 e invalidar el pronunciamiento recurrido.

Y además, en virtud de lo anterior, declarar abstracto el tratamiento del recurso de Inaplicabilidad de Ley.

VI. A la segunda cuestión planteada, habrá de recomponerse el litigio en los términos del Art. 21° de la Ley N° 1.406, rechazando la apelación deducida por los mismos fundamentos expuestos en el acápite precedente y confirmando la solución de la Jueza de Primera Instancia en fecha 14/12/09, obrante a fs. 146/148, empero por los fundamentos

referidos supra. MI VOTO.

El doctor ALFREDO A.ELOSU LARUMBE dice: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor EVALDO D. MOYA y la solución propiciada en su bien fundado voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MI VOTO.

Sobre la base de lo expuesto, oído el Sr. Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE:

I) Declarar PROCEDENTE el recurso de Nulidad Extraordinario, deducido por la actora. En consecuencia, CASAR el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones de Neuquén obrante a fs. 313/318vta., en virtud de la causal de omisión de cuestión esencial prevista en el Art.18°, 2da parte, de la Ley 1.406. II) A la luz de lo dispuesto por el art. 21 de la Ley Casatoria, RECHAZAR la apelación deducida por la Fiscalía de Estado y CONFIRMAR el fallo dictado por el Juzgado Civil N°1 de Neuquén a fs. 146/148, empero por los fundamentos expresados en los considerandos de la presente III) Declarar ABSTRACTO el tratamiento del Recurso por Inaplicabilidad de Ley. IV) Imponer las costas de todas las instancias a cargo de la demandada (Art. 12 Ley 1.406). Regular los honorarios del Dr. ....., en el doble carácter por la actora, ante la Alzada y en la etapa casatoria por la labor desempeñada en punto a la cuestión traída en los recursos extraordinarios locales –pedido de levantamiento de la medida cautelar- en un 30 y 25%, respectivamente, de la cantidad que corresponda por la actuación en igual carácter al asumido en sendas etapas y conforme oportunamente se regule en primera instancia por la labor en dicha sede. V) Previo libramiento del oficio a la Dirección General de Administración a los fines considerados en la R.I. N° 60/14 (cfr. fs.427vta./428) se dispone la devolución del depósito obrante a fs. 401/402, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 11° del Ritual Casatorio. VI) Regístrese. Notifíquese. y oportunamente devuélvanse los autos.

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

Dr. EVALDO D.- Dr. ALFREDO.ELOSU LARUMBE

Dra. MARÍA. ALEJANDRA JORDÁN – Subsecretaria

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

"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ CARPOSTAS S.A. S/ EXPROPIACIÓN" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 157/2014) – Acuerdo: 21/16 – Fecha: 21/10/2016

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

EXPROPIACION. INDEMNIZACION. TRIBUNAL DE TASACIONES. RECURSO DE CASACION. INAPLICABILIDAD DE LEY. INFRACCION A LA LEY. LEY DE EXPROPIACION. PROCEDENCIA DEL RECURSO.

1.- Cabe casar el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones de Neuquén que otorga una indemnización mayor que la reclamada por la expropidada, pues admitir que la suma pretendida por el expropiado quede supeditada a las pruebas del juicio, tal lo expresado por la Alzada (al revocar la sentencia del A quo), es una decisión que infringe los Arts. 35, 36 y 39 de la Ley de Expropiación.

2.- Por el contrario a lo afirmado por la A quem, no caben dudas que la expropidada expresó en el convenio suscripto con la provincia, cual era el monto que pretendía, al señalar: "estima como justo precio de los inmuebles la suma total de pesos nueve

millones setecientos sesenta y un mil seiscientos noventa ($9.761.690) por la totalidad de los lotes sujetos a expropiación" (cláusula segunda). Tratándose de 336,61 hectáreas, una simple operación aritmética (336,61 x $29.000) permite concluir que el precio que la empresa expropidada reclama en su contestación de demanda es de $9.761,690. Exactamente la misma suma que pretendía en el acuerdo celebrado con la Provincia un mes antes del inicio de las actuaciones judiciales (cláusula segunda). Por ello, la interpretación que hace la Jueza de Primera Instancia sobre la suma pretendida por la expropiada resulta ajustada a la normativa aplicable –Arts.35 y 36- en el marco de este proceso expropiatorio y es el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones el que infringe el Art. 35 de la L.E. Luego, se evidencia que los jueces de Alzada condenan a indemnizar a la expropiada en la suma de $22.721.175, cifra muy superior a la pretendida por la parte, en infracción al límite establecido en el Art.39 de la Ley 804 ("en la sentencia no podrá condenarse una indemnización que sea superior a la reclamada.").

Texto completo:

ACUERDO N°: 21.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veintiún (21) días de octubre de dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada con los señores vocales doctores OSCAR E. MASSEI y RICARDO T.KOHON con la intervención de la Subsecretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia en los autos caratulados: "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/CARPOSTAS S.A. S/ EXPROPIACIÓN" (Expte. N° 157 - año 2014) del Registro de la Secretaría actuante.

ANTECEDENTES: A fs. 532/552vta. la actora interpone recursos de Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de Ley contra el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de ésta ciudad –Sala II-, obrante a fs.511/527vta., que hace lugar al recurso de apelación y revoca parcialmente el fallo de Primera Instancia de fs.473/477vta.

A fs.556/570 contesta la demandada. A fs.581/583, previa notificación al Sr. Fiscal General, se declaran admisibles los recursos de Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de Ley, mediante Resolución Interlocutoria N° 238/15.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia. Por lo que este Cuerpo resuelve plantear y votar las siguientes

CUESTIONES: a) ¿Resulta procedente el recurso de Nulidad Extraordinario? b) En caso negativo, ¿resulta procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido? Y en la hipótesis afirmativa, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? c) Costas.

VOTACIÓN: Conforme el orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el Dr. OSCAR E. MASSEI dice:

I. Que a los fines de lograr una mejor comprensión de la materia traída a conocimiento de este Cuerpo, realizaré una síntesis de los antecedentes relevantes de la causa.

1. La Provincia del Neuquén interpone demanda requiriendo la expropiación de dieciséis inmuebles, ubicados en la Sección Primera, Departamento Confluencia, que son parte del lote oficial designado en el plano de la Provincia con el número veintidós. conforme detalle que efectúa en el escrito (fs. 111/113vta.).

Relata que los bienes objeto de la presente fueron declarados de utilidad pública y sujetos a expropiación mediante el dictado de las Leyes 2.427/03 y 2657/09 y que los decretos N°643 del 2005 y 2214 del 2010 ratificaron dicho acto expropiatorio.

Asimismo, refiere haber suscripto con la empresa titular de los inmuebles un convenio expropiatorio en el Expte. Administrativo N°4700-000689/09 –fs.86-, solicitando su homologación, previa constatación de los recaudos legales.

Explica que tal como surge del acuerdo, la Provincia inició los Expedientes Administrativos N°2312-12278/03 y 4700-000689/09 a fin de proceder a la expropiación de las tierras declaradas de utilidad pública, realizándose la tasación mediante el Tribunal de Tasaciones en la Reunión N°321 del 27/11/09, en un valor total de $2.358.802 por las 336,61 hectáreas pertenecientes a la expropiada.

Además, expresa que se compromete a depositar dicha suma, mediante cuatro depósitos de $586.700,50 a efectuarse en una cuenta judicial.

Ofrece prueba, y solicita que se haga lugar a la demanda y se ordene la inmediata posesión de los bienes a su parte con su consecuente transferencia dominial. Solicita que en caso de oposición se impongan costas por su orden.

Adjunta constancia de boleta de depósito por la suma de $589.700,50 en concepto de primer cuota del acuerdo pactado (fs.114/115).

2. A fs.120/121vta. se presenta la demandada CARPOSTAS S.A., contesta demanda, se allana al planteo central y reconoce el convenio suscripto entre las partes.

Empero niega e impugna el precio fijado por el Tribunal de Tasaciones de la Provincia de Neuquén, por considerarlo menor al real.

Afirma que en ese sector rural de Senillosa el valor de la hectárea de tierra ronda entre $25.000 y $29.000 contrariamente al valor de $7.000 que estableciera el mencionado tribunal.

En consecuencia, expresa que pretende el pago de la suma mayor que resulte de la prueba de tasación que solicita.

Acepta el pago de las cuotas como a cuenta del mayor valor real de la tierra.

En cuanto a la posesión solicitada por la expropiante, sostiene que el predio está en manos de usurpadores, tramitando una acción de reivindicación.

No obstante lo cual autoriza el ingreso y la toma de posesión por parte de la expropiante a partir del depósito de la primera cuota.

Solicita se tenga presente la impugnación del precio determinado por el Tribunal de Tasaciones y se fije conforme lo que resulte de la pericial de tasación que se realice en autos.

3. Se abre la causa a prueba a fs.196/vta., y una vez producida se clausura la etapa.

4. A fs.473/477vta. se dicta sentencia haciendo lugar a la demanda, fijando en concepto de justo precio y como indemnización la suma de $9.761.690 a la que deberá descontar la suma de $2.358.802,00 ya percibida, con lo cual la Provincia del Neuquén debe abonar a CARPOSTAS S.A. la suma de $7.402.888,00 con más intereses en el plazo de 60 días. Asimismo resuelve imponer las costas a la parte actora y determina la base regulatoria en la diferencia entre la suma fijada en la sentencia y la ofrecida por la actora.

Para así decidir, la judicante señala que si bien obran en autos informes valuatorios presentados por el tribunal de Tasaciones y por el perito tasador designado, cobra suma relevancia el Convenio de Expropiación suscripto por las partes el 16 de noviembre de 2010, incorporado por la actora a fs.106/vta. y reconocido por la demandada.

Señala que del acuerdo se desprende la oferta de un monto inicial por parte de la Provincia de Neuquén en concepto de indemnización de $2.358.802,00 rechazado por la demandada, que reclama la suma de $9.761.690.00.

La Jueza afirma que con respecto a los recaudos formales previstos por la Ley 804, considera la estimación del monto indemnizatorio efectuado por la parte demandada en el convenio en cuestión como cumplimiento del requisito establecido en el Art.35, Inc. 5, en tanto en el escrito de contestación omitió expresarse sobre el particular.

Luego analiza la pericia de tasación y señala que no pueden tomarse muchos de los factores que en términos generales o potenciales dio el tasador.

Por ejemplo los valores comparativos remarcados a fs.441/442, por la falta de datos de precios o superficie y la falta de acreditación de que se trate de inmuebles en las mismas condiciones que los que son objeto de la expropiación, sumado a la falta de fundamento y datos en referencia a factores o causas de valoraciones mencionadas a fs.417.

Agrega que el perito al responder las impugnaciones, reiteró datos aportados en la pericia agregando detalles relativos a las características y rendimientos del suelo.

Dice que el perito no ha dado bases, pautas, parámetros que aparezcan como serios y comprobables con los restantes

elementos arrimados, como para poder dar pleno valor probatorio a su dictamen.

Por otro lado, afirma que al sancionarse las leyes 2.427 y 2.657 se señala que el objeto de la expropiación es promover y desarrollar nuevos emprendimientos rurales y poner en producción tierras con aptitud agrícola y si bien esa aptitud se tiene en cuenta para la fijación del valor de la tierra, no puede constituir único elemento o pauta de la tasación.

Y dice que en el caso, los parámetros descriptos por el perito para sustentar el valor dado, no configuran elementos de juicio que permita concluir en la adecuada aplicación al caso del valor dado por el tasador. Y que el experto no ha sido claro ni descriptivo para explicar qué estudio de mercado realizó y qué método de tasación empleó para establecer el valor dado.

Por otro lado señala que teniendo en cuenta el objetivo y fundamento de la expropiación, aparece como incongruente la valuación del inmueble dada por el Tribunal de Tasaciones en su dictamen de fs.247/287, en la que establece la ineptitud de algunos lotes para ser explotados agrícolamente, incurre en excesos al momento de aplicar el método comparativo, ya que traza una analogía sobre la base de otros inmuebles teniendo en cuenta variables tales como "utilidades de negocio" o "inversiones necesarias", contrariando lo normado por el Art.17 de la ley 804.

Luego, manifiesta que no obstante lo expuesto, el convenio suscripto por las partes sella la suerte del caso, en tanto conforme el Art.39 de la L.E. no podrá ordenarse una indemnización superior a la reclamada y conforme lo expuesto dicha suma asciende a $9.761.690 por ser la considerada por la expropiada al momento de suscribir el acuerdo.

Expresa que al haber considerado el expropiado un mes antes del inicio del litigio la suma antes dicha como justa a los fines de indemnizar la desposesión por expropiación, más allá del resultado de la pericial de tasación, considera ajustado a derecho, establecer en forma definitiva el precio objetivo de la totalidad de los bienes expropiados, respetando la exigencia constitucional de que aquella sea justa.

En consecuencia determina el quantum indemnizatorio en la suma de $9.761.690,00. Y condena a la Provincia del Neuquén a abonar la suma de $7.402.888,00 diferencia que resulta de la suma determinada y a la efectivamente percibida por la demandada de $2.358.802 conforme los depósitos y extracciones que constan en autos.

Impone las costas a cargo de la actora de conformidad al Art. 41 de la Ley 804.

5. A fs.493/500vta. la expropiada apela el decisorio, disconforme con el valor indemnizatorio determinado.

Concretamente se agravia porque la Jueza soslayó la pretensión de CARPOSTAS S.A. en cuanto al "[…] pago de la suma mayor que resulte de la prueba de tasación que a continuación se solicita" (fs.120vta. pto.2.2).

Estima que la pericia obrante a fs.415/445 que fija un monto superior al concedido en autos, está dotada de suficientes elementos de convicción, técnicamente correctos de los que el Juez no puede apartarse sin fundamentación suficiente.

Solicita se revoque parcialmente la sentencia y se fije el monto indemnizatorio en la suma de $22.721.175 más intereses y costas.

6. A fs.503/509 la actora contesta el traslado de los agravios, solicita se rechace la apelación y se confirme la sentencia de primera instancia.

7. A fs.511/527vta. la Cámara de Apelaciones dicta sentencia, haciendo lugar al recurso, revocando parcialmente el decisorio dictado en cuanto a la suma dispuesta, determinando el precio a abonar por la actora en $22.721.175, debiendo restarse la suma de $2.358.802,

Asimismo deja sin efecto la regulación de honorarios. Fija los honorarios del Dr. Luis Arellano en el doble carácter por la demandada en la suma de $3.500.000 y los del Perito Tasador César Arce en la suma de $400.000.

Sostiene que el Art.36 de la Ley 804, señala que la falta de cumplimiento con los requisitos establecidos para el responde, dará lugar a que el Tribunal supla los defectos u omisiones –aun de oficio- e implicará para el responsable el soportar las costas en el orden causado, en caso de resultar vencedor en el pleito.

Empero, entiende que la modalidad escogida por la Jueza de grado para dar por cumplido el requisito resulta improcedente en el marco de este proceso judicial. La considera extemporánea, porque dice que no fue advertida oportunamente por el Juzgado ni por la actora y que el momento del dictado de la sentencia aparece procesalmente inadecuado, pues veda cualquier alegación al respecto.

Estima que si bien los artículos mencionados se relacionan con el Art.39 que dispone que en la sentencia no podrá ordenarse una indemnización que sea superior a la reclamada, si no hubo manifestación expresa de voluntad del expropiado para requerir una suma concreta, integrar esa omisión con una declaración extraprocesal se presenta como un exceso jurisdiccional.

Así considera arbitrario el razonamiento de la jueza de Primera Instancia que toma como justa, la suma acordada por la expropiada en el convenio suscripto un mes antes de la demanda y lo establece como determinación del precio objetivo.

Destaca que al contestar demanda la expropiada afirma que el valor de la tierra ronda entre $25.000 y $29.000, contrariamente al valor de $7.000 que establece el Tribunal de tasación, solicita se designe perito tasador a fin de que determine el valor real y actual.

Concluye que es posible dictar sentencia sin sujeción a la suma expresada en el procedimiento administrativo y sin que importe una violación a lo dispuesto en el Art.39 de la ley.

Desestima los reparos de la actora respecto del informe pericial de tasación y que recoge la sentencia al señalar que no se individualizan los emprendimientos productivos e industriales que actuarían como factor de valorización no son tales porque la existencia de los mismos se encuentra en los fundamentos de las leyes expropiatorias.

Destaca que la Ley 2427 en su artículo 1° declara la utilidad pública y sujetas a expropiación las fracciones de tierra rural y que el objeto es poner en producción tierras con aptitud agrícola, adjudicándolas para proyectos productivos. Y similares expresiones de la ley 2657, que señala que el objeto es garantizar la continuidad de los microemprendimientos agrícolas y ganaderos existentes en las tierras citadas y promover y desarrollar nuevos emprendimientos.

En consecuencia, entiende que no puede la Provincia, al momento de poner en valor esa tierra para indemnizar al expropiado, actuar como si ello no existiese.

Y afirma que igual reproche cabe para la sentencia.

Luego manifiesta que el análisis de la pericia de tasación a la luz de las reglas de la sana crítica la lleva a compartir sus conclusiones.

Explicita irregularidades formales del dictamen del Tribunal de Tasación y se inclina por el valor que propone el martillero Arce.

Revoca parcialmente la sentencia de grado y determina el precio a abonar en la suma de $22.721.175.

8. La actora interpone recurso de Nulidad Extraordinario por incongruencia -Arts. 18 de la Ley 1.406- e Inaplicabilidad de Ley -Art. 15° Incs. a) y b), de la misma norma- a fs.532/552vta.

Alega gravedad e interés institucional y necesidad de unificar jurisprudencia.

Señala que por existir jurisprudencia contradictoria entre las diferentes salas de la Cámara de Apelaciones de Neuquén, se justifica la apertura de la instancia.

Precisa que existe contradicción entre lo resuelto por la Sala II y los fallos dictados por las Salas I y III de la Cámara de Apelaciones de Neuquén, respecto de la interpretación de los Arts.35 y 39 de la Ley 804.

Por la vía del recurso de Inaplicabilidad de Ley denuncia que el fallo ha violado, aplicado e interpretado erróneamente la ley, concretamente los Arts. 17, 35, 36 y 39 de la Ley 804.

Sostiene que infringe los citados Arts. 35 y 39 dado que el expropiado reclamó un monto de $9.761.690 y la sentencia le otorgó la suma de $22.721.175.

Destaca que la norma del Art.35 es clara en cuanto a que la determinación del precio por el expropiado debe ser expresa y precisa y que no puede sujetarse a la fórmula "lo que en más o en menos" resulte de la prueba o pericia a practicarse.

Por otro lado, expresa que el valor de un inmueble es determinado o fácilmente determinable y que no existe ningún argumento relevante para obviar la aplicación de la Ley y que la Alzada no aportó ningún elemento jurídicamente relevante para justificar tal omisión y apartarse del criterio esgrimido uniformemente por la sala I y II de la misma Cámara.

Denuncia que la sentencia viola e interpreta erróneamente el Art.35 que impone la carga procesal en cabeza del

expropiado consistente en fórmular: "expresión concreta y exacta de la suma que pretende el sujeto expropiado en concepto total de indemnización" y el Art.39 que dispone: "en la sentencia no podrá ordenarse una indemnización que sea superior a la reclamada".

Sostiene que en el caso, el limite indemnizatorio estaba dado por la estimación del expropiado y que la A quo fijó el monto indemnizatorio conforme la suma pretendida por CARPOSTAS S.A.

Refiere que el acuerdo suscripto por las partes en su cláusula tercera establecido que la intervención judicial tendría como fin determinar cuál de los dos valores –el ofrecido por la expropiante y el pretendido por la expropiada- sería el monto indemnizatorio.

Denuncia que la Cámara omite analizar el escrito de contestación de demanda de CARPOSTAS S.A. en el cual expresamente refiere: "Afirmo que en ese sector rural de Senillosa el valor de la hectárea de tierra ronda entre $25.000 y $29.000 contrariamente al valor de $7.000 que estableciera el mencionado tribunal "(textual fs.120vta.).

Expresa que la accionada solicitó no solo en el acta acuerdo sino también en el escrito de contestación de demanda la suma de $29.000 por hectárea que multiplicado por 336,61 hectáreas hace un total de $9.761.690.

Señala que la demandada no alegó la inconstitucionalidad del Art.39 de la Ley 804 por lo que no puede pretender que la norma no sea aplicada.

Así, sostiene que la sentencia determinó un precio indemnizatorio superior al peticionado por la expropiada, en violación a los Arts. 35 y 39 de la Ley 804.

También señala que el decisorio interpreta y aplica erróneamente el Art.36 de la ley 804.

Aclara que desde su punto de vista la demandada determinó el valor correspondiente a la indemnización en el convenio homologado y al contestar la demanda en este proceso.

Empero, sostiene que en la hipótesis dada por la Cámara, las costas debieron ser impuestas a CARPOSTAS S.A., conforme lo establecido por el Art.36 que dice la falta de cumplimiento con los requisitos establecidos en el responde, da lugar a que el tribunal supla los defectos u omisiones –aun de oficio- e implicará para el responsable soportar las costas en el orden causado, en caso de resultar vencedor del pleito.

Luego, afirma que el fallo recurrido viola la Ley 804 en su Artículo 17, que establece que el valor de los bienes debe estimarse por el que hubieran tenido si la obra no hubiese sido ejecutada ni aún autorizada. Y ello porque la decisión de la Cámara es totalmente contradictoria con dicha normativa ya que expresa que a los fines de determinar la indemnización corresponde tener especialmente en cuenta los destinos de la expropiación y la potencial aptitud agrícola del inmueble.

Sostiene que en la sentencia no se atendió al valor objetivo del bien, sino que se tomó como válido un dictamen pericial oportunamente impugnado por no respetar los conceptos de la ley de expropiaciones y que fundamenta el valor otorgado en clara contradicción a lo establecido en el Art.17 y que tampoco se tomó en cuenta el valor que tenía el predio a la fecha de la desposesión.

Afirma que la Cámara concede una indemnización teniendo en cuenta el mayor valor que el dictado de las Leyes 2.427 y 2.657 le otorgan al bien y que sin las mismas no tendría. Y además le da mayor valor en virtud de las canteras de áridos que el perito refiere posee el bien, pero que al no estar explotados necesariamente convierte en una indemnización por lucro cesante lo cual está prohibido por la ley.

Luego funda el recurso de Nulidad Extraordinario en la causal del Art.18 y denuncia incongruencia.

Señala que de conformidad a los Arts.35 y 39 de la Ley 804, el expropiado reclamó un precio de $9.761.690 y la sentencia le otorgó la suma de $22.721.175 es decir aproximadamente un 150% más de lo peticionado, lo que la torna incongruente.

Sostiene que en la garantía de defensa en juicio esta ínsito el deber de la jurisdicción de respetar los límites subjetivos, objetivos y causales de las pretensiones y defensas y de ahí que la Corte refiere a la congruencia como un principio procesal pero de raigambre constitucional.

Afirma que en el caso, la Cámara se pronuncia excediendo el límite de la pretensión de la parte actora al contestar la demanda.

Formula reserva del caso federal.

9. Corrido traslado a la demandada, contesta a fs.556/570 y solicita el rechazo de los recursos extraordinarios deducidos.

Dice que el recurso de Nulidad debe ser desestimado porque entiende que no existe incongruencia entre lo peticionado y lo fallado. Sostiene que la expropiante peticionó que se practique tasación por el Tribunal de Tasaciones y por perito tasador y que su parte solicitó se determine el valor real y actual de las 336,61 hectáreas.

Expresa que ambas partes estaban contestes en cumplir con la cláusula 3° del convenio que implicaba un acuerdo mutuo en diferir la fijación del valor del inmueble a las resultas de la prueba a producirse en el juicio de expropiación.

También solicita el rechazo del recurso por Inaplicabilidad de Ley por considerar que el decisorio dictado por la Alzada no viola los Arts. 17, 35, 36 y 39 de le Ley 804.

Respecto del Art.17 señala que se trata de tierras que eran productivas desde antes del dictado de las Leyes 2.427 y 2657.

Afirma que el valor de las tierras en Senillosa no ha aumentado por el dictado de las leyes, sino que la propiedad inmobiliaria en toda la provincia de Neuquén viene aumentado sensiblemente por la actividad económica y las riquezas provenientes del petróleo y el gas.

Señala que es falaz la afirmación de inclusión de lucro cesante en el valor indemnizatorio fijado por la consideración expresa de la existencia de una cantera de áridos.

En relación a los Arts.35 y 39 de la Ley 804, sostiene que la argumentación de la actora privilegia las formas sobre el fondo y que la Constitución nacional establece el derecho a la propiedad privada y la consecuente indemnización justa y previa en caso de expropiación.

Expresa que la sentencia dictada por la Cámara ha valorado las normas de la Ley 804 siguiendo la más adecuada interpretación y aplicación según las circunstancias del caso concreto, que tiene características distintas de un típico juicio de expropiación, atento el convenio suscripto previamente por las partes.

10. A fs.581/583. mediante Resolución Interlocutoria N°238/15 se declara la admisibilidad de los recursos deducidos.

II. Ingresando en el examen del recurso de Nulidad Extraordinario, y a poco de ahondar en la queja vertida mediante esta vía, se evidencia que la impugnación formulada se encuentra estrechamente vinculada con las argumentaciones esgrimidas al sustentar el carril de Inaplicabilidad de Ley.

Por ello, advirtiendo que los agravios expuestos por la recurrente pueden hallar un adecuado tratamiento y respuesta jurisdiccional a través del último recurso nombrado, en virtud de lo prescripto por el Art. 19 de la Ley 1.406, corresponde, a mi juicio, desestimar el remedio de Nulidad Extraordinario. (Acuerdo 7/14 del Registro de la Actuaria).

III. Sentado lo precedente, cabe analizar si en el fallo en crisis se evidencian los vicios de violación, aplicación e interpretación errónea de los Arts. 17, 35, 36 y 39 de la Ley 804, denunciados por la actora, a través de las causales previstas en el Art. 15°, Incs. a) y b), de la Ley 1.406.

En primer lugar, es oportuno señalar –como lo hice al emitir mi voto en Ac.15/15- que la Ley 804 que regula el régimen de la expropiación, establece en su título quinto, capítulo segundo, el procedimiento judicial que corresponde seguir -entre otros supuestos- cuando las partes no hubieren llegado a un acuerdo en las gestiones administrativas -Art. 32, Inc. 1-.

Se trata de un conjunto de normas de procedimiento especiales que rigen el trámite de los juicios de expropiación, como se explicita en el artículo 33:

"Todos los juicios de expropiación se tramitarán por el procedimiento previsto en la presente ley y –supletoriamente- por las disposiciones del Código de Procedimientos Civil y Comercial, para los juicios ordinarios".

En efecto, el legislador ha previsto para el proceso de expropiación disposiciones especiales –diferentes a las del ritual civil-, relativas a la demanda, contestación, consecuencias en el caso de incumplimiento de los requisitos legales, sentencia, imposición de costas y regulación de honorarios.

Se constituye así, un régimen de normas procesales específicas para el trámite de los juicios de expropiación, cuyo objetivo tiende a que expropiante y expropiado procuren arribar a un acuerdo en la instancia administrativa, a la

equidad de las prestaciones, y a que llegado el pleito a la instancia judicial exista mesura en las pretensiones.

Ahora bien, el presente no es un caso de falta de acuerdo en las gestiones administrativas. Por el contrario, el proceso judicial se inicia el 7/12/10 en cumplimiento del convenio suscripto el 16/11/10 por la PROVINCIA DEL NEUQUÉN y CARPOSTAS S.A. -aprobado mediante el Decreto N°2214/10 del Gobernador de la Provincia de Neuquén el 15/11/10- y mediante el cual la expropiada se notificó de la expropiación de los inmuebles, consintió la vigencia de la utilidad pública y manifestó conocer la vigencia y alcances de las leyes 2427 y 2657 (fs.106/vta.).

Además, y lo que resulta central para dilucidar la cuestión que se examina en esta instancia extraordinaria, las partes acordaron en las cláusulas segunda y tercera, lo siguiente:

"SEGUNDA: En virtud de la valuación efectuada por el Tribunal de Tasaciones y en el marco establecido por el art. 25 de la ley de expropiación, LA PROVINCIA ofrece en concepto de indemnización por los lotes identificados en la cláusula primera, la suma de PESOS DOS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS DOS ($2.358.802), la cual es rechazada por CARPOSTAS S.A. quien estima como justo precio de los inmuebles la suma total de PESOS NUEVE MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y UN MIL SEISCIENTOS NOVENTA ($9.761.690) por la totalidad de los lotes sujetos a expropiación.

TERCERA: Que sin perjuicio de ello, CARPOSTAS S.A. acepta la suma ofrecida por LA PROVINCIA como pago a cuenta del total del importe reclamado, el cual será determinado en sede judicial mediante la presentación conjunta o separada de la pertinente demanda de expropiación, la cual tendrá como único fin determinar el mayor o menor valor de los inmuebles objeto de la expropiación".

Al contestar demanda, a fs.120vta. CARPOSTAS S.A. reconoce expresamente el convenio suscripto con la PROVINCIA DEL NEUQUÉN:

"Reconozco la totalidad de la documentación acompañada, en particular el convenio suscripto entre las partes". y manifiesta:

"Niego e impugno el precio fijado por el Tribunal de Tasaciones de la Provincia por bajo"

"Afirmo que en ese sector rural de Senillosa el valor de la hectárea de tierra ronda entre $25.000 y 29.000 contrariamente al valor de $7.000 que estableciera el mencionado Tribunal".

"Por ello CARPOSTAS S.A no acepta el valor de pesos dos millones trescientos cincuenta y ocho mil ochocientos dos ($2.358.802) como total y cancelatorio de las 336,61 hectáreas, pretendiendo el pago de la suma de mayor valor que resulte de la prueba de tasación que a continuación se solicita".(el subrayado me pertenece).

Es importante tener presente que el convenio de fs.106/vta. constituye el antecedente inmediato anterior de este proceso expropiatorio, mediante el cual la partes acuerdan presentarse en sede judicial para determinar el valor de los inmuebles objeto de la expropiación en función de que la Provincia del Neuquén ofrecía $2.358.802 y CARPOSTAS S.A. pretendía $9.761.690.

Es en este singular marco, que corresponde dilucidar si se evidencian en el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones, los vicios denunciados.

a) Cabe en primer lugar, analizar la queja del recurrente referida a la infracción del Art. 35, de la Ley 804, dispositivo que impone al expropiado la carga de expresar en su responde la concreta y exacta suma que pretende en concepto total de indemnización (inciso 3ero.).

El ordenamiento ritual especial para procesos de expropiación (Ley 804, título quinto, capítulo segundo) establece que además de los requisitos previstos por el C.P.C. y C., la demanda y contestación deben cumplir con los establecidos en sus Arts. 34 y 35, sin excepciones.

El Artículo 35 reza: "CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: Sin perjuicio de las exigencias establecidas en el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial para la contestación de la demanda, ésta deberá contener los requisitos que se enumeran a continuación: ...3) Expresión concreta y exacta de la suma que pretende el sujeto expropiado en concepto total de indemnización...]"

Resulta incontrastable que tanto los términos escogidos por el legislador (concreta, exacta, concepto total), como el sentido integral de la frase, indican que el escrito de responde en el juicio de expropiación, debe contener el monto

preciso que el expropiado pretende que se le pague, sin que se admitan excepciones.

Por tanto, se trata de una cifra precisa de dinero que el demandado reclama como total, única indemnización y esa pretensión, así cuantificada tiene un efecto vinculante e inmodificable. Tal es la inteligencia del recaudo previsto por el Art. 35, Inc.3), de la Ley 804.

Cabe destacar que la regla se inscribe en un procedimiento especial, que prevé en su Artículo 36 al disponer: "La falta de cumplimiento con los requisitos establecidos para el responde, dará lugar a que el Tribunal supla los defectos u omisiones –aun de oficio- e implicará para el responsable el soportar las costas en el causado, en caso de resultar vencedor en el pleito."

A su vez, la correcta interpretación del Art. 35 armoniza con el Artículo 39 que establece que en la sentencia "no podrá ordenarse una indemnización que sea superior a la reclamada."

Y con el Artículo 41 que prescribe que las costas: "… Serán por su orden si el expropiado hubiere contestado la demanda, sin estimar el valor del bien expropiado. Las costas serán exclusivamente a cargo del expropiado, cuando el monto indemnizatorio, fijado en la sentencia definitiva y firme, resulte inferior al reclamado y sostenido por el mismo durante el trámite…, y, en especial, ante el Tribunal de Tasaciones si hubiera actuado en el mismo por sí o por su representante…."

Surge con claridad que el recaudo del Art.35, Inc.3° es un elemento esencial de la normativa procesal establecida por la Ley 804 para el juicio de expropiación.

En efecto, se trata de un régimen especial, que clausura toda posibilidad de admitir en el proceso de expropiación la frase "lo que en más o en menos surja de la prueba a producirse en autos…".

Y es que justamente el requisito que el responde debe cumplir, esto es contener: "la expresión concreta y exacta de la suma que pretende el sujeto expropiado en concepto total de indemnización", es diametralmente opuesto a dejar el monto del reclamo sujeto al resultado de las pruebas a producirse.

Así pues, la referida expresión -de uso frecuente en los procesos civiles-, es improcedente en el proceso expropiatorio que se rige por su normativa específica.

Por ello, desde ya adelanto que admitir que la suma pretendida por el expropiado quede supeditada a las pruebas del juicio, tal lo expresado por la Alzada (al revocar la sentencia del A quo), es una decisión que infringe los Arts. 35, 36 y 39 de la Ley de Expropiación.

La infracción se evidencia –entre otras- en las siguientes expresiones:

"[…] Sin embargo, si no hubo manifestación expresa de la voluntad por parte del expropiado en requerir una suma concreta, integrar esa omisión con una declaración extraprocesal respecto de la cual las partes no tuvieron posibilidad de argumentar, se presenta como un exceso jurisdiccional."

"De la lectura de los párrafos que anteceden es claro que la demandada nunca manifestó su voluntad en el sentido que interpretara la sentenciante, pues aun siendo cierto que no formuló en su responde la expresión concreta de una cifra, si cabe tener por manifestado asertivamente –sin dudas- que sujetó el precio a lo que resultara de la prueba que ofreció […]"

Pues bien, por el contrario a lo afirmado por la A quem, no caben dudas que CARPOSTAS S.A. expresó en el convenio suscripto con la PROVINCIA DEL NEUQUEN, cual era el monto que pretendía, al señalar: "estima como justo precio de los inmuebles la suma total de pesos nueve millones setecientos sesenta y un mil seiscientos noventa ($9.761.690) por la totalidad de los lotes sujetos a expropiación" (cláusula segunda).

Y que en la cláusula siguiente manifestó: "acepta la suma ofrecida por LA PROVINCIA como pago a cuenta del total del importe, el cual será determinado en sede judicial mediante la presentación conjunta o separada de la pertinente demanda de expropiación, la cual tendrá como único fin determinar el mayor o menor valor de los inmuebles objeto de la expropiación" (cláusula tercera).

Que tal aseveración es coincidente y se ve corroborada con lo expresado en la contestación de demanda: "Afirmo que ese sector rural de Senillosa el valor de la hectárea de tierra ronda entre $25.000 y $29.000 contrariamente al valor de $7000 que estableciera el mencionado tribunal" (fs.120vta.).

En efecto, tratándose de 336,61 hectáreas, una simple operación aritmética (336,61 x $29.000) permite concluir que el precio que CARPOSTAS S.A. reclama en su contestación de demanda es de $9.761,690. Exactamente la misma suma que pretendía en el acuerdo celebrado con la PROVINCIA DEL NEUQUÉN un mes antes del inicio de las actuaciones judiciales (cláusula segunda).

Por ello, la interpretación que hace la Jueza de Primera Instancia sobre la suma pretendida por la expropiada resulta ajustada a la normativa aplicable –Arts.35 y 36- en el marco de este proceso expropiatorio y es el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones el que infringe el Art. 35 de la L.E.

Luego, se evidencia que los jueces de Alzada condenan a indemnizar a la expropiada en la suma de $22.721.175, cifra muy superior a la pretendida por la parte, en infracción al límite establecido en el Art.39 de la Ley 804 ("en la sentencia no podrá condenarse una indemnización que sea superior a la reclamada.").

Conforme el análisis precedente, deviene innecesario el tratamiento del agravio referido al Art. 17 y la pericia de tasación.

Que en consecuencia, y dado que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, de la que no cabe apartarse cuando ella es clara (cfr. FALLOS: 314:1018; 315:1256), resulta procedente el recurso casatorio, al haber decidido la Cámara de Apelaciones en infracción a los Arts. 35, 37 y 39 de la Ley 804, por lo que corresponde CASAR el pronunciamiento dictado a fs.511/527vta. (Art. 17 Ley 1.406), debiendo desestimarse el recurso de nulidad (Art.19 de la Ley 804), conforme lo considerado ab initio.

IV. Que en función de lo expuesto, corresponde recomponer el litigio en los términos del Art. 17°, Inc. c), de la Ley Casatoria, y por los argumentos expuestos supra, confirmar el fallo dictado por la Jueza de Primera Instancia, rechazando la apelación deducida por la demandada cuyos agravios obran a fs.493/500vta.

En cuanto a la apelación de honorarios deducida por el Dr. LUIS OSVALDO ARELLANO, por su propio derecho a fs.482, corresponde su rechazo, en virtud de que la regulación es ajustada a las normas establecidas en los Arts. 6, 7, 10, 29 de la Ley 1.594 y 41 Ley 804.

V. A la tercera cuestión planteada, en función de lo resuelto, corresponde imponer las costas de todas las instancias a cargo de la expropiante (Art. 41, primer párrafo Ley 804, reformada por Ley 971).

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo:

I) Declarar IMPROCEDENTE el recurso de Nulidad Extraordinario y PROCEDENTE el recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido por la actora. En consecuencia, CASAR el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones de Neuquén obrante a fs. 511/527vta., por infracción a los Arts. 35, 36 y 39 de la Ley 804. II) Recomponer el litigio en los términos del Art. 17, Inc. c) de la Ley 1.406 mediante la confirmación en un todo del fallo de Primera Instancia obrante a fs.473/477vta., por los fundamentos expuestos en la presente. III) Disponer la devolución del depósito efectuado a fs.553 y fs.574. IV) IMPONER las costas de todas las instancias a cargo de la expropiante (Art. 41 primer párrafo de la Ley 804, reformada por Ley 971). V) REGULAR los honorarios del Dr. ..... -en el doble carácter por la demandada- ante la Alzada y en la etapa casatoria en un 30 y 25%, respectivamente, de la cantidad que corresponde por la actuación en idéntico carácter en Primera Instancia (Art. 15°, 29 de la Ley Arancelaria y 41 de la Ley 804). MI VOTO.

El señor Vocal doctor Ricardo T.KOHON dice: Coincido con los argumentos expuestos por el doctor Oscar E. MASSEI, así como también con las conclusiones a las que arriba en su voto. ASÍ VOTO.

Sobre la base de lo expuesto, por unanimidad, SE RESUELVE: I) Declarar IMPROCEDENTE el recurso de Nulidad Extraordinario y PROCEDENTE el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la actora. En consecuencia, CASAR el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones de Neuquén obrante a fs.511/527vta., por infracción a los Arts.35, 36 y 39 de la Ley 804. II) Recomponer el litigio en los términos del Art. 17, Inc. c) de la Ley 1.406; mediante la confirmación en un todo el fallo dictado por Primera Instancia obrante a fs.473/477vta. III) Disponer la devolución del depósito efectuado a fs.553 y fs.574 por la suma de $8.851 (Art. 11 de la Ley Casatoria). IV) IMPONER las costas de todas las instancias a cargo de la expropiante (Art. 41 primer párrafo de la Ley 804, reformada por Ley 971). V) REGULAR los honorarios del Dr. ..... -en el doble carácter por la demandada- ante la Alzada y en la etapa casatoria en un 30 y 25%, respectivamente, de la cantidad que corresponde por la actuación en idéntico carácter en Primera Instancia (Arts.

15°, 29 de la Ley Arancelaria y 41 de la Ley 804). VI) Regístrese. Notifíquese y oportunamente vuelva a origen.

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

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

Dra. MARIA ALEJANDRA JORDÁN - Subsecretaria

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

"A.C.U. de N. C/ BANCO PROVINCIA DEL NEUQUÉN S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 152/2012) – Acuerdo: 22/16 – Fecha: 31/10/2016

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

ENTIDAD BANCARIA. DILIGENCIAMIENTO DE OFICIOS. COBRO DE COMISION. LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. RELACION DE CONSUMO. DAÑOS Y PERJUICIOS. FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA. RECHAZO DE DEMANDA.

1.- Cabe declar procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley interpuesto por la entidad bancaria demandada, contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad –Sala II-, que confirmó el cese en el cobro de las comisiones que percibe la accionada en concepto de diligenciamiento de oficios y exhortos, haciendo lugar también a la repetición de las sumas abonadas por tal concepto, por cuanto no se observa que se encuentre comprometido seriamente el acceso a la justicia de todos los miembros del colectivo cuya representación se pretende asumir. Ello así, por cuanto si bien la C.S.J.N. ha entendido que la importancia del proceso colectivo resulta el de ser un mecanismo para garantizar el acceso a la justicia y en tanto una interpretación restrictiva equivaldría lisa y llanamente a negar efectividad a la tutela constitucional frente a un acto lesivo, lo cierto es que quien se considere agraviado por el cobro de la comisión cuestionada -y en caso de no encontrarse comprendido en alguno de los supuestos de excepción establecidos en la Circular N° 075/03-, no necesariamente debe ejercer una pretensión de repetición para recuperar el dinero abonado, pudiendo incluso oponerse a tal pago efectuando algún tipo de planteo sustentable ante el Juez del proceso que dispuso tal medida y del cual es -generalmente- parte.

2.- Toda vez que el banco accionado recepciona el oficio enviado por un integrante del Poder Judicial -que le imparte el cumplimiento de una orden en un plazo legal-, y debe observar sus términos en tanto carga pública que pesa sobre él -así como

también, sobre todo ciudadano-, no alcanza a visualizarse de qué manera los presuntos usuarios –que en principio, resultan ser partes en los procesos vinculados a la directiva judicial ordenada-, podrían en este marco cimentar una relación de consumo con la entidad oficiada, por lo que no se configura una relación de consumo en los términos previstos por la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 y ello torna inviable la acción de daños y perjuicios interpuesta contra el Banco Provincia del Neuquén, a efectos de que cese en el cobro de la comisión que impone por el diligenciamiento de oficios judiciales y restituya a todos los consumidores que utilizaron tal servicio el dinero ingresado como contraprestación.

Texto completo:

ACUERDO N°: 22.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los treinta y un (31) días de octubre de dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada por el Sr. vocal doctor RICARDO T. KOHON y el Sr. vocal doctor OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la subsecretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia en los autos caratulados: "A.C.U. de N. C/ BANCO PROVINCIA DEL NEUQUÉN S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL" (Expte. N° 152 - Año 2012) del Registro de la Actuaria.

ANTECEDENTES:

A fs. 216/228vta. la parte demandada –BANCO PROVINCIA DEL NEUQUÉN S.A.- deduce recurso de Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de Ley contra la sentencia de fs. 203/212, dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad –Sala II-, que modificó parcialmente el decisorio de Primera Instancia, esto es, confirmó el cese en el cobro de las comisiones que percibe la accionada en concepto de diligenciamiento de oficios y exhortos, haciendo lugar también a la repetición de las sumas abonadas por tal concepto.

A fs. 235/249vta., la actora A.C.U. de N. contesta el traslado de ley, solicitando el rechazo del remedio deducido por la contraria.

A través de la Resolución Interlocutoria Nro. 163/2014, se declaran admisibles los recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley –Arts. 18° y 15° del Ritual-.

Firme la providencia de autos, integrada la Sala Civil y efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia. Por lo que, este Cuerpo resolvió plantear y votar las siguientesCUESTIONES: a) ¿Resulta procedente el recurso de Nulidad Extraordinario, y en el supuesto negativo, resulta procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley?, b) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?, c) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el Dr. OSCAR E. MASSEI, dijo:

I. 1. La parte actora -ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE NEUQUÉN- deduce demanda de daños y perjuicios contra el BANCO PROVINCIA DEL NEUQUÉN S.A., a efectos de que cese en el cobro de la comisión que impone por el diligenciamiento de oficios judiciales y restituya a todos los consumidores que utilizaron tal servicio el dinero ingresado como contraprestación, con más sus intereses.

A tales efectos, refiere que la naturaleza jurídica de la relación que vincula a la entidad demandada con todo aquél que pretende diligenciar un oficio en sus dependencias, es de consumo y se rige por la Ley N° 24.240. En esos términos, sostiene que la entidad accionada obra como proveedora de un servicio que redunda en beneficio de los requirentes y que la denominada comisión por diligenciamiento de oficios es un simple precio por el pago del servicio, toda vez que de otra forma no se explicaría la percepción del Impuesto al Valor

Agregado por tal operación.

Por otro lado, expresa que la ley procesal exige como requisito para la procedencia de la compensación económica

que la entidad privada deba efectuar trabajos que le genere gastos extraordinarios, supuesto que a su entender no se configura en el caso de autos en tanto habitualmente se le requiere la traba de embargos o un determinado informe.
No obstante lo cual, la accionante afirma que en caso de corresponder la compensación de tales gastos, la institución demandada tampoco ha dado cumplimiento a los requisitos formales exigibles por el Ritual aplicable, desde que cobra por el servicio un precio de manera unilateral y sin la declaración expresa de un Juez.
2. Conferido el pertinente traslado, la institución accionada interpone falta de legitimación activa como defensa de fondo, plantea la prescripción del reclamo de restitución de todas las sumas abonadas en concepto de diligenciamiento de oficios -en virtud de la implementación en 2003 de la comisión cuestionada-, y contesta demanda solicitando su rechazo con costas.
En orden a la defensa de falta de legitimación activa, la entidad accionada considera que la legitimación de A.C.U. de N. se circunscribe a los derechos difusos y el reclamo de devolución de cargos es divisible. Es decir, que pretende hacer valer derechos individuales de contenido patrimonial, netamente divisibles, involucrando a personas que no tienen conocimiento del proceso.
Por otro lado, niega que el precio que percibe por el diligenciamiento de oficios judiciales se trate de un servicio que cobra la entidad bancaria y que la contestación que debe hacer de los mismos sea una actividad del giro normal de la empresa.
3. En primera instancia se hace lugar parcialmente a la demanda y se ordena al Banco demandado que una vez firme la sentencia, cese en el cobro de las comisiones que percibe en concepto de diligenciamiento de oficios y exhortos.
Ello, sin perjuicio de requerir la compensación en los casos que pudiere corresponder y por la vía dispuesta en el artículo 401 del C.P.C. y C. Por otro lado, la magistrada de grado rechaza la pretensión de reintegro de las comisiones ya abonadas.
En punto al cobro de las comisiones aplicadas al diligenciamiento de oficios judiciales, considera que si bien no aparece clara la caracterización de la relación como de consumo en los términos del artículo 3° de la Ley de Defensa del Consumidor -en tanto no se está ante una relación del banco con sus propios clientes sino ante el cumplimiento por parte de aquél de una manda judicial-, habrá de admitirse la legitimación invocada por la actora en razón de que el banco no ha formulado ningún cuestionamiento al respecto.
Acerca de la procedencia del reclamo en sí, refiere que el artículo 401 del C.P.C. y C. establece como regla general que la producción de informes debe ser gratuita, a excepción de aquellas tasas o contribuciones que se encuentren autorizadas por ley y de las tareas gravosas o complejas que pueden ser compensadas. Por ello, las disposiciones contenidas en la Resolución de la Gerencia General y Circular Interna del Banco demandado por las cuales se implementó el cobro de la comisión en análisis, contraría el principio de gratuidad y no respeta el procedimiento establecido en el Rito para que se autorice la compensación de mayores gastos invocada.
En punto al pedido de reintegro de las comisiones percibidas por tal concepto, la Jueza de grado considera que debe ser rechazado por cuanto estamos frente a un conjunto de usuarios que individualmente resulta indeterminado, debido a que se trata de toda aquella persona que en alguna oportunidad a partir del 2003 hubiera abonado al demandado la comisión por diligenciamiento de oficios judiciales.
4. Ambas partes apelan el decisorio de grado. La actora se agravia del rechazo parcial de su pretensión (reintegro de las sumas percibidas por el banco), de la imposición de costas por su orden y de las condena a abonar los honorarios del perito actuante.
Por su parte, la institución accionada alega la vulneración de los principios constitucionales de debido proceso y defensa en juicio, por cuanto el Juez sentenciante omitió analizar el encuadre jurídico de los extremos fácticos de autos, transgrediendo el principio iura novit curia a través de una sentencia carente de fundamento.
Concretamente, expone que al contestar la demanda planteó como defensa de fondo la falta de legitimación activa y –sostiene-, que en el supuesto de no haber alegado la inexistencia de una relación de consumo, el Juzgador no pudo obviar el tratamiento del correcto encuadre jurídico de la situación fáctica de autos a tenor del principio iura novit curia establecido en el artículo 34 del C.P.C. y C.

Y al respecto, manifiesta que la Jueza de grado afirmó en su fallo que la relación de consumo en el caso de autos "no aparece clara" y pese a ello admitió la pretensión de la actora ante la supuesta falta de cuestionamiento de la contraria así como a la amplitud de criterio con que deben considerarse las relaciones incluidas en la Ley de Defensa del Consumidor. Sin embargo –dice-, en ningún momento evalúa fundadamente si en el caso se configura o no una relación de ese tipo.

Con lo cual, sostiene que la sentencia de primera instancia no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa, por apoyarse en argumentos ineficaces para sostener la solución adoptada y colocar a su parte en una situación lindante con la privación de justicia.

5. La Sala II de la Cámara de Apelaciones local resuelve modificar parcialmente el decisorio y hacer lugar a la repetición de las sumas abonadas en concepto de diligenciamiento de oficios judiciales.

A su respecto, refiere la Alzada que si bien no resulta clara la relación de consumo invocada por la asociación demandante, la institución accionada consintió la categorización por aquella propuesta, por lo que mal puede introducir en segunda instancia una defensa no esgrimida oportunamente. Por ello, considera el Cuerpo que tal posicionamiento de las partes obliga al juzgador a analizar la controversia en torno a la Ley de Defensa del Consumidor.

Y en orden a la alegada vulneración del principio iura novit curia sostiene también su desestimación, toda vez que éste encuentra su límite en la base fáctica de la acción y si ambos litigantes son contestes en la existencia de una relación de consumo, no cabe sino aplicar la Ley 24.240. Pese a lo cual, agrega, esta normativa ha sido solamente utilizada para aceptar la legitimación activa de la actora y rechazar la pretensión de reintegro de los montos cobrados en concepto de comisión por diligenciamiento de oficios, ya que el tema central –legalidad o ilegalidad de tal concepto- encuentra su solución en la legislación procesal y no en la consumeril.

Asimismo, desestima la queja referida a la legitimación activa de la actora, por cuanto aquella se basa exclusivamente en la inexistencia de la relación de consumo.

Particularmente, en lo que a la comisión cuestionada se refiere, la Cámara de Apelaciones expone que de acuerdo a las disposiciones del Ritual aplicable, las entidades públicas no podrán solicitar compensaciones por gastos extraordinarios ni los entes privados arancelar los pedidos de informes, salvo que en este último supuesto los gastos generados vayan mas allá de lo normal.

En punto al pedido de reintegro de las sumas percibidas por el banco, establece que si la entidad bancaria ha cobrado indebidamente un precio por el diligenciamiento de oficios judiciales librados en el marco de la prueba aportada por las partes al proceso debe devolver los importes percibidos, desde que -al no contener la Ley de Defensa del Consumidor normas específicas sobre la materia resultan plenamente aplicables los Arts. 792 y concordantes del Código Civil- es un pago sin causa considerado una especie dentro del enriquecimiento ilícito que conlleva la repetición. Y en lo que a los intereses se refiere, la demandada los adeuda a tasa activa desde la fecha en que se le notificó la presente demanda.

Por lo que, para la percepción de lo pagado indebidamente deberán los interesados, individualmente, presentar en los juicios copia de la sentencia y requerir del magistrado la autorización para el reintegro de la comisión percibida por la institución accionada.

Finalmente, la Cámara de Apelaciones local dispone que la demandada publique edictos en un diario de amplia difusión en la zona, a efectos de divulgar lo resuelto en autos.

6. El decisorio es recurrido por el Banco Provincia del Neuquén S.A., que interpone recurso de casación a través de los carriles de Inaplicabilidad de Ley (Art. 15°, incisos a y b) y de Nulidad Extraordinario (Art. 18°, 2° apartado).

Funda el remedio por Inaplicabilidad de Ley intentado, en la inexistencia de la relación de consumo y la consecuente falta de legitimación de la actora.

Sobre tal aspecto, expone que la Alzada tuvo por consentida la noción jurídica ensayada por la demandante pese a que su parte explícitamente cuestionó en su escrito introductorio -como defensa de fondo- la falta de legitimación activa de aquella, al denunciar que no resultaba titular de una relación jurídica sustancial; al carecer de los recaudos

esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Halabi" y no configurarse una relación de consumo en los términos de la Ley 24.240.

Agrega que el encuadre de una relación jurídica y su alcance es una tarea que compete exclusivamente al órgano decisor y se independiza de la voluntad de las partes. Por lo que éstas pueden aportar elementos probatorios para fundar las plataformas fácticas de sus respectivas posiciones jurídicas, empero es el sentenciante quien se encarga de dirimir la noción jurídica en disputa.

Dice -la recurrente- que por tal motivo no se vislumbra de qué manera se vulneraría el principio iura novit curia de avanzarse en la consideración jurídica de una relación cuya base fáctica está consentida por las partes del proceso. Ello así, con mayor razón, cuando la propia magistratura de las instancias anteriores expresó dudas respecto del encuadre efectuado por la actora.

Concluye, la quejosa, que la relevancia de la cuestión analizada consiste en que, definir si se está o no ante una relación jurídica amparada por el derecho de consumo implica nada menos que la admisión o el rechazo de la pretensión objeto de autos.

Asimismo, funda el carril de Inaplicabilidad de Ley en la errónea interpretación y aplicación del artículo 401 del C.P.C. y C.

Sobre tal tópico, la agraviada entiende que no fueron considerados dos aspectos sustanciales por los magistrados de grado: el verdadero alcance de la mentada norma procesal y la naturaleza jurídica que ostenta el Banco Provincia del Neuquén S.A.

En orden al texto del artículo 401 del C.P.C. y C., argumenta que no contiene una prohibición expresa del legislador que le impida percibir un precio por la gestión encomendada, por lo que resulta de aplicación la manda constitucional del artículo 19 que establece que todo lo que no está prohibido está permitido.

Es que –dice- el ritual solo regula el trámite para la solicitud de compensación de gastos extraordinarios, mas no establece la gratuidad entendida como la prohibición de fijar un precio por la gestión de una manda judicial. Y hace aquí una distinción en torno a la figura de la compensación y del precio –entendido como una retribución para la realización de la gestión encomendada-.

Agrega que lo expuesto no mengua el considerar al deber de respuesta como una carga pública, por cuanto tal característica apunta a la inexcusabilidad y no a la gratuidad de la contestación.

En orden al segundo aspecto que -afirma la quejosa- no ha sido considerado por los magistrados de grado, expone que a partir de la sanción de la Ley 2.351 el Banco Provincia del Neuquén resulta ser una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria regida por la Ley 19.550, continuadora del ente autárquico "Banco de la Provincia del Neuquén".

Por tal motivo sostiene que la actual forma jurídica que ostenta la entidad bancaria, la excluye de la conceptualización clásica de entidad privada que emplea el artículo 401 del C.P.C. y C.

Así, explica que la institución accionada es el agente financiero del Estado provincial, por lo que todos los fondos que la provincia del Neuquén recibe y eroga se canalizan a través de sus cuentas, condición ésta que es de su exclusividad y, por lo tanto, no comparte con el resto de las entidades bancarias que operan en el territorio provincial.

En idéntico sentido, manifiesta que en razón del rol institucional que legalmente ostenta el B.P.N. S.A., no le es aplicable la limitación del artículo 401 del C.P.C. y C. por cuanto él mismo es responsable de co-gestionar el interés público como depositario de los fondos del erario provincial.

Por lo que –entiende-, la disposición que mejor se adapta a la tutela de los intereses públicos es la contenida en el artículo 398 del ritual, lo cual es corroborado por la citación a este proceso -por la jueza de grado- del Sr. Fiscal de Estado en los términos de la Ley 1.575; esto es, como tutor del erario público.

A su turno, expresa que de acuerdo a las funciones y el rol institucional que le ha sido asignado por el legislador provincial, se encuentra en una situación distinta a la de otras instituciones de su giro. Entonces, de acuerdo al cúmulo de informes que debe brindar diariamente en un sinfín de expedientes judiciales debido a su condición prominente, tiene derecho a percibir un ínfimo precio por tal gestión.

Por último, considera ilógico que sea el erario público y la comunidad toda quien deba afrontar sin más el costo operativo que implica cumplimentar el aluvión de pedidos que cotidianamente recibe el banco accionado.

En orden al recurso de Nulidad Extraordinario, la quejosa plantea como agravio la falta de tratamiento de la excepción de prescripción.

Sobre este aspecto, refiere que al haber admitido la pretensión, el A-quo debió expedirse acerca de la defensa deducida o al menos determinar por qué vía hacerla valer, en virtud del procedimiento establecido para concretar el reintegro de las comisiones percibidas.

Manifiesta hacer reserva del caso federal.

7. Que, como ya se consignó, a través de la Resolución Interlocutoria N° 163/14, se declararon admisibles los recursos de Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de Ley interpuestos por la demandada –BANCO PROVINCIA DEL NEUQUÉN S.A.- por las causales previstas en los artículos 18°, 2° párrafo y 15°, Incs. a) y b), de la Ley 1.406.

II. Que al ingresar al tratamiento de la cuestión debatida, se advierte que el punto controversial que motiva la intervención de este Cuerpo, finca en determinar, si el BANCO PROVINCIA DEL NEUQUÉN S.A. se constituye en proveedor de servicios en los términos de la Ley 24.240, al tener que dar respuesta a los requerimientos cursados por los Jueces a través de oficios judiciales, y, en su caso, determinar si cuenta con facultades para establecer el pago de una "comisión por diligenciamiento" para afrontar los gastos operativos que ello le genera.

Ahora bien, del examen del recurso de Nulidad Extraordinario, y a poco de ahondar en la queja vertida mediante esta vía, se evidencia que la impugnación formulada se encuentra estrechamente vinculada con las argumentaciones esgrimidas al sustentar el carril de Inaplicabilidad de Ley. Luego, advirtiendo que los agravios expuestos por la recurrente pueden hallar un adecuado tratamiento y respuesta jurisdiccional a través del último recurso nombrado, en virtud de lo prescripto por el Art. 19° de la Ley 1.406, corresponde, a mi juicio, desestimar el remedio de Nulidad Extraordinario incoado (cfr. Acuerdo N° 22/11 del Registro de la Actuaria).

III. Sentado lo expuesto, y de acuerdo a los temas planteados y debatidos en esta etapa, corresponde analizar en primer lugar si en autos se configura una típica relación de consumo en los términos de la Ley 24.240, en tanto el derecho aplicable al caso, determinará la legitimación de la entidad actora para hacer valer la pretensión objeto de las presentes.

Y en la búsqueda de tal cometido, habremos de afirmar que el Juez debe calificar los hechos expuestos por las partes y la relación sustancial prescindiendo de aquella formulada por los litigantes, siempre –claro está- que no se afecte el objeto de la acción.

Es decir, que en función de la máxima iura novit curia, el Juzgador debe -sin quebrantar el postulado de congruencia-, apreciar los hechos expuestos por las partes y la relación sustancial con prescindencia de la calificación efectuada por los litigantes.

Ahora bien, recordemos que con la reforma de 1994 el texto de la Constitución Nacional incorporó la defensa del consumidor a través del artículo 42, que refiere a la relación de consumo en los siguientes términos:

"Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno […]".

Y, por otra parte, esta garantía constitucional se ciñe a los términos que definen las leyes específicas, constituidas por todas aquellas normas que resulten aplicables a la relación jurídica de consumo.

Particularmente, la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (modificada por Ley N° 26.361), en su artículo 3° establece:

"Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario.

Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de defensa de la competencia y la Ley N° 22.802de lealtad comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor.

Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica".

Del texto bajo análisis, se colige que la relación de consumo abarca todas aquellas situaciones económicas en las que es protegido el sujeto, esto es, antes, durante y después de contratar; pese a que se otorgan prerrogativas también cuando aquéllos se encuentran vinculados de modo no contractual a los proveedores de bienes o servicios. Y de este modo además lo ha entendido la doctrina, al afirmar que "[…] siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor, debe comprender todas las situaciones posibles" (MOSSET ITURRASPE, Jorge – WAJNTRAUB, Javier H.; Ley de Defensa del Consumidor; Rubinzal-Culzoni Editores; Pág. 58; Santa Fé, 2008).

A lo que debe agregarse que, la condición de orden público de los derechos allí tutelados, impone una interpretación extensiva y amplia de la Ley 24.240.-

Es decir, que los vínculos jurídicos a que se refiere el texto legal conllevan la obligación de una o ambas partes, de cumplir con aquellos deberes impuestos por el derecho, traducidos en acciones de dar, hacer o no hacer algo a favor de la otra.

Y ello es consecuencia del principio in dubio pro consumidor –pilar que sostiene el sistema de tutela del derecho del consumidor-, que busca atemperar la mejor posición que ostenta el proveedor en la relación jurídica frente a los usuarios y consumidores que generalmente se erigen como parte débil de la misma –traducida no sólo en lo económico sino también en lo informativo y cognoscitivo-; a fin de equilibrarla.

Entonces, volviendo a los términos que definen a la relación de consumo como el vínculo jurídico que se suscita entre el proveedor y el consumidor o usuario, habremos de analizar qué entiende el legislador en cada supuesto.

Así, el artículo 1° de la Ley 24.240 entiende por tal a:

"[…] toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio de su grupo familiar o social. […] Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo".

Por su parte, el artículo 2° del mismo cuerpo legal, caracteriza al proveedor de bienes o servicios como toda persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada que desarrolle de manera profesional actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, en una relación de consumo.

Resulta relevante asimismo, a efectos de determinar si nos encontramos ante una relación regulada por la Ley N° 24.240, adentrarnos en el análisis del destino del bien o servicio en cuestión; toda vez que su utilización debe darse para consumo final o privado –sea propio o de su grupo familiar o social-, y no para incorporarlo al proceso de producción.

Consecuentemente y de acuerdo a las constancias de la causa, la actora -en tanto representante de consumidores y usuarios-, carece de los caracteres legales imprescindibles para erigirse en sujeto del vínculo consumeril.

Veamos. La norma establece que para ser considerado consumidor o usuario, la persona –sea física o jurídica- debe adquirir o utilizar bienes o servicios.

Sin embargo, en el caso de autos se configura una particular situación, toda vez que quien "presenta" el oficio judicial –aquí representado por la asociación demandante-, no solo no adquiere o utiliza bienes o servicios ante la entidad demandada, sino que es un mero "intermediario" entre ésta y el Juez que le formula el requerimiento.

Es decir, los presuntos usuarios de marras, no establecen una relación con la accionada en tanto se constituyen en colaboradores del magistrado actuante, quien los faculta para hacer llegar la orden impartida al oficiado.

De modo que, quienes aquí se consideran sujetos activos de una relación de consumo, en rigor no adquieren o utilizan el servicio que presta como actividad principal y de manera profesional la institución bancaria, aun cuando el oficio en cuestión haya sido librado a propuesta de aquéllos –en tanto, elemento probatorio del proceso que los tiene como parte- o puedan resultar beneficiados a partir de la contestación brindada a la manda judicial.

Es que, no media entre ambos vínculo jurídico alguno, toda vez que el banco recepciona aquel oficio enviado por un integrante del Poder Judicial -que le imparte el cumplimiento de una orden en un plazo legal-, y debe observar sus términos en tanto carga pública que pesa sobre él -así como también, sobre todo ciudadano-, es decir, no responde a un requerimiento formulado por el "diligenciador del oficio".

Por ello, no alcanza a visualizarse de qué manera los presuntos usuarios –que en principio, resultan ser partes en los procesos vinculados a la directiva judicial ordenada-, podrían en este marco cimentar una relación de consumo con la entidad oficiada.

Lo expuesto, además de la falta del elemento económico -que se traduce en la presencia de un mercado donde se desarrolle la actividad que da lugar al vínculo consumeril-, desde que la relación aquí analizada no se desarrolla en un ámbito donde se encuentra presente la connotación mercantil debido a que el banco accionado actúa a partir de una manda judicial, en el marco de un proceso y, por lo tanto, en cumplimiento de una carga pública.

Entonces, en virtud de lo hasta aquí expresado, entiendo que en el caso de marras, no se configura una relación de consumo en los términos previstos por la Ley de Defensa del Consumidor N°24.240 y ello torna inviable la acción interpuesta.

Asimismo y siguiendo el orden de análisis de los temas debatidos que propuse al inicio del presente, habré de referirme a la legitimación procesal de la asociación demandante en acciones como la examinada debido a que constituye una condición esencial de admisibilidad de la acción que debe ser controlada por el Juez del proceso aún de oficio.

Cabe destacar que en función de los fundamentos expuestos precedentemente en punto a la relación de consumo, ha de derivarse que la actora no cuenta con facultades para representar los intereses del colectivo alegado.

Sin perjuicio de ello y a mayor abundamiento, cabe señalar que a partir del fallo "Halabi" la Corte Suprema de Justicia Nacional delimitó con precisión tres categorías de derechos -a saber: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos-, y ante la falta de una ley que reglamente el ejercicio efectivo de tales derechos consagró la acción de clase.

Para lo cual, en torno a la defensa de los derechos de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos hizo especial hincapié en el sentido de que "en la búsqueda de la efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige" (conf. considerando 12 in fine, del fallo "Halabi", ya citado).

En tal sentido, ha expresado el Máximo Tribunal de la Nación, que: "[…] la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta o acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada […] Solo a partir de una certera delimitación del colectivo involucrado, el juez podrá evaluar, por ejemplo, si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encuentra comprometido de no admitirse la acción colectiva" (conf. doctrina de la causa "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. Y otros", Fallos: 338:40, y FLP 8399/2016/CS1 "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", sentencia del 18 de agosto de 2016, citada en "ABARCA, WALTER JOSÉ Y OTROS EL ESTADO NACIONAL - MINISTERIO ENERGIA Y MINERIA Y OTRO SI AMPARO LEY 16.986", del 06-9-16).

Asimismo, reconoció: "de acuerdo a las disposiciones del artículo 43 de la Constitución Nacional, las asociaciones de usuarios y consumidores se encuentran legitimadas para iniciar acciones colectivas relativas a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, incluso de naturaleza patrimonial, en la medida que demuestren: la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos; que la pretensión esté concentrada en los ´efectos comunes´ para toda la clase involucrada; y que de no reconocerse la legitimación procesal podría comprometerse seriamente el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir" (conf. "Padec", Fallos: 336:1236; "Unión de Usuarios y Consumidores", Fallos: 337:196 y "Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa", Fallos: 337:753; citados en "CENTRO DE ESTUDIOS PARA LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD Y LA SOLIDARIDAD Y OTROS C/ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA S/ AMPARO COLECTIVO", del 18-8-16).

En el caso bajo estudio, se cuestionan la Resolución de la Gerencia General N° 68/03 del 20/5/03 y la Circular N° 075/03 del 08/7/03, del Banco Provincia del Neuquén S.A. aquí accionado, que establece la implementación del cobro de una comisión en concepto de diligenciamiento de oficios judiciales a partir del 14-7-03, sin observar el trámite previsto por el artículo 401 del C.P.C. y C.

Es decir, se trata de aquellas diligencias ordenadas por el Juez en el marco de un proceso judicial, en el que se pueden suscitarse distintas variables con condimentos propios.

En el mismo sentido, tampoco observo que se encuentre comprometido seriamente el acceso a la justicia de todos los miembros del colectivo cuya representación se pretende asumir.

Ello así, por cuanto si bien la C.S.J.N. ha entendido que la importancia del proceso colectivo resulta el de ser un mecanismo para garantizar el acceso a la justicia y en tanto una interpretación restrictiva equivaldría lisa y llanamente a negar efectividad a la tutela constitucional frente a un acto lesivo, lo cierto es que quien se considere agraviado por el cobro de la comisión cuestionada -y en caso de no encontrarse comprendido en alguno de los supuestos de excepción establecidos en la Circular N° 075/03-, no necesariamente debe ejercer una pretensión de repetición para recuperar el dinero abonado, pudiendo incluso oponerse a tal pago efectuando algún tipo de planteo sustentable ante el Juez del proceso que dispuso tal medida y del cual es -generalmente- parte. Consecuentemente, no puede considerarse afectado su acceso a la justicia.

Entonces, entiendo que la Cámara sentenciante ha efectuado un incorrecto encuadre en punto al carácter de la relación invocada por la actora como de consumo, y consecuentemente, en lo relativo a la legitimación por ella alegada.

Luego, en función de todo lo expuesto, concluyo en que corresponde declarar procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la demandada a través de la causal prevista en el Inc. a), del Art. 15°, de la Ley 1.406 y casar la sentencia de la Cámara de Apelaciones, deviniendo abstracto el tratamiento del restante defecto esgrimido.

IV. De conformidad con lo prescripto por el Art. 17°, Inc. c), de la Ley 1.406 y a la luz de los fundamentos vertidos en los considerandos que anteceden, habrá de recomponerse el litigio, mediante el rechazo en todos sus términos de la acción objeto de autos.

V. A la tercera cuestión planteada, emito mi voto en el sentido que deben imponerse las costas de todas las instancias, a la accionante vencida (Arts. 68 del C.P.C. y C. y 12° de la Ley 1.406), a tenor del principio objetivo de la derrota.

VI. En virtud de todas las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo: 1) Declarar PROCEDENTE el recurso por Inaplicabilidad de Ley impetrado por el demandado BANCO PROVINCIA DEL NEUQUÉN S.A. a fs. 216/228vta. y revocar la sentencia de fs. 203/212, en todas sus partes. Por imperio de lo dispuesto en el Art. 17° de la ley ritual corresponde recomponer el litigio, mediante el rechazo de la acción objeto de las presentes. 2) Costas en todas las instancias a la accionante vencida. 3) Disponer la devolución del depósito efectuado a fs. 215 a la parte demandada. VOTO POR LA AFIRMATIVA.

El señor vocal doctor RICARDO T. KOHON, dijo: Adhiero a lo manifestado por el doctor OSCAR E. MASSEI, votando en consecuencia en idéntico sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, de conformidad parcial Fiscal, por unanimidad SE RESUELVE: 1°) DECLARAR PROCEDENTE el recurso de Casación por Inaplicabilidad de Ley deducido por la demandada –BANCO PROVINCIA DEL NEUQUÉN S.A.- a fs. 216/228vta., en virtud de los fundamentos vertidos en los considerandos del presente pronunciamiento, revocándose, en consecuencia, el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería local, obrante a fs. 203/212. 2°) Por imperio de lo dispuesto en el Art. 17° de la ley ritual corresponde recomponer el litigio, mediante el rechazo en todos sus términos la acción objeto de autos. 3°) Imponer las costas de todas las instancias a la parte actora, dejándose sin efecto los honorarios profesionales regulados en autos, adecuándose ellos al nuevo sentido del pronunciamiento (Arts. 279, 68 del C.P.C. y C., 12° de la Ley 1.406, 12° y 15° de la Ley 1.594). Por las tareas cumplidas en Primera Instancia, regúlanse los honorarios a los Dres. … y ... –en el doble carácter por la actora- en la suma de PESOS VEINTIUN MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO ($21.994.-), en forma

conjunta; a la Dra. ... –en el doble carácter por el Banco demandado- en la suma de PESOS TREINTA Y UN MIL CUATROCIENTOS DIECIOCHO ($31.418.-). Por las tareas cumplidas en Segunda Instancia, regúlanse los estipendios profesionales de los Dres. ... y ... –en el doble carácter por la accionante-, en la suma de PESOS SIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO ($7.698.-), en conjunto y a la Dra. ... –en el doble carácter por el banco accionado- en la suma de DIEZ MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS ($10.996.-). Por las tareas cumplidas en esta etapa casatoria, regúlanse los honorarios a los Dres. ... y ... –en el doble carácter por la demandante-, en la suma de PESOS CINCO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO ($5.498.-), en conjunto; y al Dr. ... –por su intervención en el doble carácter por el accionado-, en la suma de PESOS SIETE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO ($7.854.-). 4°) Disponer la devolución del depósito efectuado a fs. 215 (Art. 11° Ley Casatoria cit.). 5°) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse los autos.

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

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

DRA. MARÍA ALEJANDRA JORDÁN - SUBSECRETARIA

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

"CARDELLINO JAVIER C/ S. A. IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S/ EJECUCIÓN DE HONORARIOS" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 1582/2014) – Acuerdo: 23/16 – Fecha: 02/11/2016

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

COSTAS. IMPOSICION DE COSTAS. ALCANCES DE LA RESPONSABILIDAD POR LAS COSTAS. HONORARIOS DEL ABOGADO. REGULACION DE HONORARIOS. RETRIBUCION EN PORCENTAJE. CLIENTE NO CONDENADO EN COSTAS. PRORRATEO. SALDO IMPAGO. EJECUCION DE HONORARIOS. CARACTER ALIMENTARIO. LEY DE HONORARIOS. RECURSO DE CASACION. INFRACCION A LA LEY.

1.- Cabe propiciar el acogimiento del recurso de casación deducido por la demandada contra el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad –Sala III- en cuanto resuelve que no resulta procedente la aplicación del Art. 277 de la L.C.T. por ser una norma procesal cuya atribución en materia legislativa pertenece a las provincias y, casar parcialmente dicho fallo en virtud de la causal prevista en el inciso a), del Art. 15° de la Ley 1.406, por haber mediado infracción legal en orden al Art. 4° de la Ley Nro. 1.594, reformado por la Ley Nro. 2.933 que dispone que, en el ámbito local, rigen los límites y formalidades establecidos en el Art. 277 de la Ley nacional 20.744 de Contrato de Trabajo con la modificación introducida por la Ley N° 24.432, respecto de las costas.

2.- El Tribunal Superior mantiene su postura en punto a considerar que la limitación dispuesta en la norma nacional avanza sobre materia privativa de las provincias,

vulnerando los principios que emanan de los Arts. 1°, 2° y 7° de la Constitución de la Provincia del Neuquén, el Art. 189, Inc. 16°, que establece la facultad de la Legislatura de dictar los Códigos de Procedimientos, en el Inc. 37° que le confiere la potestad de dictar el estatuto de las profesiones liberales (entre ellas la abogacía), y, finalmente, el Inc. 1° que fija las atribuciones necesarias para hacer efectivas las disposiciones de nuestra Constitución. Por tanto, los honorarios regulados lo serán en un todo conforme con el Art. 4° de la ley arancelaria neuquina, aunque a la postre, el condenado en costas solo responda hasta el 25% de la sentencia, reafirmándose que el el Art. 277, último párrafo, de la L.C.T., al igual que el art. 505, último párrafo, del Código Civil (resultantes ambos de la Ley 24.432), no contienen ninguna limitación con respecto al monto de los honorarios a regular judicialmente, sino que aluden exclusivamente al alcance de la responsabilidad por las costas.

3.- La pacífica doctrina de este Tribunal Superior de Justicia ha considerado inconstitucional la reforma introducida por la Ley nacional N° 24.432. Tal conclusión se fundó en los principios que emanan de los Arts. 1°, 2° y 7° de la Constitución de la Provincia del Neuquén, en el Art. 189, Inc. 16°, que establece la facultad de la Legislatura de dictar los Códigos de Procedimientos, en el Inc. 37° que le confiere la potestad de dictar el estatuto de las profesiones liberales (entre ellas la abogacía), y, finalmente, en el Inc. 1° que fija las atribuciones necesarias para hacer efectivas las disposiciones de nuestra Constitución. A partir de allí, se concluyó que la Ley Arancelaria, en cuanto guarda una relación íntima y directa con las normas procesales (Art. 63, último párrafo, de la Ley 1.594), integra el plexo normativo para cuyo dictado goza de potestad exclusiva la Legislatura Provincial (cfr. Acuerdo Nro. 178/96, "ACUÑA LUIS ARTURO C/NISALCO S.A. S/ACCIDENTE LEY 9688").

4.- En lo que respecta al límite de responsabilidad por costas, según la modificación hecha por Ley 24.432, lleva dicho este Tribunal que no resulta aplicable en el ámbito local, lo que corresponde reafirmar en el presente.

5.- La eventual posibilidad de que los profesionales intervinientes ejecuten a su cliente no condenado en costas por el saldo impago de honorarios que pudiese resultar del prorrateo legal, no resulta violatoria, en el caso, del principio protectorio del trabajador ni el derecho de propiedad reconocidos en la Constitución Nacional (Arts. 14 bis y 17). En efecto, la naturaleza alimentaria del crédito reconocido al trabajador no empece a que éste deba contribuir, en alguna proporción, con el costo del litigio que decidió promover para el reconocimiento de su derecho. Y en tal sentido, el mismo Art. 277 de la L.C.T. autoriza el pacto de cuota litis entre el profesional y trabajador (párrafo 1, in fine), en virtud del cual el primero percibe como retribución un porcentaje de las sumas que se perciban en el litigio, y que participan de un indudable carácter

alimentario.

Texto completo:

ACUERDO NRO. 23.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los dos (2) días de noviembre de dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. vocales doctores RICARDO T. KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la Subsecretaria Civil de Recursos Extraordinarios, doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "CARDELLINO, JAVIER CONTRA S.A. IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA SOBRE EJECUCIÓN DE HONORARIOS" (Inc. Nro. 1582 - año 2014) del Registro de la Secretaría interviniente.

ANTECEDENTES: A fs. 104/128vta. la ejecutada –SOCIEDAD ANÓNIMA IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA- deduce recurso de Nulidad Extraordinario contra la resolución dictada a fs.98/101 por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería –Sala III- de la ciudad de Neuquén, en cuanto resuelve que no resulta procedente la aplicación del Art. 277 de la L.C.T. por ser una norma procesal cuya atribución en materia legislativa pertenece a las provincias.

Corrido el pertinente traslado, a fs. 137/142 contesta el letrado ejecutante.

A fs. 175/178, mediante la Resolución Interlocutoria N°98/16, se declara admisible el recurso deducido por la accionada, aunque circunscripto a la infracción constitucional denunciada.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia. Por lo que este Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES: a) ¿Se configura en el caso la infracción constitucional denunciada? b) En caso afirmativo, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? c) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada el Dr. RICARDO T. KOHON, dice:

I. En primer término, resulta pertinente referir que el debate aquí planteado gira entorno a la constitucionalidad de la aplicación en el ámbito local de la Ley 24.432 -límite de la responsabilidad por costas- en cuanto modificó el Art. 277 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Seguidamente, para la mejor comprensión de los presentes corresponde efectuar una síntesis del debate suscitado en autos.

1. A fs. 47/51 la ejecutada –S.A. IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA- contesta la citación de venta y plantea que el máximo de la obligación a su cargo es el establecido por el Art. 277 de la L.C.T.

Refiere que la ampliación de la ejecución en su contra por sobre dicho margen resulta improcedente.

A su vez, señala que el capital que se pagó en los autos principales al actor -defendido por el aquí ejecutante- es de $49.037,48; y explica que el 25% de dicho capital equivale a $12.259,37.-.

2. Conferido traslado, el Dr. Javier Cardellino expone que aún aplicando el Art. 277 de la L.C.T. los honorarios de primera instancia no superan el porcentaje allí previsto.

Cuestiona las cifras dadas por la accionada, y apunta que las excepciones opuestas no resultan tempestivas.

3. A fs. 63/68 obra resolución de Primera Instancia, en la que se juzga que el planteo del prorrateo resulta improcedente porque corresponde al proceso de conocimiento.

Al mismo tiempo señala que distinta es la cuestión respecto de los intereses de honorarios, tópico que fue dirimido y recurrido ante la Alzada y que –refiere- se encontraría a resolución de este Tribunal Superior de Justicia.

Concluye que, en atención a la firmeza de los honorarios profesionales, su ejecución en nada violenta el margen legal con relación al prorrateo del Art. 277 de la L.C.T. como tampoco las garantías de propiedad y debido proceso.

4. La decisión referida es apelada, a fs. 71/82vta. por la ejecutada. A fs. 87/88vta., contesta agravios el ejecutante.

5. A fs. 98/101 la Cámara de Apelaciones considera que no resulta procedente la aplicación del Art. 277 de la L.C.T. porque se trata de una norma procesal cuya atribución, en materia legislativa, pertenece a las Provincias y no al Congreso de la Nación.

Expone que tal como se viene sosteniendo en todas las integraciones de las distintas Salas de dicha Cámara de Apelaciones, tanto en lo que hace a la aplicación de la modificación legal del Art. 505 del Código Civil como del artículo 277 de la L.C.T., este Tribunal Superior de Justicia, si bien en composición totalmente diferente a la actual, ha señalado que dicha reforma es inconstitucional, declarando su inaplicabilidad en el orden provincial.

Citan las causas "Acuña" (Acuerdo Nro. 178/96 "Yerio" (Acuerdo Nro. 189/96) y "Lowental" (Acuerdo Nro. 3/2000) y la R.I. Nro. 6641/9, del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias.

Sobre la base de tales fundamentos interpretan que no corresponde el prorrateo solicitado por el apelante y confirman la resolución de grado en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios, con costas a cargo de la demandada vencida.

6. Contra esta sentencia, la ejecutada –S.A. IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA- deduce recurso extraordinario local.

Manifiesta que en los presentes se reclama el pago de $23.394,14.- por lo que el monto del agravio no alcanza al mínimo exigido para la procedencia recurso por Inaplicabilidad de Ley. Por dicha razón, que la única vía posible para acceder a esta instancia casatoria es la de nulidad por arbitrariedad prevista en el Art. 18 de la Ley 1.406 (fs. 105).

Explicita que el aquí ejecutante pretende cobrar $43.694,41.- cuando el capital pagado al actor –VERA- fue de $49.037,48.-. Es decir –continúa-, "[…] el ataque contra la empleadora es demás de un 80% del monto de condena" (fs.120). Reitera el pedido de prorrateo establecido por la Ley 24.432.

Expresa, que su parte ha dado en pago $12.259,37.- que se corresponde con la cuarta parte de aquel capital, ya cancelado.

Desarrolla su agravio constitucional, pues considera que con los diversos embargos trabados por el ejecutante, se vulnerada la garantía de propiedad y del debido proceso, por un embate excesivo contra el patrimonio de la demandada.

También dice, que la Alzada confunde su planteo pues la regulación arancelaria es diferente a la obligación de prorrateo que su parte reclama. Sostiene que el pago total de lo regulado no puede ser afrontado por la demandada porque se violenta el margen legal del Art. 277 de L.C.T.

Además, que conforme jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –posterior a los fallos de este Tribunal Superior en que se sustenta la decisión de Cámara- la citada norma no contiene ninguna limitación con respecto al monto de los honorarios sino que alude exclusivamente al alcance de la responsabilidad por costas.

Asevera que el caso federal es evidente, en la medida que el Máximo Tribunal de la Nación estableció que dicho margen es legal y constitucionalmente admitido tanto en procesos civiles como laborales. Y que el momento de oponer esta cuestión es en el proceso de ejecución de sentencia, lo que no implica que los montos regulados tengan que ser modificados, sino que debe ser prorrateado.

Resume los antecedentes de la C.S.J.N. referidos al tema objeto de su impugnación (FALLOS: 332:921; 332:1276, entre otros).

Alega que se ha violado el precepto legislativo, al no prorratear la responsabilidad de la condenada, enmarcando ello en las causales contenidas en el Art. 18 del Ritual Casatorio, entre ellas, denuncia omisión de considerar y resolver una cuestión esencial y oportunamente propuesta.

Expone que, en palabras de la Corte, esta decisión legislativa se manifiesta como uno de los arbitrios posibles enderezados a morigerar los índices de litigiosidad por parte del Congreso Nacional, asegurando la razonable satisfacción de las costas del proceso judicial por la parte vencida, sin convalidar los excesos o abusos.

Manifiesta que hace reserva del caso Federal.

II. Liminarmente, corresponde reiterar que la instancia extraordinaria local fue abierta en el marco del debate constitucional aquí comprometido.

Puntualmente, por la aplicación en el orden local de la limitación establecida en el Art. 277 de la L.C.T. con la modificación introducida por la Ley N° 24.432, respecto de las costas.

1. Veamos. La doctrina se ha hecho eco de la importancia de la retribución del trabajo profesional, con énfasis en el

ejercicio de la actividad y el sostenimiento del abogado, en el marco de su rol profesional y su función alimentaria y, en este sentido, ha referido:

"El tema de los honorarios de los abogados y procuradores es uno de los que requieren mayor atención en el quehacer judicial, porque, normalmente, está presente en todos los juicios. Interesa principalmente a los profesionales porque es la retribución por su trabajo que constituye su medio de vida.

También interesa a las partes, que son las que tienen que abonarlos. Y son los jueces quienes tienen que regularlos, tarea en la que deben ser muy cuidadosos en procura de establecer una retribución justa, que contemple su real significación para los interesados y la incidencia que estos emolumentos tienen para las partes en el costo judicial. De allí la importancia del tema y la necesidad de que existan normas arancelarias claras, como también opiniones doctrinales y criterios jurisprudenciales que ilustren sobre la cuestión" (cfr. "Régimen de Honorarios para Abogados y Procuradores. Leyes 21839 y 24432 y sus complementarias", de Guillermo M. PESARESI; Serie Textos Legales Astrea; Autor: LOUTAYF RANEA, Roberto G.; Fuente: JA 2005-III-1479 - SJA 24/8/2005, citado en el Acuerdo N° 5/2009 "ELORRIAGA-).

2. Repasemos, la norma en cuestión expresa:

"La responsabilidad por el pago de las costas procesales, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados y correspondientes a la primera o única instancia, no excederán del veinticinco por ciento (25%) del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades, superaran dicho porcentaje, el juez procederá a prorratear los montos entre los beneficiarios. Para el cómputo del porcentaje indicado no se tendrá en cuenta el monto de los honorarios profesionales que hubieren representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas". (Párrafo incorporado por Art. 8 de la Ley N° 24.432 B.O. 10/1/1995).

La pacífica doctrina de este Tribunal Superior de Justicia ha considerado inconstitucional la reforma introducida por la Ley nacional N° 24.432.

Tal conclusión se fundó en los principios que emanan de los Arts. 1°, 2° y 7° de la Constitución de la Provincia del Neuquén, en el Art. 189, Inc. 16°, que establece la facultad de la Legislatura de dictar los Códigos de Procedimientos, en el Inc. 37° que le confiere la potestad de dictar el estatuto de las profesiones liberales (entre ellas la abogacía), y, finalmente, en el Inc. 1° que fija las atribuciones necesarias para hacer efectivas las disposiciones de nuestra Constitución.

A partir de allí, se concluyó que la Ley Arancelaria, en cuanto guarda una relación íntima y directa con las normas procesales (Art. 63, último párrafo, de la Ley 1.594), integra el plexo normativo para cuyo dictado goza de potestad exclusiva la Legislatura Provincial (cfr. Acuerdo Nro. 178/96, "ACUÑA LUIS ARTURO C/NISALCO S.A. S/ACCIDENTE LEY 9688").

Además, que en el caso de la profesión de abogados, precisamente en ejercicio de la facultad referida, la Provincia reguló su actividad a través de las Leyes Provinciales Nros. 685 y 1594. Y que, a tal efecto, la última norma citada, al margen de fijar emolumentos mínimos también determina porcentajes a aplicar en los distintos casos.

Este criterio se sostuvo con posterioridad en los Acuerdos Nros. 3/2000 "LOWENTAL", 42/04 "CERÁMICA ZANON", entre otros, de esta Secretaría Civil y R.I. Nro. 6.038/2007, 6641/2009, entre otras, del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias).

También se ratificó, desde el examen formulado en autos "YERIO, BEATRIZ C/ RIVA S/ ESCRITURACIÓN" (Acuerdo nro. 189/96) que en virtud del régimen federal que consagra nuestra Constitución Nacional en su Art. 5° y lo preceptuado por el Art. 121 del mismo Cuerpo legal, las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal. En función de lo cual, la ley nacional que reglamenta cuestiones atinentes a la determinación de honorarios es inconstitucionalidad, porque ello constituye una facultad privativa de las provincias.

En síntesis, en lo que respecta al límite de responsabilidad por costas, según la modificación hecha por Ley 24.432, lleva dicho este Tribunal que no resulta aplicable en el ámbito local, lo que corresponde reafirmar en el presente.

3. Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde hacer mención que, con posterioridad a los citados antecedentes locales,

la Corte Suprema de Justicia de la Nación examinó la normativa nacional bajo estudio, y se expidió en la causa ABDURRAMAN, MARTÍN C. TRANSPORTES LÍNEA 104 S.A., 05/05/2009 (FALLOS: 332:921).

Sin embargo, allí no se pronunció sobre el planteo de inconstitucionalidad de la referida norma legal por tratarse de una materia de competencia exclusiva de las legislaturas locales, por cuanto consideró que tal tópico no guardaba relación directa e inmediata con las cuestiones debatidas en dicho juicio, porque había tramitado ante los tribunales competentes de la Capital Federal y no estaba en debate que resultan de aplicación las normas sancionadas por el Congreso de la Nación para determinar el monto de los honorarios profesionales y el alcance de la responsabilidad de las partes en el pago de dicha obligación (Leyes 21.839 y 24.432, respectivamente).

Con lo cual, el argumento central en el que este Cuerpo sostiene la inconstitucionalidad de la norma bajo examen, no ha sido refutado por el Máximo Tribunal de la República.

En otro orden, dicha Alta Magistratura cimentó la defensa de la regulación legal en la ausencia de gravamen para los letrados que introdujeron la cuestión constitucional, pues consideró que el planteo se sustenta, en definitiva, en el interés de terceros cuya representación no han invocado (FALLOS: 262:86; 263:468; 313:1620 y sus citas, entre otros).

Al mismo tiempo, juzgó razonable la ponderación realizada por el Legislador nacional y adecuados los medios seleccionados al efecto. Declaró que la elección entre el presente u otros medios posibles y conducentes para tales objetivos, constituye una cuestión que excede el ámbito del control de constitucionalidad y está reservada al Congreso.

Y, respecto de la aducida violación del derecho de igualdad concluyó, sobre la base de su doctrina, que la ley en examen no conculca ese derecho, desde que otorga el mismo tratamiento a todos los profesionales que asisten a la parte no condenada en costas.

Por último, destacó que el texto agregado por la Ley 24.432 al Art. 277 de la L.C.T. limita la responsabilidad del condenado en costas en los juicios laborales y no el quantum de los honorarios profesionales.

Finalmente, consideró que tal limitación de responsabilidad, como las expresiones legislativas de topes indemnizatorios por razones de interés público, constituye un régimen especial en principio válido, siempre que el criterio de distinción adoptado no sea arbitrario, es decir, si obedece a fines propios de la competencia del Congreso y la potestad legislativa ha sido ejercida de modo conducente al objeto perseguido y de manera que no adolezca de inequidad manifiesta (FALLOS: 250:410).

En igual sentido se pronunció en los autos MATÍAS VALENTÍN VILLALBA C. PIMENTEL, JOSÉ Y OTROS S/ACCIDENTE, LEY 9688, 27/05/2009 (FALLOS: 332:1276).

Aquí precisó que el Art. 277, último párrafo, de la L.C.T., al igual que el art. 505, último párrafo, del Código Civil (resultantes ambos de la Ley 24.432), no contienen ninguna limitación con respecto al monto de los honorarios a regular judicialmente, sino que aluden exclusivamente al alcance de la responsabilidad por las costas.

Además que, no cabe vedarle al beneficiario de la regulación la posibilidad de reclamarle a su patrocinado el excedente de su crédito por sobre el límite porcentual establecido en la ley. Lo contrario importaría consagrar -con relación a este excedente- una obligación sin sujeto pasivo alguno, lo que equivale al desconocimiento del derecho creditorio y, en la práctica, a una efectiva reducción de los emolumentos profesionales, resultado ajeno al propósito del precepto sub examen.

Seguidamente que, la eventual posibilidad de que los profesionales intervinientes ejecuten a su cliente no condenado en costas por el saldo impago de honorarios que pudiese resultar del prorrateo legal, no resulta violatoria, en el caso, del principio protectorio del trabajador ni el derecho de propiedad reconocidos en la Constitución Nacional (Arts. 14 bis y 17). En efecto, -agregó- la naturaleza alimentaria del crédito reconocido al trabajador no empece a que éste deba contribuir, en alguna proporción, con el costo del litigio que decidió promover para el reconocimiento de su derecho.

Y en tal sentido, que el mismo Art. 277 de la L.C.T. autoriza el pacto de cuota litis entre el profesional y trabajador (párrafo 1, in fine), en virtud del cual el primero percibe como retribución un porcentaje de las sumas que se perciban en el litigio, y que participan de un indudable carácter alimentario.

4. Examinados los antecedentes propuestos y reafirmada la competencia local en el tópico debatido, corresponde referir que mediante Acuerdo Nro. 10/2016 –REYES BARRIENTOS- este Tribunal Superior, en el marco de los agravios propuestos ante la Alzada y al momento de recomponer el litigio reexaminó la temática que aquí nos convoca.

Allí se señaló como hecho relevante, la sanción por parte de la Honorable Legislatura de nuestra Provincia de la Ley Nro. 2.933 en fecha 20/11/14, la que introdujo modificaciones sustanciales a la Ley Arancelaria local Nro. 1.594.

Ante ello, corresponde el examen de los presentes a la luz de la normativa específica y con la reforma vigente al tiempo de resolver este recurso.

En lo que aquí interesa, el nuevo dispositivo legal dispone:

"Artículo 4º Los profesionales pueden pactar con sus clientes una participación en concepto de honorarios en el resultado económico del proceso, los que no pueden exceder el treinta por ciento (30%) del resultado económico obtenido, a excepción de los asuntos o procesos laborales. En estos casos, rigen los límites y formalidades establecidos en el artículo 277 de la Ley nacional 20.744, de Contrato de Trabajo, sin perjuicio del cobro que corresponda a la parte contraria, según sentencia o transacción […].".

La nueva norma establece –además- 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.

Pues bien, con la sanción de Ley 2.933 queda saldada la discusión que motivó el agravio constitucional planteado en autos, al consignar el legislador local en forma explícita que rigen los límites y formalidades establecidos en el Art. 277 de la Ley 20.744, el que fuera reformado en el tópico por la Ley 24.432, y cuya aplicación a los presentes peticiona la quejosa.

5. Que luego de la revisión propuesta, ingresando al concreto tratamiento del caso bajo examen, se ha de propiciar el acogimiento del recurso deducido y la consiguiente revocación parcial del fallo impugnado, por haber mediado infracción legal en orden al Art. 4º de la Ley Nro. 1.594, reformado por la Ley Nro. 2.933 que dispone que, en el ámbito local, rigen los límites y formalidades establecidos en el Art. 277 de la Ley nacional 20.744 de Contrato de Trabajo. Y se arriba a esta conclusión, porque se tiene como norte que la finalidad del recurso casatorio impetrado consiste en la correcta interpretación y aplicación de la ley (nomofilaquia), al regir en esta etapa procesal plenamente el principio iuria novit curia (cfr. Acuerdos Nros. 04/05 –"SANDOVAL"-, 35/10 -" PASCUARELLI"-, entre muchos otros, del Registro de la Actuaria).

Resumiendo, este Tribunal Superior mantiene su postura en punto a considerar que la limitación dispuesta en la norma nacional avanza sobre materia privativa de las provincias vulnerando con ello los Arts. 5, 75, inc. 12º y 121 de la Carta Magna Argentina.

No se desconoce las controversias generadas en torno al tópico que nos convoca como tampoco que el Congreso ha insistido con la mentada limitación en la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (Art. 730).

Ello no obstante, los fundamentos constitucionales que cimientan el pronunciamiento que, por lo demás, tampoco han sido contradichos por el Máximo Tribunal de la Nación, con más la reciente modificación de la Ley Arancelaria Local y el uso que de sus atribuciones hizo el Legislador neuquino, impiden la adopción, sin más, del criterio plasmado en la ley nacional.

A esta altura, cabe precisar que los honorarios regulados lo serán en un todo conforme con la Ley arancelaria neuquina, aunque a la postre, el condenado en costas solo responda hasta el 25% de la sentencia, pues sólo se determinaron los alcances de la responsabilidad por el pago de las costas pero nada se dispuso en relación a la cuantía de los honorarios. Entonces allí se aplicará el Art. 4º de la Ley Nro. 1.594.

En virtud de las consideraciones vertidas y del criterio formulado, por los argumentos aquí expuestos he de proponer al Acuerdo se declare procedente el recurso casatorio deducido por la demandada, por los fundamentos vertidos en los considerandos que anteceden, disponiendo la aplicación en el caso de la reforma introducida por la Ley provincial Nro. 2.933 al Art. 4º de la Ley arancelaria local.

6. A la tercera cuestión planteada, emito mi voto en el sentido que las costas se imponen en todas las instancias por su orden con fundamento en la modificación normativa (Art. 68, 2º párrafo, del C.P.C. y C. y 12º de la Ley 1.406).

Asimismo, disponer la devolución del depósito efectuado según constancias de fs.135 y 154 (Art. 11° L.C.). Los estipendios de los profesionales deberán ser estimados sobre lo que fue materia de recurso toda vez que, lo que se revisó en casación no fue el proceso principal sino una cuestión accesoria a aquél (cfr. R.I. Nro.128/2016, del Registro de la Actuaria). MI VOTO.

El señor vocal doctor OSCAR E. MASSEI, dice: Comparto los fundamentos y la solución propuesta en el voto del doctor Ricardo T. Kohon, por lo que emito el mío en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, de conformidad Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) DECLARAR PROCEDENTE el recurso interpuesto, a fs. 104/128vta., por la SOCIEDAD ANÓNIMA IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA contra el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad –Sala III- a fs.98/101 y, CASAR PARCIALMENTE, dicho fallo en virtud de la causal prevista en el inciso a), del Art. 15° de la Ley 1.406, por haber mediado infracción legal, en orden al Art. 4° de la Ley Nro.1.594, conforme reforma introducida por la Ley Nro. 2.933, en virtud de los fundamentos vertidos en los considerandos del presente. 2°) Por imperio de lo establecido por el Art. 17°, inciso c), del Rito, y por ser los elementos sopesados suficientes para fundar el dictado de un nuevo pronunciamiento, recomponer el litigio en el aspecto casado mediante la revocación parcial de la sentencia dictada en la anterior instancia –puntos 1. y 2.-, disponiendo, en consecuencia, la aplicación a los presentes de lo dispuesto por el Art. 4° de la Ley arancelaria neuquina. 3°) Imponer las costas en todas las instancias por su orden con fundamento en la modificación normativa (Arts. 68, 2° párrafo y 279 del C.P.C. y C. y 12° de la Ley 1.406). 4°) Disponer la devolución del depósito efectuado, conforme constancias de fs.135 y 154, de acuerdo a lo establecido por el Art. 11° de la Ley 1.406. 5°) REGULAR los honorarios profesionales del doctor ...., en el doble carácter por la ejecutada, en un 25% de la cantidad que corresponda regular en origen, teniendo en cuenta el carácter asumido en esta instancia extraordinaria local, y tomando como base el monto de los estipendios fijados para retribuir la labor desarrollada en Primera Instancia y mantener el porcentaje fijado en el punto 3. del pronunciamiento de la Cámara por su labor en Alzada (Art. 15° Ley Arancelaria), en virtud de los fundamentos expuestos. 6°) ADJÚNTESE copia de la presente en los autos principales, conforme lo ya resuelto mediante R.I. Nro. 203/15, punto II (fs. 157/160vta.). 7°) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse los autos a origen.

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

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

Dra. MARIA ALEJANDRA JORDÁN - Subsecretaria

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

"BENEDETTI JOSE PEDRO C/ Y.P.F S.A. S/ COBRO DE HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 459782/2011) – Sentencia: 204/16 – Fecha: 18/10/2016

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

EXTENCION DEL CONTRATO DE TRABAJO. DESPIDO SIN CAUSA. MUTUO ACUERDO. GRATIFICACION. FRAUDE A LA LEY. INDEMNIZACION POR DESPIDO. ANTIGÜEDAD. PREAVISO. INTEGRACION MES DE DESPIDO. SUELDO ANUAL COMPLEMENTARIO. VIANDAS. GRATIFICACIONES. EXCLUSION DE LA BASE DE CÁLCULO. VIANDAS. REGISTRACION LABORAL. INTIMACION FEHACIENTE. MULTA.

1.- El hecho de que en la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo se abone una gratificación al trabajador constituye un indicio de fraude a la ley, por encubrir un despido sin casa. (del voto de la Dra. Clerici).

2.- Tanto para el cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso como para la integración del mes del despido rige el criterio de la normalidad próxima, a efectos de poner al trabajador en la situación remunerativa más cercana posible a aquella en que se hubiera encontrado si no se hubiere resuelto el contrato de trabajo. (del voto de la Dra. Clerici).

3.- Partiendo del recibo de haberes correspondiente al mes de febrero de 2010, se debe abonar al trabajador dos meses de remuneración en concepto de indemnización sustitutiva del preaviso en razón de su antigüedad, por la suma de $ 29.246,50, con más su SAC por la suma de $ 2.437,21; y 14 días de haberes en concepto de integración del mes del despido, que equivale a $ 6.604,05. (del voto de la Dra. Clerici).

4.- Se debe incluir el SAC en la base de cálculo de la indemnización prevista por el art. 245 de la LCT. (del voto de la Dra. Clerici).

5.- De acuerdo con lo manifestado en la resolución del Ministerio de Trabajo de la Nación el concepto denominado "vianda ayuda alimentaria" tiene igual tratamiento que el brindado para los vales de producto de compra de canasta familiar, por lo que no se advierte que las sumas que percibía el actor en tal concepto deban ser excluidas de la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT. (del voto de la Dra. Clerici).

6.- Las gratificaciones no siendo una remuneración que en este caso concreto se devengue mensualmente, no corresponde su inclusión en la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT. (del voto de la Dra. Clerici).

7.- El pago de rubros no remunerativos –en este caso con la homologación del Ministerio de Trabajo-, y más allá que se los incluya en la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, no importa que la relación laboral se encuentre incorrectamente registrada, por lo que no resulta procedente el agravamiento indemnizatorio del art. 1 de la Ley 25.323. (del voto de la Dra. Clerici).

8.- Respecto de la multa del art. 2 de la Ley 25.323, toda vez que el trabajador intimó fehacientemente el pago de los rubros derivados del despido incausado, y tuvo que acudir a sede judicial para satisfacer su crédito, el agravamiento resulta procedente por la suma de $ 247.632,10. (del voto de la Dra. Clerici).

9.- De ningún modo podría resolverse una eventual devolución de la suma retenida en concepto de impuesto a las ganancias sin haberle dado participación a la AFIP, que es el organismo que ha percibido el importe dinerario descontado de la gratificación

abonada al actor. (del voto de la Dra. Clerici).

10.- Tomando como parámetro el voto anterior (la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada), con la salvedad de la no inclusión del SAC para el cálculo de la indemnización por antigüedad (art. 245 LCT), la misma arroja una suma de $424.074,25 ($14.623,25 x 29), y no el importe de $15.841,85 como propone mi colega preopinante. En virtud de lo precedentemente expuesto, también se modificará la cifra asignada en el voto anterior en concepto de multa del art. 2 de la Ley 25.323, la que asciende a la suma de $231.181 (462.362 dividido 2). (del voto del Dr. Ghisini, en disidencia y que en este aspecto hace mayoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 18 de Octubre del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BENEDETTI JOSE PEDRO C/ Y.P.F S.A. S/ COBRO DE HABERES", (Expte. Nº 459782/2011), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 2 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Patricia CLERICI y Fernando GHISINI, por encontrarse separado de la causa el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 243/250, que rechaza la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia por la conclusión de la a quo en orden a que no se ha acreditado la circunstancia que menciona el actor: que el acuerdo celebrado el día 17 de marzo de 2010 fuera firmado viciándose la voluntad del primero y que encubra un despido.

Dice que tal conclusión transgrede el principio protectorio previsto en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, que supone que el trabajo en todas sus formas goza de la protección de las leyes. Explica el origen y alcance de este principio y cita los arts. 937 y 938 del Código Civil.

Sigue diciendo que un trabajador con más de treinta años de relación de dependencia con la demandada, y a pocos años de reunir las condiciones para acceder a la jubilación, es citado sorpresivamente a una reunión junto a sus superiores por parte del jefe de relaciones laborales; y que, en dicha reunión y sin previo aviso, en un día común de trabajo, se le comunica, al actor y a sus superiores, que la empresa había tomado la decisión irrevocable de desvincularlo, y que frente a ello tenía dos opciones, o firmar un documento que desconocía pero que le permitía hacerse acreedor a una suma importante de dinero y conservar la obra social por tres meses, o retirarse solo con un telegrama de despido.

Describe la situación del trabajador en ese momento.

Sostiene que se encuentra acreditada la existencia de las dos opciones señaladas, y que la segunda no es, en realidad, una opción, sino una amenaza, no sólo a la honra del actor y sino también a los intereses de su familia.

Entiende que en la suscripción del documento existió error, que es consecuencia de la falsa información brindada por la empresa, induciendo al actor a creer que la primera opción era la más conveniente, ya que era a única forma de obtener una compensación económica y mantener la obra social, cuando, en realidad, la obra social habría sido mantenida en la segunda opción, a la vez que con esta segunda opción también se habría devengado un crédito a favor del trabajador.

También achaca al acto el vicio de dolo, señalando que la demandada, con astucia, ideó una reunión a fin de obtener la suscripción del documento por parte del actor.

Recuerda que en el marco del derecho del trabajo la forma de los actos no implica su validez, ello como

consecuencia del principio de la verdad material.

Agrega que a ello se aduna la manda del art. 12 de la LCT, que consagra la irrenunciabilidad de los derechos laborales.

Considera que yerra la a quo al colocar en cabeza del actor la carga de acreditar los extremos que invoca, entendiendo que con ello se viola la norma del art. 9 de la LCT.

Manifiesta que no existen requisitos previos para promover una demanda como la de autos, siendo la remisión de telegramas una opción que tiene el trabajador, pero que no puede incidir en las consecuencias legales de sus pretensiones futuras.

Formula queja porque la jueza de grado rechazó los reclamos indemnizatorios en función de su carácter accesorio de la pretensión principal.

Se agravia porque la sentencia de primera instancia rechaza el reclamo por retenciones indebidas, por no ser la demandada un agente de percepción.

Señala que el empleador tiene vedado hacer retenciones sobre la remuneración del trabajador sin una base legal cierta, por lo que responde de manera directa en aquellos casos en que se excede ilegítimamente en su conducta.

Advierte que las indemnizaciones laborales no están gravadas por el impuesto a las ganancias, y nunca el yerro de la empleadora puede ser oponible al trabajador, obligándolo a reclamar esa devolución a la AFIP.

Se agravia por la imposición de las costas procesales, sin explicar por qué motivo.

Hace reserva del caso federal.

b) La demandada contesta el traslado de la expresión de agravios de su contraria a fs. 265/269 vta.

Denuncia que el memorial no representa una crítica razonada y concreta del resolutorio apelado.

Dice que de la lectura de la declaración del testigo Amodeo no surge que se haya planteado el envío del telegrama de despido como una segunda opción, sino que ello habría sido conversado en forma previa a la reunión.

Sostiene que de la declaración del testigo Amodeo no surgen acreditados los hechos en los que el actor basa su escrito recursivo.

Considera errónea la postura de la recurrente en cuanto a la existencia de vicios en la voluntad del actor.

Dice que de las constancias de autos surge que el actor aceptó en la reunión celebrada suscribir el acuerdo, y que esta conformidad surge de la voluntad expresa del trabajador expuesta ante escribano público.

Sigue diciendo que, de acuerdo con la doctrina, el vicio de violencia que afecta la libertad –como elemento integrante de la voluntad- consiste en la alteración del normal proceso formativo de la voluntad, pues aparece la intimidación como motivo determinante, lo que no se configura en autos. Cita jurisprudencia de la Sala I de esta Cámara de Apelaciones.

Señala que el actor reconoce que se encuentran cumplidos los recaudos del art. 241 de la LCT.

Sostiene que era deber del propio actor acreditar los hechos invocados, no encontrándonos ante un caso donde sea aplicable el art. 9 de la LCT.

Afirma que la decisión del actor fue plenamente voluntaria.

Pone de manifiesto que a más de un año de suscripto el acuerdo, el actor intima sin hacer referencia a un vicio de la voluntad, lo que importa, a criterio de la demandada, una conducta contraria a lo expuesto en la demanda.

Entiende que al haber sido rechazada la demanda no resultó necesario que la magistrada de grado se expidiera sobre la procedencia de los rubros indemnizatorios.

Destaca el carácter de agente de retención de la demandada, tal como lo ha señalado la a quo, a efectos de rebatir el agravio centrado en el rechazo de la pretensión por retenciones indebidas.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, se advierte que el memorial de la parte actora reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, dado que del mismo surge cuáles son los aspectos del fallo recurrido con los cuales no se acuerda y por qué.

Consecuentemente, han de abordarse los agravios formulados por el apelante.

III.- Recientemente tuve oportunidad de expedirme en una situación similar a la de autos.

En la causa "Carte c/ Banco Patagonia S.A." (expte. n° 404.246/2009, P.S. 2016-IV, n° 103) dije: "El art. 241 de la LCT prevé la posibilidad que las partes del contrato de trabajo pongan fin a la relación que las une por mutuo acuerdo. Para ello requiere que el acuerdo en cuestión sea celebrado ante escribano público, o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo.

"En autos, el acuerdo de partes fue celebrado por ante escribano público, entendiendo la a quo que dicha formalidad lo torna válido, y que no se han acreditado los vicios de la voluntad que invoca el accionante.

"Si bien es cierto que la manda legal requiere como formalidad la celebración por escritura pública, y tal formalidad se encuentra cumplida en el sub lite, entiendo que no por guardar la formalidad legal el acuerdo rescisorio es siempre válido.

"La extinción del contrato de trabajo, que tiene vocación de continuidad y permanencia en el tiempo, es siempre una excepción, y como tal debe ser apreciada estrictamente. Conforme lo señala Ricardo Cornaglia, la ley habilita la variante de la extinción negociada del contrato de trabajo, "pero si bien se admite en ella que la negociación es posible, lo cierto es que la misma se lleva a cabo a partir de una diferencia negocial de las partes, que obliga a observarla estrictamente, y sin olvidar que objetivamente, en el contrato de la relación de dependencia, el principal cuenta con resortes que muy difícilmente puede equiparar el dependiente" (aut. cit., "La simulación del despido y el distracto", LL 2013-F, pág. 62).

"He de recordar que una vez sancionada la Ley de Contrato de Trabajo, el precepto de su art. 241 recibió fuertes críticas, justamente porque deja abierta la posibilidad de instrumentar el acto con todos los ápices legales, en fraude a la ley, a efectos de sortear el pago de indemnizaciones por despido injustificado (cfr. Fernández Gianotti, Enrique, "Fraudes a la ley", LL 148, pág. 587).

"José Daniel Machado explica que la voluntad del trabajador aparece también concernida en la desvinculación concertada o contrato extintivo. Dice el autor citado, "tradicionalmente no ha sido un instituto que diera pábulo a demasiada reflexión doctrinaria, puesto que, en realidad, era de utilización excepcional…

Sin embargo, a partir de los años 90 y de la mano de los procesos públicos y privados de reestructración, racionalización, reordenamiento o cualquier otro eufemismo reconducible a la necesidad o conveniencia de reducir los planteles, el instituto comenzó a ser utilizado para dar cuenta de verdaderos negocios jurídicos onerosos cuya característica común radica en que la liberación del puesto de trabajo viene concedida a cambio de una prestación económica satisfecha o prometida por el empleador.

"Frente al fenómeno, hubo y hay dos reacciones de la doctrina de autores y fallos. Una explicación –que en otros artículos he llamado naif- deduce una ventaja comparativa para el trabajador del hecho de que, si puede desvincularse a cambio de nada por la vía de los arts. 240 y 241 de la LCT, no hay razón de orden público oponible a que lo haga recibiendo una suma de dinero, que funcionaría como una suerte de compensación o indemnización de fuente contractual… La otra versión, a la que adhiero, pone énfasis en la interdependencia de las prestaciones que caracteriza los actos propiamente onerosos. Ello significa que cada una de las concesiones recíprocas no se explica sino por la correspondencia con lo que el otro contratante promete. Hay ventajas y sacrificios correlativos. Es evidente que el trabajador acepta conformar el acto con su firma teniendo en miras, como motivación determinante, la percepción de un dinero que, a su vez, el empleador ofrece pagar sólo y en tanto obtenga la liberación del puesto de trabajo o el alejamiento de un trabajador indeseado" (cfr. aut. cit., "La extinción del contrato de trabajo y la voluntad del trabajador", Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2011-2, pág. 59/60).

"Como vemos la cuestión no es tan sencilla. No por existir la formalidad legal, se puede descartar un fraude a la ley.

"La jurisprudencia, en general, ha sido estricta en la apreciación de este tipo de negocios, determinando su nulidad cuando advierte que la rescisión concertada encubre un despido sin causa.

"Así la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, dijo que si bien las partes de un contrato laboral firmaron un convenio ante el Ministerio de Trabajo donde se estableció la disolución del vínculo por muto acuerdo, corresponde concluir que lo que existió fue un despido arbitrario por trastrocamiento de causa fin objetiva, toda vez que la entrega por parte del empleador de una suma de dinero en concepto de gratificación por el cese de la relación, denota sin

lugar a dudas un apartamiento de la figura del art. 241 de la LCT, para instalarse en la del art. 245 de dicho cuerpo legal (autos "Maldonado c/ Harengus S.A.", 19/2/2008, DJ 2008-II, pág. 472).

"En igual sentido la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo consideró que "el dato del pago de una gratificación extraordinaria con motivo del egreso, resulta un elemento de consideración indiciario de una conducta ilícita. Y digo ello pues, si se ha reconocido al actor el cobro de una suma en concepto de indemnización con motivo de cese, es evidente que no existió un cese por voluntad concurrente de las partes, pues, de ser así, el trabajador no sería acreedor a ninguna suma por tal concepto" (autos "Larena c/ Coto CIC S.A.", 20/5/2013, citado y comentado por Martínez, Rodrigo Ezequiel, LL, AR/DOC/4176/2013, citándose en el artículo numerosos fallos en sentido coincidente con el anotado, al que me remito por razones de brevedad)".

Conforme lo adelanté, en autos tenemos una situación similar a la considerada en el precedente "Carte".

Del acuerdo rescisorio que tengo a la vista, y cuya copia obra a fs. 3/8 vta. y a fs. 37/41, surge que actor y demandada pusieron fin a la relación laboral que las unía con fecha 17 de marzo de 2010, de mutuo acuerdo, percibiendo el trabajador por ello la liquidación final y un gratificación extraordinaria de pago único por egreso que ascendió a la suma de $ 407.023,66 (cláusula TERCERO del convenio), en reconocimiento de los servicios prestados.

Conforme la jurisprudencia citada, el hecho de que en la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo se abone una gratificación al trabajador constituye un indicio de fraude a la ley, por encubrir un despido sin causa.

Este indicio se ve confirmado con la declaración testimonial de Pablo Esteban Amodeo (acta de fs. 160/161). Dice el testigo, quién era el superior jerárquico del demandante al momento de celebrarse el acuerdo controvertido, "…El actor dejó de trabajar para la demandada porque fue desvinculado… Se tomó la decisión de hacer cesar el vínculo laboral del actor y como superior lo convocaron al testigo a la reunión… Convocaron al testigo y a su superior que era Ignacio Swinnen, se le iba a presentar al actor dos propuestas: 1) una desvinculación por acuerdo con ciertos beneficios para el actor, un beneficio económico que era lo más conveniente porque también podía mantener la obra social y 2) mandar un telegrama y se acaba la relación contractual. No había una causa, se había decidido que no quería mantenerlo más como empleado. El testigo fue a la reunión con el actor… Al actor no le gustaba la tarea que estaba haciendo y no la estaba haciendo bien, Recursos Humanos no tenía donde ubicarlo porque no lo pretendía ningún sector. Además venía de una serie de malas evaluaciones de desempeño, entonces Recursos Humanos optó por desvincularlo, todo esto se lo explicaron al testigo 15 minutos antes de tener la reunión con él…. A los 15 minutos lo llamaron a Benedetti para transmitirle la decisión, Benedetti quedó muy sorprendido… El actor pidió explicaciones de por qué se había tomado esa decisión, habló el jefe directo del testigo. Le dijo que no había tenido el rendimiento que se esperaba, que durante años no había tenido un buen desempeño… Vinocur le planteó las dos alternativas, y le presentaron el acuerdo que era beneficioso para ambas partes, el actor dijo que lo quería pensar un tiempo, Vinocur le dijo que no era una consulta que la decisión de desvincularlo ya estaba tomada… El actor preguntó por la obra social, le aclaró que él la podía mantener, no recuerda si con las dos opciones podía mantenerla o no, con el acuerdo si con seguridad podía mantener la obra social. Aceptó el mutuo acuerdo y se llamó al escribano y se firmó". Preguntado de que manera se hicieron las opciones, contesta: "No recuerda si se le plantearon como opciones, se le explicó que se había tomado la decisión de desvincularlo, que se le ofrecía el acuerdo, no recuerda si le dijeron la otra alternativa o sino cuando él dijo que no, le dijeron que la otra opción era desvincularlo y nada más".

Si bien el testigo Fabián Osvaldo Liberatore (acta de fs. 173/vta.) explica que fue el actor quién solicitó el retiro de la empresa demandada, por encontrarse en condiciones de acceder a la jubilación y así obtener un beneficio económico, su versión se contradice con la del testigo presencial del acuerdo –Pablo Esteban Amodeo-, en tanto de la prueba informativa de fs. 131/136 surge que el actor solicitó el beneficio jubilatorio con fecha 6 de abril de 2010 (poco después de suscribir el acuerdo rescisorio), pero la jubilación fue acordada en mayo de 2011 (más de un año después del acuerdo), por lo que ciertamente no se advierte cuál sería el beneficio obtenido por el demandante al dejar su trabajo cuando aún no tenía iniciado ni siquiera el trámite jubilatorio.

Por otra parte, la demandada contaba con la manda del art. 252 de la LCT, que ofrece una posibilidad más beneficiosa para el trabajador, y entiendo que también para la empleadora, por cuanto finalizado el plazo legal el

contrato de trabajo queda extinguido sin obligación indemnizatoria para el empleador.

Tampoco resultan determinantes las evaluaciones de desempeño desfavorables a las que alude el testigo Amodeo, ya que, en todo caso, ellas daban la posibilidad a la demandada de resolver el contrato de trabajo con justa causa, y también sin obligación indemnizatoria.

Surge, entonces, de la prueba aportada a la causa que un trabajador con 29 años de servicio para la demandada (la fecha de ingreso conforme recibos de haberes es 1 de marzo de 1981) es convocado a una reunión, en la cual se le informa que la empleadora ha decidido despedirlo (o desvincularlo en terminología de los testigos), ofreciéndole un acuerdo rescisorio, con la percepción de una suma dineraria en concepto de gratificación, o la resolución del contrato de trabajo sin indemnización alguna (por lo menos en lo inmediato). Más aún, surge de los dichos del testigo Amodeo que el actor solicitó tiempo para reflexionar sobre la propuesta, el que le fue negado, conminándolo a tomar la decisión en ese momento.

Va de suyo que lo actuado por la demandada constituye un flagrante fraude a la ley, ya que el acuerdo que se obligó a firmar al trabajador encubre un despido sin causa.

Además, y como otro indicio de fraude a la ley, no se entiende por qué la suma reconocida en concepto de gratificación por cese se precisa hasta con centavos, circunstancia que lleva a pensar que, en realidad, ese monto es un porcentaje de otro mayor, y no una liberalidad del empleador.

De lo dicho concluyo en que el acuerdo rescisorio instrumentado en escritura pública n° 141, de fecha 17 de marzo de 2010, es nulo conforme lo prescripto por el art. 14 de la LCT.

IV.- Sentado lo anterior, que importa la revocación de la sentencia de primera instancia, corresponde analizar la procedencia de los distintos rubros pretendidos por el demandante.

El actor pretende el pago de la indemnización por antigüedad, de la indemnización sustitutiva del preaviso y de la integración del mes del despido.

Encontrándonos ante un despido sin causa corresponde se abone al trabajador las tres indemnizaciones pretendidas.

Tanto para el cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso como para la integración del mes del despido rige el criterio de la normalidad próxima, a efectos de poner al trabajador en la situación remunerativa más cercana posible a aquella en que se hubiera encontrado si no se hubiere resuelto el contrato de trabajo.

Partiendo del recibo de haberes de fs. 8 correspondiente al mes de febrero de 2010, se debe abonar al trabajador dos meses de remuneración en concepto de indemnización sustitutiva del preaviso en razón de su antigüedad, por la suma de $ 29.246,50, con más su SAC por la suma de $ 2.437,21; y 14 días de haberes en concepto de integración del mes del despido, que equivale a $ 6.604,05.

Conforme el art. 245 de la LCT le corresponde al actor una indemnización igual a un mes de la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año por cada año de servicio, o fracción superior a tres meses.

El actor pretende que dentro de la base de cálculo de la indemnización por antigüedad se incluya el SAC proporcional, la gratificación por compromiso y la vianda ayuda alimentaria.

En lo concerniente al SAC ya me he expedido en autos "Cañicura c/ Empresa Zille S.R.L." (expte. n° 377.378/2008, P.S. 2011-IV, n° 146) –citado por el actor en su demanda-, adhiriendo al criterio que incluye el SAC en la base de cálculo de la indemnización prevista por el art. 245 de la LCT. Dije en esa oportunidad: "el sueldo anual complementario es una remuneración adicional que se devenga mes a mes ya que, de otro modo y como bien lo pone de manifiesto el a quo, no tendría razón de ser el pago proporcional dispuesto en el art. 123 de la LCT.

Por tanto, y conforme ya lo adelantara, corresponde su inclusión en la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT.

"Por otra parte, no debe perderse de vista que la indemnización del art. 245 de la ley laboral toma como parámetro a efectos de reparar los daños y perjuicios derivados de la ruptura unilateral e injustificada del vínculo de trabajo la situación salarial en la que se encontró el trabajador durante el año anterior al distracto, o el término menor trabajado, con el objeto que aquella reparación –tarifada- sea lo más adecuada posible a la entidad del perjuicio ocasionado

(que se traduce en la pérdida del puesto de trabajo y consiguientemente del ingreso mensual que obtenía como consecuencia de la puesta a disposición del empleador), por lo que no incluir el proporcional del SAC en esta base de cálculo contraría la finalidad apuntada ya que, conforme lo explicado el SAC es salario de pago diferido pero devengado mes a mes".

Respecto del rubro viandas también ya he sentado criterio en orden a que no corresponde atenerse a la calificación de no remunerativo dada por el sindicato y la cámara patronal, conforme surge de la documental de fs. 34/36.

Así en autos "Martínez c/ Perfil S.R.L." (expte. n° 413.499/2010, P.S. 2012-IV, n° 147) señalé que: "En el ya citado precedente "Pérez c/ Disco" (TySS 2009, pág. 775), cuya doctrina fuera posteriormente ratificada en "González c/ Polimat" (sentencia del 19/5/2010, LL diario del 8/6/2010, pág. 7), el máximo tribunal nacional fue terminante respecto a que "la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan (doc. "Inta Industria Textil Argentina S.A. s/ apelación", Fallos 303:1812 y su cita), sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje de nomen iuris sería inconstitucional (Fallos 329:3680)" y que "la indebida exclusión de conceptos que se encuentran comprendidos dentro de la noción de salario que brindan tanto las normas internacionales ratificadas por la República Argentina, como la propia legislación nacional, afecta el principio de retribución justa" (voto de los Dres. Highton de Nolasco, Fayt y Argibay, considerando 11). Asimismo, surge de los fallos señalados que el concepto de remuneración debe ser interpretado a la luz de lo previsto en el art. 103 de la LCT, coincidente con la definición que de ese instituto trae el Convenio n° 95 de la OIT.

"Analizadas, entonces, las previsiones convencionales cuestionadas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no cabe sino concluir, en coincidencia con la a quo, que el bono de paz social y normal desarrollo de las operaciones, cuya vigencia prorroga el art. 14 bis del CCT 536/8, como las viandas compensables en dinero que refiere el art. 34 del mismo convenio, el beneficio del art. 34 bis, la asignación por alimento/vianda –refrigerio del art. 60 y la vianda del art. 80, todos del convenio citado, constituyen una ganancia para el trabajador que reconoce como exclusiva fuente el contrato de trabajo y la prestación laboral del trabajador, por lo que su naturaleza es remunerativa, de acuerdo con el art. 103 de la LCT".

En autos, y de acuerdo con lo manifestado en la resolución del Ministerio de Trabajo de la Nación (fs. 34) el concepto denominado "vianda ayuda alimentaria" tiene igual tratamiento que el brindado para los vales de producto de compra de canasta familiar, por lo que no se advierte que las sumas que percibía el actor en tal concepto deban ser excluidas de la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT.

En lo que refiere a la gratificación por compromiso, la perito contadora ha informado que fue percibida anualmente por el trabajador, en el mes de marzo de cada año, por el período 2007-2010 (fs. 209).

Sobre este tipo de remuneración (gratificaciones no percibidas mensualmente aunque si con periodicidad) y su inclusión en la base de cálculo de la indemnización por antigüedad, la jurisprudencia no es pacífica.

La Sala VII de la CNAT (autos "Bustamante c/ Jumbo Retail Argentina S.A. ", 18/3/2016, LL 2016-C, pág. 248) ha decidido que las sumas abonadas por gratificación en forma trimestral deben integrar proporcionalmente la base salarial a los efectos de calcular la indemnización por despido, pues con la mecánica de pago de ese adicional se generó una ventaja económica para el empleador en detrimento del subordinado, en miras a una eventual exclusión de esas sumas en el cómputo del mejor salario a los fines de la indemnización.

En igual sentido pero con distinto fundamento, la Sala IX de la CNAT (autos "Insua c/ Jumbo Retail Argentina S.A.", 29/11/2013, LL AR/JUR/89968/2013) resolvió la inclusión de la gratificación trimestral y de la gratificación anual en la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT. En este caso el fundamento fue que no se expusieron razones objetivas que justificaran dicha modalidad de pago.

Por su parte la Sala III de la CNAT (autos "Centurión c/ SMG Cía. Argentina de Seguros S.A.", 28/2/2013, LL AR/JUR/4799/2013) también se inclinó por la inclusión de las gratificaciones que percibía el trabajador en la base de cálculo de la indemnización ya que dichas gratificaciones se otorgaban en base a la perfomance de la persona, del equipo de trabajo y del resultado económico de la empresa sin brindar pautas, por lo que no caben dudas de su

naturaleza remunerativa.

Con criterio diferente la Sala VIII de la CNAT (autos "Martínez c/ Jumbo Retail Argentina S.A.", 29/7/2013, LL AR/JUR/51592/2013) sostuvo la no inclusión de la gratificación en la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT por entender que no era remuneratoria.

La Sala II de la CNAT (autos "Basmadjian c/ Pepsico de Argentina S.R.L.", 28/8/2014, DT 2015, pág. 93) tampoco incluyó el bonus anual en la base de cálculo en cuestión, pero por considerar que no se trata de una retribución con frecuencia de pago mensual, ni un supuesto de diferimiento fraudulento.

Ninguna de las partes señala cuál era la base de procedencia del pago de la gratificación por compromiso.

El testigo Hernán Arroyo (acta de fs. 85/86) explica que la gratificación por compromiso consistía en que la empresa, a principio de año, definía, de acuerdo con la línea gerencial, una serie de acciones a cumplir por cada uno de los empleados y había tiempo desde enero a diciembre para cumplir con esos objetivos, y si el empleado los cumplía antes del 30 de octubre o de noviembre se incrementaba el premio. Asimismo señala el testigo que hubieron años en los que él no cobró esta gratificación, aunque lo achaca a la metodología poco clara de la empresa. En tanto que el testigo Pedro Bruveris (acta de fs. 158/159) señala que el rubro gestión por compromiso se lo pagaban prácticamente a todos los empleados anualmente, y afirma que es uno de los métodos de la demandada para evaluar al personal.

Las gratificaciones cuando reúnen los requisitos de normalidad y habitualidad –como en autos- tienen carácter remunerativo (cfr. Fernández Madrid, Juan Carlos – Fernández Madrid, Diego, "Injurias, indemnizaciones y multas laborales", Ed. La Ley, 2011, pág. 512/513).

Sin embargo, no basta esta sola característica para determinar favorablemente su incorporación a la base de cálculo de la indemnización por despido, sino que también se debe devengar mensualmente, y es este extremo el que se encuentra ausente en autos.

Conforme lo dicho por los testigos, el cobro de la gratificación gestión por compromiso responde al cumplimiento de objetivos previamente establecidos por la empleadora, y a una evaluación de ésta, de lo que se sigue que no constituye una remuneración que el trabajador va ganando mensualmente, más allá de que su pago se concrete una vez al año. Por el contrario, aparece como una remuneración que es producto de una evaluación que se realiza en un determinado momento, en el cual se establece si el trabajador va a percibir el premio o no.

Más aún, el trabajador tiene todo el año calendario para cumplir con los objetivos, por lo que no resulta necesaria la existencia de cumplimientos mensuales, sin perjuicio del incremento de la gratificación por haber alcanzado los objetivos fijados al llegar los meses de octubre o noviembre.

Por ende, no siendo una remuneración que en este caso concreto se devengue mensualmente, no corresponde su inclusión en la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT.

Por otra parte, la actora no ha invocado que exista intención de fraude a la ley en la modalidad de pago de la gratificación implementada por la demandada.

De lo dicho se sigue que la mejor remuneración mensual, normal y habitual que he de tomar en cuenta para la liquidación de la indemnización del art. 245 de la LCT debida al actor es $ 15.841,85.

Cabe señalar que me aparto aquí de lo establecido por la perito contadora, ya que ella ha computado el mes de marzo de 2009 como mejor remuneración mensual, normal y habitual, incluyendo el pago de la gratificación anual, lo que resulta improcedente, ya que aún cuando se incluyera dicha gratificación en la base de cálculo –lo que en autos no corresponde conforme ya se ha explicado- ello debe ser proporcional y no por la totalidad del pago anual.

Toda vez que la demandada no ha opuesto como defensa que la remuneración del trabajador supere el tope previsto por el art. 245 de la LCT, y no habiéndose acompañado documentación de la cual surja el monto del tope antedicho, he de entender que aquella remuneración no excede el tope referido.

Luego, atendiendo a la antigüedad del trabajador (29 años), le corresponde al actor en concepto de indemnización por antigüedad la suma de $ 459.413,65.

V.- Pretende también la parte actora la aplicación de la multa prevista por el art. 1 de la Ley 25.323.

El pago de rubros no remunerativos –en este caso con la homologación del Ministerio de Trabajo-, y más allá que se los

incluya en la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, no importa que la relación laboral se encuentre incorrectamente registrada, por lo que no resulta procedente el agravamiento indemnizatorio del art. 1 de la Ley 25.323.

Respecto de la multa del art. 2 de la Ley 25.323, toda vez que el trabajador intimó fehacientemente el pago de los rubros derivados del despido incausado (telegrama obrero de fs. 2, cuya constancia de recepción se encuentra a fs. 92), y tuvo que acudir a sede judicial para satisfacer su crédito, el agravamiento resulta procedente por la suma de $ 247.632,10.

VI.- Se agravia la actora por el rechazo de su pretensión de que se le devuelva la suma de $ 42.580,43, que le fuera retenida en concepto de impuesto a las ganancias de la gratificación por cese que se le abonara oportunamente.

La jueza de grado no ha hecho lugar a esta pretensión con fundamento en que la demandada es agente de retención y no de percepción, y en ello asiste razón a la a quo.

De ningún modo podría resolverse una eventual devolución de la suma retenida en concepto de impuesto a las ganancias sin haberle dado participación a la AFIP, que es el organismo que ha percibido el importe dinerario descontado de la gratificación abonada al actor.

Cabe señalar que si bien la jurisprudencia equipara la gratificación por cese de la relación laboral con la indemnización por antigüedad a los fines de aplicar la exención prevista en el art. 20 inc. i) de la Ley de Impuesto a las Ganancias, siempre que ha ordenado la devolución de lo indebidamente percibido ha sido con la participación en el proceso de la AFIP (véase a título de ejemplo el fallo de la CNAT, Sala VI, "Argentini c/ Gtech Foreign Holdins Corporation", 21/8/2014, DT 2015, pág. 309).

VII.- Sin perjuicio de las opiniones encontradas en doctrina y jurisprudencia respecto de la procedencia de descontar la suma abonada en concepto de gratificación por cese en supuestos como el de autos, el demandante ha detraído dicha suma del monto de su reclamo (fs. 24 vta.), por lo que corresponde restar del importe total debido al trabajador lo percibido oportunamente en tal concepto ($ 367.875,94).

Por ende, la demanda progresa por la suma total de $ 377.457,57.

Esta suma devengará intereses desde la fecha de la mora (17 de marzo de 2010) y hasta su efectivo pago, los que se liquidarán de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén.

VIII.- Si bien la actora no ha fundado su agravio respecto de la imposición de las costas procesales, por lo que el mismo deviene desierto, en atención al resultado de la apelación y conforme lo dispone el art. 279 del CPCyC corresponde modificar la condena en costas resuelta en la primera instancia.

IX.- En mérito a lo antedicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora y revocar el decisorio apelado.

Recomponiendo el litigio, se hace lugar parcialmente a la demanda, declarando la nulidad del acuerdo rescisorio celebrado entre las partes y condenando a la demandada a pagar al actor, dentro de los diez días de quedar firme la presente, la suma de $ 377.457,57 con más sus intereses, conforme lo establecido en el considerando pertinente.

Las costas por la actuación en ambas instancias, teniendo en cuenta el resultado obtenido (arts. 17, Ley 921 y 71, CPCyC) se imponen en un 80% a la parte demandada y en un 20% a la parte actora.

Los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia se regulan en 11,2% de la base regulatoria (que incluye capital más intereses, art. 20 de la Ley 1.594) para cada uno de los letrados apoderados de la parte actora, Dres. ... y ...; 5,6% de la base regulatoria para cada uno de los letrados patrocinantes de la parte demandada, Dres. ... y ..., y 4,48% de la base regulatoria para el apoderado de esta última parte, Dr. ..., todo de acuerdo con lo establecido en los arts. 6, 7, 10 y 11 de la Ley 1.594.

La retribución de la perito contadora..., atendiendo a la labor cumplida y a la proporción que debe guardar con los emolumentos de los abogados de las partes, quienes actúan a lo largo de todo el proceso, se fija en el 3% de la base regulatoria.

Los honorarios por la actuación ante la Alzada del Dr. ... se establecen en el 30% de la suma que, por igual concepto, se determine a la totalidad de los letrados de la parte actora por su actuación en la instancia de grado, en tanto que

los emolumentos del Dr. ... se fijan en el 30% de la suma que, por igual concepto, se determine para la totalidad de los abogados patrocinantes de la parte demandada por su actuación en primera instancia, y los del Dr. ..., en el 30% de la suma que resulte, por igual concepto, por su actuación en la instancia de grado, conforme lo dispuesto en el art. 15 de la ley arancelaria.

El Dr. Fernando GHISINI dijo:

Voy a disentir respetuosamente con el voto de la Dra. Patricia Clerici en relación a que, la Sala III que integro ha declarado en numerosas oportunidades –entre otras en la causa: "CARRASCO JORGE HUMBERTO CONTRA TEXEY S.R.L. SOBRE DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", (Expte. N° 420662/2010), que el cálculo de la indemnización prevista en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, debe realizarse a partir de la mejor remuneración normal, mensual y habitual; y como el Sueldo Anual Complementario es una prestación semestral, no forma parte de aquel cálculo aunque su pago sea normal y habitual.

Así, en el antecedente citado, hemos sostenido que: "En relación a la apelación subsidiaria, diré que ya me he expedido, apoyando la posición del plenario N° 322 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en: "TULOSAI, ALBERTO P. c/ BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA s/ LEY 25.561" (19/11/2009), in re "MOLINA ITALO JAVIER CONTRA PRIDE INTERNATIONAL S.R.L. S/DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", (Expte. N° 352439/7), sent. del 27 de diciembre de 2012, a cuyos fundamentos me remito por razones de brevedad. Considero que es el criterio más actualizado y comprensivo del texto legal vigente del art. 245 de la LCT, especialmente, en cuanto al recaudo de que el salario sea mensual, lo que descarta otro tipo de percepción, no habiendo la reforma N° 25.877 modificado tal módulo, no coincidiendo con el criterio del magistrado de origen".

Por lo tanto, tomando como parámetro el voto anterior (v. fs. 8 la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada), con la salvedad de la no inclusión del SAC para el cálculo de la indemnización por antigüedad (art. 245 LCT), la misma arroja una suma de $424.074,25 ($14.623,25 x 29), y no el importe de $15.841,85 como propone mi colega preopinante.

En virtud de lo precedentemente expuesto, también se modificará la cifra asignada en el voto anterior en concepto de multa del art. 2 de la Ley 25.323, la que asciende a la suma de $231.181 (462.362 dividido 2).Consecuentemente, a la suma de $693.543,01 ($424.074,25 + $231.181 + $29.246,50 del preaviso + $2.437,21 SAC + $6.604,05 14 días de haberes integración mes de despido) se le debe restar lo percibido oportunamente por el demandante ($367.875,94) y por tal motivo la demanda deberá prosperar a mi criterio por $325.667,07, con más los intereses establecidos en el voto que me precede.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. Marcelo J. MEDORI, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos, adhiero al voto del Dr. Fernando GHISINI.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia de fs. 243/250, y recomponiendo el litigio, hacer lugar parcialmente a la demanda, declarando la nulidad del acuerdo rescisorio celebrado entre las partes y condenando a la parte demandada a pagar al actor, dentro de los diez días de quedar firme la presente, la suma de $325.667,07, con más sus intereses, conforme lo establecido en el considerando pertinente.

II.- Imponer las costas por la actuación en ambas instancias, teniendo en cuenta el resultado obtenido (arts. 17, Ley 921 y 71, CPCyC), en un 80% a la parte demandada y en un 20% a la parte actora.

III.- Regular los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia en 11,2% de la base regulatoria (que incluye capital más intereses, art. 20 de la Ley 1.594) para cada uno de los letrados apoderados de la parte actora, Dres. ... y ...; 5,6% de la base regulatoria para cada uno de los letrados patrocinantes de la parte demandada, Dres. ... y ..., y 4,48% de la base regulatoria para el apoderado de esta última parte, Dr. ..., todo de acuerdo con lo establecido en los arts. 6, 7, 10 y 11 de la Ley 1.594,

IV.- Fijar los honorarios de la perito contadora ..., atendiendo a la labor cumplida y a la proporción que debe guardar

con los emolumentos de los abogados de las partes, en el 3% de la base regulatoria.

V.- Establecer los honorarios por la actuación ante la Alzada del Dr. ... en el 30% de la suma que, por igual concepto, se determine a la totalidad de los letrados de la parte actora por su actuación en la instancia de grado, en tanto que los emolumentos del Dr. ... se fijan en el 30% de la suma que, por igual concepto, se determine para la totalidad de los abogados patrocinantes de la parte demandada por su actuación en primera instancia, y los del Dr. ..., en el 30% de la suma que resulte, por igual concepto, por su actuación en la instancia de grado, conforme lo dispuesto en el art. 15 de la ley arancelaria.

VI.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. FERNANDO GHISINI - Dr. MARCELO MEDORI

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

"ORELLANA JOSE LAUREANO C/ VERGARA ANGEL RAUL Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 382997/2008) – Sentencia: 205/16 – Fecha: 20/10/2016

DERECHO LABORAL: Accidente de trabajo.

ACCION CIVIL. CAIDA DESDE EL TECHO DE UN GALPON. ACTIVIDAD RIESGOSA. DAÑO PSICOLOGICO. AUTONOMIA. DAÑO MORAL. CUANTIFICACION.

1.- En primer lugar, cabe aclarar que los integrantes de esta Sala II hemos venido sosteniendo que el riesgo de la actividad no se encuentra comprendido en el art. 1.113 del Código Civil, norma sobre cuya aplicación en el sub lite no existe controversia en esta instancia. Sin embargo, en autos "Portales c/ Moño Azul S.A." (expte. n° 453.788/2011, P.S. 2016-VI, n° 170), como consecuencia de la evolución doctrinaria y jurisprudencial habida en la materia, y fundamentalmente de la recepción expresa por el Código Civil y Comercial de la actividad que sea peligrosa o riesgosa, por su naturaleza, por los medios empleados, o por las circunstancias de su realización como fuente de responsabilidad objetiva (art. 1.757), hemos variado tal criterio, en el entendimiento que la nueva legislación, si bien no aplicable al caso concreto, sirve indudablemente como pauta de interpretación de la anterior codificación.

2.- La demanda en donde el trabajador reclama por los daños y perjuicios que sufrió al caer del techo del galpón sobre el que estaba trabajando debe ser admitida, toda vez que entiendo que las condiciones en que desarrollaba su trabajo el actor convirtieron a la actividad laboral en riesgosa, por la altura –aproximadamente 5 metros- y el estado del techo sobre el cual se encontraba trabajando- de acuerdo a las manifestaciones del funcionario de la propia provincia codemandada el techo se encontraba sumamente deteriorado [con huecos y espacios]-.

3.- En cuanto a la incapacidad psicológica determinada por el perito de la especialidad en su informe (...), el juez de grado ha sostenido que el daño es patrimonial o extrapatrimonial, no existiendo la posibilidad de indemnizar en forma autónoma el daño psicológico. Este es el criterio que también adopta esta Sala II, aunque se valora la lesión psíquica a efectos de cuantificar el daño moral, conforme lo ha hecho el juez de grado. No encuentro elementos en el expediente que permitan apartarme del criterio antedicho.

4.- Indudablemente el sufrimiento espiritual del actor ha sido importante, la angustia e incertidumbre lógicas durante el tratamiento médico, y luego la finalización abrupta de su vida laboral. En base a lo dicho considero que debe elevarse el monto de la indemnización por daño moral, fijándolo en la suma de $ 40.000,00

Texto completo:

NEUQUEN, 20 de Octubre de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ORELLANA JOSE LAUREANO C/ VERGARA ANGEL RAUL Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL", (Expte. Nº 382997/2008), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 3 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora y la codemandada Provincia del Neuquén interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 552/560 vta., que hace lugar a la demanda, con costas a los vencidos.

El letrado patrocinante de la parte actora apela los honorarios regulados a su favor, por bajos (fs. 563).

a) La codemandada Provincia del Neuquén se agravia por entender que, no obstante que el demandado Vergara haya reconocido –en oportunidad de absolver posiciones- el acaecimiento del siniestro, y que es contratista del Estado provincial, el juez de grado debió responder a la cuestión planteada por su parte en cuanto a la ausencia de conocimiento y consentimiento por parte de la Provincia del Neuquén de que el actor se encontrara en ese lugar y tiempo del accidente, lo que torna injusta la sentencia de primera instancia.

Sostiene que el fallo recurrido omitió considerar adecuadamente todos los extremos controvertidos, apresurándose a imponer las reglas de la responsabilidad objetiva de manera inoportuna; en tanto, antes de invertir la carga de la prueba, debió el a quo establecer de que modo el actor ha probado que el dueño de la cosa inerte desde la que el actor cae, conocía de su presencia y, en su caso, si estuviera ella consentida. Agrega que la respuesta es doblemente negativa, ya que la Provincia no consintió de ninguna manera la presencia del señor Orellana en la hora y lugar del accidente.

Dice que tampoco se encuentra probado la fragilidad ni la falta de condición adecuada de las chapas del techo, como erradamente lo afirma la sentencia de grado.

Sigue diciendo que lo que sí se encuentra probado suficientemente es la torpeza del actor en su caída, y su manifiesta temeridad, encontrándose en un lugar de altura no sólo sin elementos de seguridad, sino de manera precaria, sin siquiera una mínima vestimenta adecuada.

Entiende que en autos estamos ante un supuesto de culpa de la víctima.

Reitera que resulta incontrastable que el actor se encontraba sobre el techo de un galpón de una dependencia pública sin autorización ni orden del Estado, fuera de todo horario autorizado de trabajo.

Califica como medular el hecho del desconocimiento de la dueña del inmueble sobre el cual el actor estuvo

deliberadamente parado.

b) La parte actora se agravia por cuanto el a quo consideró una incapacidad parcial, en parte el lucro cesante y no todo el daño emergente consecuencia del mismo hecho ilícito.

Dice que el juez de grado sólo ha considerado un aspecto de la incapacidad, que es la física-laborativa. Agrega que resulta evidente que el juzgador no ha tomado en cuenta el informe pericial del Dr. ... de fs. 408/411, el que claramente ha determinado que el actor presenta lesiones psicológicas a causa del accidente sufrido, que su padecimiento psíquico es de serio grado de nocividad, y que lo puede llevar a la depresión; a la vez que determina para el actor un porcentaje de incapacidad del 45%, según Baremo de la Asociación Médica Americana.

Destaca que se encuentra probado que, además de su incapacidad física, el actor tiene trastornos psíquicos que influyen de manera directa en su capacidad integral, lo que no ha sido considerado en la sentencia recurrida.

Afirma que del informe pericial psicológico surge que existe una verificable relación de causalidad entre el daño psíquico post traumático y el hecho ilícito.

Reconoce que el a quo ha dicho en su sentencia que el daño psíquico no se reconoce como categoría autónoma, al no constituir un tercer género distinto del daño patrimonial y el moral, en consonancia con reiterada jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones, pero, argumenta el apelante, no explica por qué dicho daño no fuera considerado en la determinación de la incapacidad que padece la víctima, remitiéndose solamente a la disminución de su capacidad laborativa por las lesiones del antebrazo derecho.

Cataloga como contradictoria la argumentación del a que porque, mientras acepta que estamos frente a una pretensión de reparación integral, sólo considera al individuo afectado en una solo de los aspectos disminuidos por el accidente.

Se refiere a la indemnización de daños y perjuicios, con cita de doctrina y jurisprudencia.

Señala que a fs. 305/311 obran informes médicos de la empleadora del actor, el Ministerio de Producción y Turismo de la Provincia del Neuquén, que concuerdan con los acompañados como prueba documental, con los que queda acreditado que el trabajador presenta una incapacidad del 70%, valorizada como del 100% para sus tareas habituales.

Concluye en que el informe pericial del perito médico clínico no refleja el verdadero estado de salud del actor. Sostiene que el perito médico sólo ha tomado a la víctima como objeto de análisis de su capacidad laborativa y no en lo que refiere al estado de salud general, con las repercusiones del accidente en toda su persona; no toma al individuo en su totalidad, ni la repercusión en su vida de relación.

Continúa cuestionando el informe pericial de autos, manifestando que no consta que se hayan realizado al actor estudios complementarios, y destaca que no existe un solo antecedente que avale los dichos del perito.

Señala que el mismo perito médico, a fs. 459, reconoce que en su estado actual de salud, el actor no podría superar un examen médico preocupacional para actividades laborales que impliquen esfuerzos físicos moderados a intensos, y manipulación fina de objetos, tareas éstas habituales y similares a las que desempeñaba el accionante al momento del accidente.

Recuerda que el actor, como consecuencia del accidente, no pudo continuar desempeñándose como agente administrativo de la Provincia del Neuquén, encontrándose jubilado por invalidez, a la vez que tampoco puede trabajar como albañil dado sus lesiones físicas. Ello, dice el recurrente, sin perjuicio de tener que cargar con la deformación estética y las lesiones psíquicas.

También se agravia por el monto determinado para la reparación del daño moral ($ 20.000,00), el que califica como irrisorio.

Realiza consideraciones respecto del daño moral.

c) La demandada Provincia del Neuquén contesta el traslado de la expresión de agravios de su contraria a fs. 582/588 vta.

Recuerda que conforme jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones resulta procedente la aplicación de la fórmula de matemática financiera como pauta orientadora para la cuantificación del daño físico sufrido.

Compara el resultado de la fórmula antedicha con el monto de la indemnización fijada por el a quo, sosteniendo que

es evidente que este último ha corregido en más la suma resultante de la fórmula referida, con la clara finalidad que la indemnización comprenda la universalidad de proyecciones que el daño pueda tener sobre la vida del accionante.

Luego, dice 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, subordinándose la fuerza de convicción del dictamen a un análisis crítico de las razones y fundamentos que han conducido al perito a la formulación de sus juicios.

A la luz de estos conceptos, afirma la parte que las aseveraciones realizadas por el perito psicólogo carecen de toda fundamentación, y no se condicen con las conclusiones aportadas por la pericial médica y restantes circunstancias de la causa.

Dice que es tesitura reiterada de esta Cámara de Apelaciones que la lesión psíquica no es resarcible "per se", salvo en caso que efectivamente se trate de un desmedro de las capacidades psíquicas y mentales de la víctima, ocasionando, en consecuencia, un desmedro patrimonial, actual o futuro. Cita doctrina y jurisprudencia.

Defiende el monto fijado por el a quo para la indemnización por daño moral, entendiendo que resulta ajustado a derecho.

d) La parte actora contesta el traslado del memorial de agravios de la Provincia del Neuquén a fs. 590/592.

Afirma que dicho memorial carece de fundamentos y que solamente constituye una mera discrepancia con el fallo de grado.

No obstante ello, recuerda que se encuentra reconocido por la apelante que el señor Vergara es contratista del Estado y que fue contratado para realizar trabajos de reparación del techo del galpón del Ministerio de Producción, siendo en virtud de esa contratación que el actor fue introducido en el inmueble, más precisamente sobre el techo para realizar los trabajos contratados con el demandado Vergara, desprendiéndose de ello la autorización expresa. Reitera que resulta evidente que, dado el objeto de la contratación, tanto el contratista como sus empleados se encontraban autorizados a ingresar en el inmueble.

En cuanto al objeto desde el cual cae el actor –techo- afirma que aún cuando se considere un objeto inanimado, que no genera riesgo en si mismo, aclarando que no comparte esta postura, su estado de deterioro y la necesidad de su reparación lo tornaron peligroso. Afirma que del expediente administrativo surge que el techo no había sido reparado desde el año 1995, en tanto que el accidente se produjo en el año 2007; y que ello, agregado a sus características (chapa y madera) acredita su situación ruinosa y, por lo tanto, riesgosa.

II.- La sentencia de autos condena a los demandados al pago de la suma de $ 59.600,00 en concepto de indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el actor como consecuencia del accidente acaecido el día 17 de enero de 2006.

La condena se basa en el art. 1.113 del Código Civil, imputando responsabilidad a la demandada Provincia del Neuquén en su condición de dueña de la cosa riesgosa, aunque también la condena en base a la responsabilidad subjetiva, toda vez que le reprocha la falta de control sobre el personal de la contratista, señalando que en el caso concreto del actor no verificó que estuviera registrado, que la contratista hubiera celebrado contrato de afiliación con la ART, que el trabajo estuviera controlado por capataces o personal idóneo en materia de higiene y seguridad, y que contara con los elementos de seguridad necesarios.

El contratista demandado en autos, Angel Raúl Vergara, ha consentido el resolutorio de primera instancia, por lo que no interesa a los fines de la apelación el factor de atribución en base al cual se le imputa responsabilidad.

La codemandada Provincia del Neuquén cuestiona la condena respecto de su parte, sosteniendo que no había autorizado ni consentido que el actor estuviere en el lugar en el que se produjo el accidente. Asimismo cuestiona la condición de cosa riesgosa del techo del galpón, desde el cual cayera el accionante.

Por su parte, la actora plantea su disconformidad con la incapacidad considerada a efectos de determinar el resarcimiento del actor, cuestionando la exclusión del daño psicológico y el porcentaje de disminución de la capacidad física fijado en la pericia judicial, como así también el monto establecido para la reparación del daño moral.

III.- Conteniendo el memorial de la demandada Provincia del Neuquén un mínimo de crítica razonada y concreta respecto de lo decidido en primera instancia, no corresponde declarar la deserción del recurso.

He de comenzar el análisis de las apelaciones de autos, por el cuestionamiento a la condición de cosa riesgosa atribuida al techo del galpón sobre el cual se encontraba trabajando el actor al momento del accidente.

En realidad no surge claro que el a quo haya resuelto que el techo, en si mismo considerado, sea una cosa riesgosa, sino que pareciera que apunta mas a la actividad realizada por el trabajador accidentado. Dice textualmente el fallo de grado: "En el caso que nos ocupa la actividad que desarrollaba Orellana, reparando el techo y caminando sobre chapas que a la postre resultaron endebles, a casi 5 metros de altura, no resulta tarea sencilla, resulta un riesgo que se evidencia en el accidente".

En primer lugar, cabe aclarar que los integrantes de esta Sala II hemos venido sosteniendo que el riesgo de la actividad no se encuentra comprendido en el art. 1.113 del Código Civil, norma sobre cuya aplicación en el sub lite no existe controversia en esta instancia.

Sin embargo, en autos "Portales c/ Moño Azul S.A." (expte. n° 453.788/2011, P.S. 2016-VI, n° 170), como consecuencia de la evolución doctrinaria y jurisprudencial habida en la materia, y fundamentalmente de la recepción expresa por el Código Civil y Comercial de la actividad que sea peligrosa o riesgosa, por su naturaleza, por los medios empleados, o por las circunstancias de su realización como fuente de responsabilidad objetiva (art. 1.757), hemos variado tal criterio, en el entendimiento que la nueva legislación, si bien no aplicable al caso concreto, sirve indudablemente como pauta de interpretación de la anterior codificación.

Sentado lo anterior, no existe en autos pericia técnica alguna que de cuenta del estado en que se encontró el techo del galpón sobre el que estaba trabajando el actor.

Sin embargo, de las constancias del expediente administrativo incorporado a la causa surge que las condiciones de conservación del techo no eran óptimas. En efecto, a fs. 127 obra una nota del Director de Compras y Patrimoniales dirigida al Director General de Administración en la que se puede leer: "ELEVO al Sr. Director General de Administración a efectos de considerar dicha solicitud (la reparación del techo en cuestión) ya que el techo del Depósito Central se encuentra sumamente deteriorado –con huecos y espacios- lo que hace que la mercadería y documentación existente sumamente expuesta a factores climáticos, al margen de la situación de inseguridad que ello genera.

Es conveniente destacar que dicha situación fue corroborada personalmente por quién suscribe".

Ninguno de los testigos que declararon en autos presenció el accidente, por lo que las consideraciones que realizaran respecto de la altura y estado del techo no pueden ser tenidas en cuenta, ya que indudablemente le fueron informadas por el mismo actor, en tanto todos los declarantes manifiestan ser vecinos del accionante.

No obstante ello, teniendo en cuenta las manifestaciones del funcionario de la propia provincia demandada, y toda vez que tratándose de un galpón resulta razonable que su techo se ubique a aproximadamente cinco metros del suelo, entiendo que las condiciones en que desarrollaba su trabajo el actor convirtieron a la actividad laboral en riesgosa, por la altura y el estado del techo sobre el cual se encontraba trabajando.

Asimismo, queda en pie la responsabilidad subjetiva de la demandada apelante, sobre la que no existe agravio.

IV.- Luego, y en lo que refiere a la falta de autorización o de conocimiento de la dueña del galpón respecto de la presencia del trabajador sobre el techo, encuentro que el agravio no puede prosperar.

Destaco que fue la propia provincia demandada quién contrató la reparación del techo del galpón, debiendo entonces entenderse razonablemente que debió conocer que el personal de la empresa contratada iba, en algún momento, a situarse sobre el techo a reparar con el objeto de llevar a cabo la tarea contratada.

Por otra parte, si contrató la reparación del techo con un tercero va de suyo que autorizó a este tercero y a su personal a trabajar sobre el techo a reparar.

No paso por alto las discordancias en las fechas, desde el momento que la parte actora denuncia que el accidente de trabajo ocurrió el día 17 de enero de 2006, en tanto que de las constancias del expediente administrativo surge que la orden de compra emitida a favor del demandado Vergara lleva fecha 14 de diciembre de 2004, el plazo de ejecución de la obra es de 25 días y el recibo otorgado por el ya citado demandado Vergara acreditando el pago de la suma

presupuestada está datado el día 9 de marzo de 2005, pero esta cuestión no fue planteada por la parte demandada –quién solamente centra el agravio en la falta de conocimiento y autorización-, por lo que no puede esta Cámara de Apelaciones expedirse al respecto.

En definitiva, siendo la Provincia del Neuquén la dueña del techo sobre el que se encontraba trabajando el demandante, y configurándose esta actividad laboral como riesgosa en virtud de las condiciones en las que se llevaba a cabo (en altura y sobre elementos deteriorados) resulta ajustada a la norma del art. 1.113 del Código Civil la condena a la misma en forma concurrente con el empleador.

Si bien la demandada recurrente plantea la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad, no sólo no individualiza en que basa esta afirmación, sino que menos aún ha probado la conducta negligente o temeraria que le endilga al actor.

Y, en todo caso, reitero, queda en pie la responsabilidad subjetiva de la apelante a la que ya he hecho referencia.

V.- Paso a considerar los agravios de la parte actora.

Entiendo que la disconformidad de la actora refiere al porcentaje de incapacidad considerado por el a quo para la aplicación de la fórmula de matemática financiera, requiriendo que se compute a tal fin también la incapacidad determinada por el perito psicólogo.

Luego, critica el informe pericial médico por no coincidir con lo dictaminado por la junta médica previsional, la que otorgó al actor un 70% de incapacidad.

Finalmente cuestiona el monto de la reparación del daño moral.

De acuerdo con la documental de fs. 331, la junta médica previsional consideró que el actor presentaba un 70% de incapacidad física.

Ahora bien, conforme lo señala el perito médico de autos al contestar el pedido de explicaciones de la parte actora (fs. 478/479), las otras determinaciones de incapacidad obrantes en el expediente no desarrollan como llegan a los valores que indican, por lo que se ignora en base a que dolencias se arriba a las mediciones de incapacidad que informan. En tanto que la única valoración fundada de la incapacidad del actor es la realizada por el perito médico judicial.

Agrego que surge de autos que el actor presenta, además de las lesiones causadas por el accidente, una patología respiratoria (ver informe de fs. 250), indicando el perito judicial en su contestación al pedido de explicaciones que,

"En relación a la función respiratoria, no refirió el actor traumatismo de tórax (en relación al siniestro tratado en autos, ni antes ni después) como así también no hay constancias médicas (certificado médico ni en historia clínica) sobre lesión pulmonar de tipo traumática. El estudio médico mencionado…por el especialista en neumología…, no puede determinarse que sea un trastorno de etiología traumática, por lo antes mencionado, al igual que el Dictamen de la Junta Médica del Instituto de Seguridad Social del Neuquén".

En definitiva, siendo portador el actor de dolencias que no se relacionan con el accidente de autos, éstas bien pudieron ser tenidas en cuenta al momento de evaluar la incapacidad del trabajador para la realización de las tareas habituales, y con el fin de otorgar el beneficio previsional pertinente.

Por ende, reitero, la única medición fundada de la incapacidad física del actor, en base a las lesiones ocasionadas por el accidente de trabajo, es el dictamen del perito judicial, por lo que la incapacidad física a tener en cuenta a los efectos de la reparación económica de autos es la considerada por el a quo: 15,45%.

VI.- En cuanto a la incapacidad psicológica determinada por el perito de la especialidad en su informe de fs. 408/411, el juez de grado ha sostenido que el daño es patrimonial o extrapatrimonial, no existiendo la posibilidad de indemnizar en forma autónoma el daño psicológico.

Este es el criterio que también adopta esta Sala II, aunque se valora la lesión psíquica a efectos de cuantificar el daño moral, conforme lo ha hecho el juez de grado.

No encuentro elementos en el expediente que permitan apartarme del criterio antedicho.

El perito psicólogo señala que el actor presenta stress post traumático, con depresión con ansiedad, estimando que con un tratamiento psicológico puede obtenerse una remisión importante de esta situación. Agrega que el daño

psíquico producido por la jubilación debe encuadrarse dentro de la situación de discapacidad.

Teniendo en cuenta estas conclusiones del perito psicólogo, entiendo que el daño psicológico que presenta el actor no le provoca un detrimento patrimonial (adviértase que el experto no afirma que su estado psicológico le impida desarrollar tareas lucrativas, sino que, en todo caso, tendrá que elegirlas de acuerdo con sus posibilidades y deseos), sino que corresponde sea enmarcado como extrapatrimonial, y considerado, como lo señalé, en oportunidad de evaluar el daño moral.

VII.- Si bien no aparece claro que exista un agravio concreto respecto de la reparación por incapacidad sobreviniente en si misma considerada, ajeno a los extremos abordados en los apartados anteriores, entiendo que la suma establecida por el a quo en tal concepto resulta ajustada a las concretas circunstancias de la causa.

Cabe tener en cuenta que en autos está probado que el actor se desempeñaba como empleado público provincial, revistiendo en la categoría AOSA.

Si bien al momento del accidente se encontraba prestando tareas para otro empleador, no ha acreditado que esta segunda ocupación remunerada fuera algo normal y habitual y, en su caso, monto aproximado de ingresos que obtenía por el segundo empleo.

Asimismo cabe tener presente que el accionante sufre el accidente de autos cuando contaba con 53 años, edad en que toda persona se encuentra cerca de jubilarse, más aún cuando el régimen provincial (ley n° 611) establece como edad mínima para los varones a efectos de acceder a la jubilación ordinaria, los 60 años. Por ende, el lapso temporal de producción del lucro cesante no es demasiado prolongado; teniendo, además, el trabajador de autos una incapacidad parcial de 15,45%.

Estas particulares circunstancias hacen que la suma determinada por el a quo para reparar la incapacidad sobreviniente sea ajustada a las constancias de autos.

VIII.- Distinta ha de ser la conclusión en lo que refiere a la reparación del daño moral.

A poco que se analicen los argumentos dados por el juez de grado para cuantificar esta reparación se advierte que la suma otorgada en tal concepto resulta exigua, en atención a la entidad de los padecimientos espirituales que razonablemente pudo sufrir el accionante.

Las lesiones sufridas fueron graves, la convalecencia requirió de la utilización de silla de ruedas durante 56 días, debiendo ser asistido por su familia para los quehaceres de la vida cotidiana, y de intervenciones quirúrgicas, desembocando el proceso en el otorgamiento de la jubilación por invalidez, aun cuando las lesiones que son consecuencia del accidente no fue la única dolencia que determinó el acogimiento al beneficio previsional, tal como ya lo sostuve.

Indudablemente el sufrimiento espiritual del actor ha sido importante, la angustia e incertidumbre lógicas durante el tratamiento médico, y luego la finalización abrupta de su vida laboral.

En base a lo dicho considero que debe elevarse el monto de la indemnización por daño moral, fijándolo en la suma de $ 40.000,00

Consecuentemente, sumando este monto a los restantes rubros por los que ha progresado la demanda, el capital de condena se eleva a la suma de $ 79.600,00.

IX.- Resta por analizar la apelación arancelaria.

Teniendo en cuenta la complejidad de la cuestión, la labor desarrollada por el letrado de la actora, quién ha intervenido en el proceso como patrocinante, y los parámetros a los que habitualmente se ciñe esta Cámara de Apelaciones, se entiende que el 16% de la base regulatoria fijado en la sentencia recurrida para retribuir la actuación del apelante se ajusta a derecho.

X.- Por tanto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la demandada Provincia del Neuquén, hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora y desestimar la queja arancelaria.

En consecuencia se modifica parcialmente el resolutorio recurrido, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 79.600,00, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, se imponen en el orden

causado (art. 71, CPCyC), regulando los honorarios del Dr. ... en el 4,8% de la base regulatoria; del Dr. ... en el 2,24% de la base regulatoria; del Dr. ..., en el 0,90% de la base regulatoria; y los de la Dra. ..., en el 1,12% de la base regulatoria, de conformidad con lo establecido en los arts. 15, 10 y 11 de la ley 1.594.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 552/560, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 79.600,00, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, en el orden causado (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios del Dr. ... en el 4,8% de la base regulatoria; del Dr. ... en el 2,24% de la base regulatoria; del Dr. ..., en el 0,90% de la base regulatoria; y los de la Dra. ..., en el 1,12% de la base regulatoria, de conformidad con lo establecido en los arts. 15, 10 y 11 de la ley 1.594.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

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

"QUINTANA ROBERTO OMAR C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. S/ COBRO DE HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 443970/2011) – Sentencia: 210/16 – Fecha: 27/10/2016

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

PERSONAL DEL BANCO DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN. DIFERENCIAS SALARIALES. PRESCRIPCION LABORAL. PRESCRIPCION BIENAL. APLICACION DE LA LEY LABORAL.

El plazo de prescripción liberatoria de los créditos provenientes de las relaciones individuales del trabajo de los empleados del Banco de la Provincia del Neuquén es el de dos años establecido por el 256 de la LCT.

Texto completo:

NEUQUEN, 27 de Octubre del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "QUINTANA ROBERTO OMAR C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. S/ COBRO DE HABERES", (Expte. N° 443970/2011), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 4 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Patricia CLERICI y Jorge PASCUARELLI, por encontrarse separado de la causa el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO, 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 interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 370/379, que hace lugar a la

demanda, con costas al vencido; y su aclaratoria de fs. 386/vta.

a) La recurrente se agravia por el rechazo de la excepción de prescripción parcial.

Dice que su parte argumentó que parte del crédito del actor se encontraba prescripto en virtud de lo dispuesto por el art. 256 de la LCT. En concreto, a criterio de la apelante, al momento de interposición de la demanda (18 de febrero de 2011) se encontraban prescriptas las supuestas diferencias salariales anteriores al 28 de febrero de 2009.

Sigue diciendo que el a quo aplica, para computar la prescripción, la Ley de Procedimiento Administrativo, que fija un plazo especial de prescripción de cinco años, cuya remisión surge de la ley 972, la que ha sido derogada por el art. 22 de la ley 2.351.

Agrega que el 30 de noviembre de 1989 se sancionó la ley 1.820, que derogó el art. 29 de la ley 972, estableciendo que el personal del Banco Provincia del Neuquén se regiría por los arts. 231 a 250 y 252 a 255 de la LCT.

Aclara que todas estas disposiciones fueron derogadas por la ley 2.351.

Cita jurisprudencia de esta Sala II en anterior composición y del Tribunal Superior de Justicia provincial.

También se agravia por considerar que el a quo manda pagar intereses de intereses.

Señala que el perito contador explicó en su informe pericial que para la actualización de las diferencias salariales se aplicó la tasa promedio del Banco de la Nación Argentina, por lo que al resolver el juez de grado que sobre dicha suma se deben liquidar intereses, está capitalizando los mismos.

Subsidiariamente solicita que la diferencia de zona determinada por el perito, desde el 28 de febrero de 2009 en adelante (anexo I, columna n° 9), sea actualizada conforme la tasa activa del banco demandado.

Apela por altos los honorarios regulados al perito contador.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 406/410.

Solicita la deserción del recurso de su contraria por no reunir los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Recuerda que la jurisprudencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones que cita el recurrente fue revocada por el Tribunal Superior de Justicia mediante Acuerdo n° 18/2007 del registro de la Secretaría Civil.

Con respecto a los intereses, advierte que el juez de grado ha tomado, para determinar el capital de condena, la pericia de autos, pero haciendo la salvedad que los intereses a aplicar son los que corresponden a esta jurisdicción –los del Banco Provincia del Neuquén-. Entiende que surge de la misma sentencia recurrida que los intereses sobre las diferencias salariales deben liquidarse mes a mes, desde que cada suma es debida.

Comparte lo manifestado por el recurrente en orden a la aplicación de la tasa activa del banco demandado.

II.- Ingresando al tratamiento de la queja planteada por la parte demandada, advierto que el memorial de agravios constituye una crítica razonada y concreta de aquellas partes del fallo de primera instancia con las que no se acuerda, por lo que corresponde abordar los agravios formulados.

III.- Plantea la demandada su disconformidad con el rechazo de la excepción de prescripción parcial oportunamente opuesta.

El a quo ha resuelto la excepción referida mediante la aplicación de la ley 2.351, entendiendo que ella remite expresamente al art. 17 de la ley 1.820, en el que se establece que se aplica a los conflictos individuales del personal del banco demandado las previsiones de las leyes 1.284 y 1.305.

No comparto esta decisión.

En primer lugar, cabe aclarar, en atención a las citas jurisprudenciales de ambas partes, que lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia en autos "Quintana c/ Banco Provincia del Neuquén" (Acuerdo n° 18/2007 del registro de la Secretaría Civil) no resulta de aplicación en autos de la forma señalada por la parte actora. En este precedente, el voto del señor Vocal preopinante, al que adhirieran los restantes integrantes del Alto Tribunal, hace expresa alusión a que la ley 2.351 se aplica a las obligaciones originadas con posterioridad a su entrada en vigencia; en tanto que a las obligaciones exigibles anteriores a esa fecha resulta aplicable la legislación vigente al momento en que ellas se produjeron. Luego, siendo los créditos reclamados por el actor en el fallo al que vengo haciendo referencia, correspondientes al período mayo de 1996 a mayo de 2001, el Tribunal Superior resuelve la cuestión por aplicación de

la ley 1.820, interpretando su art. 17.

Por aplicación del precedente "Quintana", y conforme lo ha hecho el a quo, la cuestión que se debate en el sub lite debe ser exclusivamente analizada a la luz de la ley 2.351, toda vez que el crédito reclamado por el actor de autos se originó bajo la vigencia de esta ley.

La ley 2.351 transforma al Banco Provincia del Neuquén en una sociedad anónima, regida por las disposiciones de los arts. 308 al 314 y concordantes de la ley 19.550 (art. 1). En lo que aquí interesa, el art. 35 de la ley citada establece que "Considérense amparadas en el presente proceso de transformación, las instituciones legales, convencionales y administrativas del derecho del trabajo, incluyendo los acuerdos de parte y las leyes y convenios que en el futuro modifiquen o remplacen a las existentes, a los cuales estará sujeto el personal que preste servicios en el BPN S.A.…".

Ciertamente la técnica legislativa empleada no es buena, ya que resulta ser una norma imprecisa y ambigua. No surge claro cual es la situación laboral que ampara el régimen de transformación de la entidad bancaria.

Coincido con el a quo que el sentido de la norma ha sido la de establecer que la condición laboral del personal del banco demandado no se vería alterada por la conversión en sociedad anónima, pero difiero en cuanto a que condición laboral se refiere el legislador.

La sentencia recurrida ha entendido que esa condición laboral es la plasmada en la ley 1.820. Sin embargo, la ley 1.820 es una ley de emergencia y, por ende, esencialmente transitoria.

El art. 1 de la ley 1.820 indica que ella se dicta con el fin de superar las graves circunstancias sociales y económicas que atraviesa la Nación y su repercusión en la provincia del Neuquén, en adhesión a las leyes 23.696 y 23.697 sancionadas por el Congreso nacional.

No paso por alto que el art. 17 de la ley 1.820 deroga su par n° 29 de la ley 972, derogación que aparece como definitiva, pero entiendo que este solo aspecto no basta para sustraer al personal del banco demandado del régimen de contrato de trabajo al que había sido sometido por la ley 972.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que es un principio de recta interpretación que los textos legales no deben ser considerados, a los efectos de establecer su sentido y alcance, aisladamente, sino correlacionándolos con los que disciplinan la misma materia (Fallos, 242:247), como un todo coherente y armónico, como parte de una estructura sistemática considerada en su conjunto, y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por aquellos (Fallos, 320:783, 324:4.367). También ha dicho el Alto Tribunal Federal que la interpretación y aplicación de las leyes requiere no aislar cada artículo solo por su fin inmediato y concreto, sino que debe tenerse en cuenta los fines de los demás y considerárselos como dirigidos a colaborar en su ordenada estructuración (Fallos, 334:1.027).

Por aplicación de estas pautas interpretativas debo entender que la remisión que hace el art. 35 de la ley 2.351 es al régimen de la Ley de Contrato de Trabajo.

En efecto, la ley 972 –Carta Orgánica del Banco de la Provincia del Neuquén, hoy derogada- colocó las relaciones entre el personal del banco demandado y la entidad bancaria al amparo de la ley 20.744, prescribiendo que las relaciones laborales del banco con su personal se encontraban sometidas al régimen legislado por el Estatuto del Servicio Bancario, ley 12.637, y los convenios colectivos de la actividad (cfr. TSJ Neuquén, R.I. n° 2.761/2001, autos "A.I.G. c/ Banco Provincia del Neuquén", expte. n° 227/2000).

Luego, la ley 1.280 deroga el art. 29 de la ya citada ley 972, pero entiendo que esta derogación debe ser entendida en el marco de la emergencia económica y social a la que hace referencia el art. 1 de la ley, y en consonancia con lo normado en su art. 10.

Ello así toda vez que la norma de la ley 1.280 limita la aplicación de la LCT al régimen de la estabilidad, declara aplicable el convenio colectivo de trabajo 18/75, y solamente difiere al sistema procesal administrativo (leyes 1.284 y 1.305) los conflictos individuales, insisto, con el objetivo que los créditos que pudieran surgir a favor de los trabajadores individuales quedaran atrapados por el art. 10 de la ley de emergencia.

En otras palabras, el encuadramiento otorgado a los conflictos individuales por la ley 1.280 debe entenderse superado con la superación, a su vez, de la emergencia a cuya administración se encaminó esta ley; y de ninguna manera puede entenderse como voluntad permanente del legislador, la de variar el encuadramiento legal de las relaciones

laborales entre el banco demandado y su personal del régimen de contrato de trabajo al de empleo público o, cuanto menos, al de una relación del derecho administrativo.

Reitero que la remisión al procedimiento administrativo aparece con la clara intención de someter los eventuales créditos de los trabajadores a la manda del art. 10 de la ley de emergencia, difiriendo en el tiempo su pago efectivo. En tanto que mantiene vigente el régimen de estabilidad impropia de la Ley de Contrato de Trabajo.

Si la intención del legislador hubiera sido la de colocar las relaciones laborales entre los trabajadores y el banco demandado bajo la órbita del derecho administrativo, no hubiera mantenido la estabilidad impropia ni la vigencia del convenio colectivo de trabajo de la actividad, sino que se hubiera remitido al estatuto del empleado público provincial.

Refuerza esta conclusión, el hecho que el actor no transitó la vía administrativa a efectos de su agotamiento, ni tampoco planteó su acción ante el fuero contenciosoadministrativo. Por el contrario, estamos en el marco de un proceso reglado por la ley 921, promovido ante el juez con competencia en lo laboral.

Por otra parte, el reclamo de la parte actora se funda en una norma del convenio colectivo de trabajo de la actividad, al que hace expresa referencia el art. 256 de la LCT.

Finalmente, traigo a colación el criterio del conglobamiento por instituciones, señalando que la aplicación de una determinada normativa debe ser hecha por cuerpos íntegros o por instituciones íntegras, no pudiendo seleccionarse la norma que más convenga en forma aislada (cfr. Goldín, Adrián O., "Concurrencia, articulación y sucesión de normas en el Derecho del Trabajo –Lineamientos para una investigación-", DT 1986-B, pág. 931).

En definitiva, y toda vez que las relaciones laborales entre el banco accionado y sus empleados se encuadran en el derecho del trabajo, la norma que rige la prescripción de los créditos originados en aquellas relaciones es la del art. 256 de la LCT.

Luego, analizada la excepción de prescripción parcial opuesta por la demandada a la luz de la manda del art. 256 de la LCT, a la fecha de interposición de la demanda (24 de febrero de 2011, fs. 99), se encontraban prescriptos los créditos correspondientes al período marzo de 2006 a febrero de 2009, ambos inclusive.

IV.- Si bien lo dicho en el apartado anterior importa la modificación del capital de condena, entiendo que asiste razón a la recurrente respecto a que la sentencia de grado capitaliza intereses, sin que se den en autos alguna de las excepciones legales que habilitan esta práctica, por regla prohibida.

La planilla practicada por el perito contador a fs. 302/303 muestra en una columna el monto de la diferencia salarial no percibida por el actor, y en otra columna este monto con la adición del interés –calculado en base a la tasa promedio del banco de la Nación Argentina-, que el experto denomina actualización.

A poco que se compare dicha planilla con el capital de condena se advierte que el a quo ha tomado para determinar este último el resultado de la columna que contempla la adición de intereses, por lo que luego, al aplicar sobre este monto intereses moratorios conforme las tasas del Banco Provincia del Neuquén, ejecuta el anatocismo prohibido.

Consecuentemente, a efectos de la determinación del nuevo monto de condena he de tomar los importes puros liquidados por el perito contador en concepto de diferencias salariales, excluyendo el período prescripto.

El capital de condena asciende, entonces, a la suma de $ 51.400,21, monto sobre el que se han de computar intereses moratorios de acuerdo con lo establecido en el Considerando 17 del fallo de primera instancia.

V.- Resta por analizar la apelación arancelaria.

Esta Cámara de Apelaciones tiene dicho que los honorarios de los peritos deben guardar una adecuada relación de proporcionalidad con los emolumentos de los letrados de las partes, quienes ejercen su labor técnica a lo largo de todo el proceso. Asimismo, debe tenerse en cuenta la calidad y eficacia del trabajo pericial.

Considerando estos extremos, como así también las pautas que habitualmente utiliza la Cámara de Apelaciones para determinar los honorarios de los peritos, se advierte que el porcentaje del 8% fijado en el fallo apelado resulta elevado, proponiendo reducirlo al 3% de la base regulatoria.

VI.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte demandada y, en

consecuencia, modificar parcialmente el resolutorio apelado, haciendo lugar a la excepción de prescripción parcial opuesta y declarando prescripto los créditos reclamados en autos por el período marzo de 2006 a febrero de 2009, ambos inclusive; reduciendo el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 51.400,21 y fijando los honorarios del perito contador ... en el 3% de la base regulatoria.

Teniendo en cuenta el resultado de la apelación, las costas por la actuación en la primera instancia se imponen en el orden causado (art. 17, Ley 921); en tanto que las de segunda instancia son a cargo de la parte actora (art. 68, CPCyC).

Los honorarios profesionales por la actuación ante la Alzada se regulan en el 8,40% de la base regulatoria, en conjunto, para los letrados apoderados de la parte demandada Dres. ... y ...; y en el 5,88% de la base regulatoria, en conjunto, para los letrados apoderados de la parte actora Dres. ... y ..., de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 370/379, haciendo lugar a la excepción de prescripción parcial opuesta y declarando prescripto los créditos reclamados en autos por el período marzo de 2006 a febrero de 2009, ambos inclusive; reduciendo el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 51.400,21 y fijando los honorarios del perito contador ... en el 3% de la base regulatoria.

II.- Imponer las costas por la actuación en primera instancia en el orden causado, teniendo en cuenta el resultado de la apelación (art. 17, Ley 921); en tanto que las de segunda instancia son a cargo de la parte actora (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales por la actuación ante la Alzada en el 8,40% de la base regulatoria, en conjunto, para los letrados apoderados de la parte demandada Dres. ... y ...; y en el 5,88% de la base regulatoria, en conjunto, para los letrados apoderados de la parte actora Dres. ... y ..., de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JORGE PASCUARELLI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

"MAUREYRA LIRIA INES C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D.Y P. - MALA PRAXIS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 430766/2010) – Sentencia: 212/16 – Fecha: 27/10/2016

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

RESPONSABILIDAD DEL MEDICO. MALA PRAXIS. OBLIGACION DEL MEDICO. OBLIGACION DE MEDIOS. PRUEBA. DOCTRINA DE LAS CARGAS DINAMICAS DE LA PRUEBA. COSTAS. COSTAS EN EL ORDEN CAUSADO.

1.- El tipo de obligación que le cabe al médico se trata de una obligación de medios y

no de resultados pues lo que se pone en juego es el saber y competencia del médico frente a circunstancias vitales que escapan cualquier posibilidad de control.

2.- La aplicación lisa y llana de la doctrina de las cargas dinámicas de la prueba lleva a quebrar el sistema de responsabilidad en el caso concreto pues decididamente no se trata de un sistema de responsabilidad objetiva, y ello así pues a diferencia de casos como el del riesgo creado por la irrupción del automóvil, en el caso de la salud humana no es posible en modo alguno dejar de lado la incidencia causal de la propia enfermedad o el estado de salud del paciente previo a la intervención del médico.

3.- Tanto la práctica del legrado como luego la elección de la laparoscopía son actos quirúrgicos que se encontraban justificados al momento en que fueron efectuados y si a ello agregamos que la perforación intestinal está dentro de las complicaciones de la intervención, encuentro que con ello es posible afirmar que no medió un actuar negligente del médico.

4.- [...] el reproche que da lugar a la pretensión se refiere concretamente a que habría mediado una práctica negligente en el momento de efectuarse el legrado, sin embargo de la lectura de los informes periciales no surge que ello haya sido así, pues recordemos una vez más que el médico no puede asegurar que va a curar al enfermo, sólo puede comprometerse a desempeñar una conducta eficiente, idónea, con ajuste al procedimiento que las técnicas respectivas indiquen como más adecuadas para alcanzar la finalidad de curar al paciente.

5.- Si bien el suscripto no comparte la doctrina de las cargas dinámicas probatorias y la orientación de que sea el médico quien debe probar el actuar diligente -en este caso la provincia el desempeño de su dependiente- no puedo omitir que tanto alguna doctrina como precedentes jurisprudenciales recogen esa orientación de modo tal que encuentro que en el caso concreto, están acreditadas las razones objetivas que se exigen para eximir de costas en los términos del artículo 68 del C.P.C. y C. Por todo lo expuesto, propongo que se haga parcialmente lugar al recurso confirmándose en lo principal la sentencia apelada y revocándose únicamente en el capítulo relativo a la imposición de costas, las que se impondrán en ambas instancias en el orden causado.

Texto completo:

NEUQUEN, 27 de Octubre del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MAUREYRA LIRIA INES C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D. Y P. - MALA PRAXIS", (Expte. N° 430766/2010), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 3 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Se dicta sentencia a fs. 350/359 vta., rechazando la demanda.

La decisión es apelada por la actora, expresando agravios a fs. 373/392.

Inicia su queja con un relato de los hechos que dieron lugar a su reclamo, y a Contiuación, expresa como primer agravio la omisión de fundar el fallo de conformidad a "la doctrina de las pruebas dinámicas".

Argumenta que en esta clase de procesos es preciso tener en cuenta que al paciente o víctima de la mala praxis le resulta verdaderamente imposible aportar elementos de convicción, pues éstos se encuentran en poder del profesional o del establecimiento donde se aplicó el tratamiento o se realizó la intervención quirúrgica.

Extiende esta afirmación a la historia clínica, dado que la misma es redactada por los propios profesionales que difícilmente dejen registrados hechos u omisiones que además pueden haber pasados inadvertidos para ellos.

Estas circunstancias –sostiene- han llevado a proponer que esta cuestión se resuelva mediante la presunción de que en el acto médico ha existido un error o descuido, cuando exista proximidad temporal entre el procedimiento, expresando que en el caso hay indicios para establecer causalidad entre la praxis médica previa a una simple consulta por un cuadro de hemorragia ginecológica y la posterior intervención con las secuelas dañosas advertidas luego de la misma.

Cita jurisprudencia, y continúa señalando que tratándose de una obligación de medios el profesional debe demostrar que no hubo culpa de su parte por lo que dicha prueba se satisface con acreditar la no culpa, lo que consiste en haber obrado correctamente.

En esa senda, enumera que el médico debería probar cómo hizo el diagnóstico, haber empleado conocimientos y técnicas aceptables, haber suministrado la medicación correcta y controlado al paciente, entre otras cosas.

Insiste con la idea de que para el paciente la posibilidad de probar es dificultosa pues es preciso recurrir a conocimientos científicos a los que no tiene acceso, salvo la colaboración de otros profesionales que generalmente son renuentes a dictaminar en contra de sus colegas.

Expresa que a ello hay que agregar que la mayoría de las pruebas están en manos del profesional: la historia clínica, los estudios bioquímicos, las radiografías, las ecografías, cuestión que se complica aun más cuando el paciente estuve en el quirófano o en Terapia Intensiva.

Bajo ese marco conceptual, expresa que la actora ingresó al hospital para ser evaluada por un simple cuadro de metrorragia compatible con un embarazo anembrionado, luego fue sometida a una intervención con anestesia total, se le efectuó un curetaje uterino evacuador, maniobra que debió ser suspendida por encontrarse una perforación uterina, extrayéndose la cureta con material compatible con grasa de epiplón y serosa uterina, lo que da pauta de perforación uterina.

En otro capítulo de los agravios, se refiere a la pericia médica, que a su juicio ha presentado vicios de forma y de concepto, careciendo la tarea del perito de la calidad de ser clara, objetiva e imparcial.

Rememora que, a título de impugnación, expuso oportunamente que el perito compartía el diagnóstico presuntivo de embarazo amembrionado, explicaba que el útero reblandecido es signo de embarazo y no de friabilidad, agregando que en caso de coágulos malolientes el legrado era lo absolutamente indicado, pero no explicaba la implicancia en ese cuadro de un útero en retro-verso-flexión.

Sostiene que, en definitiva, el daño se produjo por un legrado mal practicado y porque se decidió esa práctica en un útero, bajo condición sumamente delicada, impugnando la técnica elegida pues al no existir un riesgo inminente –señala- al menos debió intentar la vía natural.

Alude a la historia clínica y concluye que al momento del ingreso de a paciente, en ningún momento se habló de fiebre o sospecha de infección, por lo que cabía la posibilidad de inducirla por la vía natural.

Tampoco comparte con el experto el concepto de consentimiento informado, agregando que no existe en el historial médico de la actora ninguna constancia que acredite que fue ilustrada acerca de las opciones.

Continuando con la pericia, señala que el experto sostuvo que en el ingreso el Dr. C. le efectúa un curetaje merino evacuador, habiéndose constatado material compatible con grasa de serosa de epiplón y serosa intestinal, lo que resulta ser signo inequívoco de perforación uterina.

En ese sentido y luego de relacionar la anotación en la historia clínica que aparece con un signo de pregunta "Perforación uterina"? se le pregunta al perito a que pudo obedecer esa duda, éste responde a que es poco probable que en manos expertas una única introducción de la cureta pudiera perforar el intestino, destacando aquí el quejoso que en realidad el

resultado colisiona con la afirmación del experto, sin que existan antecedentes que puedan dar sustento a la conjetura de maniobras abortivas.

Expresa que en realidad, la duda solo es muestra de negligencia del especialista que, sumado al error del ecografista, de cuya participación no hay registros, llevan a minimizar el desarrollo posterior de los sucesos que culminara con la detección de la perforación del intestino, que sí fue detectada en Neuquén.

Señala que al haberse interrogado al perito éste aceptó que la técnica quirúrgica es cuestionable ya que –sostiene el apelante- cuando durante un curetaje uterino el ginecólogo se encuentra, ante la posible lesión intestinal en lugar de la laparotomía exploradora es preciso realizar una exploración tradicional a cielo abierto para devanar el intestino, encontrar la lesión y solucionarla.

También se agravia pues sostiene que el perito soslayó que pese a haber detectado una lesión superficial en el intestino el médico no relacionó eso con la posterior evolución de la paciente, cuestión que fue advertida por un médico clínico momento en que debido a que la situación desbordaba la capacidad del hospital de Chos Malal se decide la derivación a Neuquén.

En tercer lugar se agravia de lo que entiende es una errónea interpretación de la responsabilidad civil de la demandada pues, con cita de doctrina, entiende que es preciso enfocar la cuestión desde el daño injustamente sufrido y no desde el dogma de "no existe responsabilidad sin culpa".

Sostiene que en el actual derecho de daños, el contenido de la antijuridicidad reside en el disvalor del resultado, relegándose al disvalor de la acción a un plano secundario.

Argumenta que tratándose de un sistema de ilícitos civiles atípicos, es fundamental la tarea del juez a la hora de seleccionar los intereses a proteger en cada caso concreto, teniendo en cuenta que la realidad se presenta en un continuo cambio, debiendo primar los valores de solidaridad social y equidad.

En esa misma senda, sostiene que el derecho de daños requiere que el daño infringido sea reparado razón por la cual se busca un responsable, ya no para castigarlo sino para imponerle la carga de la reparación.

Explica que al referirse a la responsabilidad civil se debe evaluar, si se trata de una obligación de medios o resultados, si cabe aplicar los conceptos de culpa subjetiva y a partir de allí quien debe probar esa circunstancia y por último el dictamen médico pericial que aparece como la prueba más relevante.

Afirma que si bien no hay posibilidad de argumentar una intención dolosa típica por parte del personal médico del Hospital de Chos Malal, tampoco es posible pasar por alto que las secuelas padecidas por la actora, se orientan hacia el incumplimiento culposo de los deberes del centro asistencial demandado, insistiendo aquí que las lesiones no pueden ser atribuidas a un hecho fortuito o a un hecho propio.

Cita un antecedente de este Cuerpo que se explaya en conceptos relativos a la relación de causalidad en casos de mala praxis médica y las particularidades que allí se presentarían.

Se agravia a continuación, de la imposición de costas pues su parte contaba con razones suficientes para considerarse con derecho a accionar para obtener el resarcimiento de un daño injusto, deja planteado el caso federal y solicita se revoque la sentencia.

A fs. 394/398, contesta los agravios la parte demandada, expresando en primer lugar que el recurso no cumple con los requisitos formales para ser considerado pues es sólo reiteración de lo manifestado al demandar.

Manifiesta que no se individualiza un error concreto, tampoco manifiesta un agravio real y específico y tampoco aprta una solución correcta a algún error que pueda destacar.

Sostiene que en realidad no hay agravios sino mera disconformidad con un resultado desfavorable.

Luego, y con cita de un antecedente del Tribunal Superior de Justicia, avala la postura de la sentencia acerca de la cuestión probatoria, tanto en lo que se refiere a la carga de la prueba como a la interpretación de la prueba científica objetiva, lo cual lleva a la parte a afirmar que no ha mediado acción antijurídica por parte de los qalenos de la salud pública neuquina.

Solicita se rechace el recurso y se confirme la sentencia, con costas.

II.- Reseñados los agravios, entiendo que la parte más importante de la queja se relaciona con el modo en que fue

interpretado el material probatorio, reclamando la apelante no sólo una interpretación distinta de los dictámenes periciales sino, y con mayor determinación, la aplicación de las denominadas cargas dinámicas de la prueba, que llevarían a que sea el demandado quien acredite que se actuó de conformidad a las correctas artes de curar.

En ese sentido, es útil repasar que la necesidad de probar el actuar negligente en el caso de la responsabilidad de los médicos, se relaciona de modo inescindible con el tipo de obligación que le cabe al médico: obligación de medios.

Se trata de una obligación de medios y no de resultados pues lo que se pone en juego es el saber y competencia del médico frente a circunstancias vitales que escapan cualquier posibilidad de control.

En el mismo sentido, la idea de que debe probar quien ya tiene la información o la prueba y en función de ello le resulta más sencillo arrimarla al proceso, es preciso destacar que en el presente caso no se entiende cuál sería la prueba faltante que, en poder del médico tratante se ocultó a la paciente.

La invocación de la doctrina de las cargas dinámicas en precedentes jurisprudenciales se ha presentado asociada a circunstancias de hecho tales como la omisión de acompañar la historia clínica, o defectos en la redacción de la misma lo cual en realidad no impone una carga dinámica probatoria, sino que se constituye en un indicio muy intenso a partir del cual es verosímil aceptar la conducta culposa del médico.

Sin embargo, la aplicación lisa y llana de la mencionada doctrina lleva a quebrar el sistema de responsabilidad en el caso concreto pues decididamente no se trata de un sistema de responsabilidad objetiva, y ello así pues a diferencia de casos como el del riesgo creado por la irrupción del automóvil, en el caso de la salud humana no es posible en modo alguno dejar de lado la incidencia causal de la propia enfermedad o el estado de salud del paciente previo a la intervención del médico.

Esta circunstancia es la que recepta la clasificación de la obligación del médico como una obligación de medios, pues a la luz de la fundamental incidencia causal de factores ajenos al control del médico, éste sólo puede obligarse a poner su ciencia y diligencia en una tarea que razonablemente pueda conducir al resultado de curar al paciente, resultado que no se puede garantizar.

De conformidad a lo dicho y destacándose las notas ya expuestas, el Tribunal Superior de Justicia en la causa "Lagos" del 12 de mayo del 2.006 sostuvo que: "...es criterio dominante en la doctrina y la jurisprudencia considerar que la obligación que asume el médico frente al paciente, implica, como regla, un deber de medios y no de resultados."

"El médico se obliga a utilizar de manera apropiada para lograr la curación poniendo toda su ciencia, diligencia y prudencia en el tratamiento del enfermo, no está obligado al restablecimiento de la salud, sino solamente a procurar y proporcionar todos los cuidados que requiera ese paciente según el estado de la ciencia y la denominada lex artis ad hoc, aplicando todo su conocimiento y diligencia. Allí se encuentra el límite de su deber. Al respecto el Dr. Bustamante Alsina apunta: la actividad o trabajo profesional consiste en la prestación de una curación diligente e idónea sobre la base de las reglas del arte de la medicina y su evolución (cfr. Aut. Cit. "Responsabilidad Civil de los médicos en el ejercicio de su profesión", nota a fallo L.L. 1976-C-65)."

"Todo tratamiento médico cuenta con un margen de imprevisibilidad que tradicionalmente se denomina alea, de modo que aun tomando todos los recaudos necesarios, el resultado puede ser diverso al buscado, circunstancia que no siempre es reprochable al facultativo. De allí la importancia de la prudencia al momento de evaluar la conducta médica."

"En esta materia no resulta procedente la objetivación de la responsabilidad, como tampoco una presunción legal general de culpa que cargue, sin mas, al médico con la prueba de su liberación (cfr. Elena I. Highton de Nolasco, Malamud Oscar, "Responsabilidad médica en pro de la teoría de la culpa", en la obra colectiva Responsabilidad por daños en el tercer milenio, en homenaje al profesor Atilio Alterini, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As, 1997, pág. 689)."

"En definitiva y en lo que se refiere al punto en cuestión debe tenerse en cuenta que, con relación al médico, no es admisible la responsabilidad objetiva, que es necesario que exista culpa de su parte (no la culpa leve o levísima), que su tarea es de medios no de resultado, que la ciencia médica no es exacta, que debe apreciarse con criterio restrictivo y que debe tratarse de un error objetivamente injustificable."

"La carga probatoria: en casos como el presente y en cualquier otro supuesto señalo que en modo alguno comparto la teoría de las cargas probatorias dinámicas por cuanto la misma, a mi entender, viola la garantía del derecho

constitucional de defensa en juicio y el principio de inocencia (ver al respecto Alvarado Velloso, Teoría general del Proceso, en el capítulo que se refiere a la prueba).

"... existe una norma expresa que establece la forma en que el juez debe decidir la cuestión al momento de valorar la producida y es así que el artículo 377 del Código de Rito dispone que "incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirma la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción", con lo cual y además de los principios constitucionales, la letra clara de la legislación vigente vedan la aplicación de la teoría en cuestión, aspecto éste que no puede obviarse por el juez" (autos "Assad c/ Provincia del Neuquén", expte. n° 315.319/2004, P.S. 2010-VI, n° 213; "Armando c/ Policlínico Neuquén", expte. n° 353.664/2007, P.S. 2013-I, n° 4).

Volviendo al caso, no se advierte la dificultad probatoria que llevaría a variar la carga probatoria destacándose aquí que la historia clínica fue acompañada y que obran dos dictámenes periciales que destacan que no hubo negligencia por parte del médico.

En ese sentido, el dictamen del Dr. Losada se efectúa en el marco de la investigación fiscal y el del Dr. García en el presente proceso.

En el caso, la actora ingresa al hospital con un cuadro de metrorragia que es atribuido a un embarazo anembrionado.

A fs. 106 vta. el perito se explaya: "Existen varias modalidades terapéuticas ante el diagnóstico de un embarazo anembrionado: tratamiento conservador: se espera a que ocurra una pérdida espontánea. Una vez presentada la clínica de sangrado se realiza un estudio ecográfico para verificar la total expulsión del tejido placentario. Si hay remanentes se pueden utilizar algunos medicamentos que faciliten la expulsión del tejido remanente o practicar un legrado o curetaje uterino bajo anestesia. Tratamiento médico: se refiere al uso de medicamentos siguiendo esquemas bien detallados cuya finalidad es producir cambios en el cuello del útero y contracciones uterinas que permitan la expulsión de las membranas ovulares (tejidos placentarios). Si este método falla (alrededor del 15 % de los casos se realiza un legrado uterino.

Tratamiento quirúrgico: una vez presentadas las opciones anteriores y aceptada la decisión de la madre se practica un legrado o curetaje uterino (con instrumental o por succión) para evacuar activamente el contenido uterino. La ventaja del procedimiento quirúrgico radica en que se realiza de manera inmediata y la paciente sabe que el problema ha sido resuelto y el efecto psicológico de la expectativa de la pérdida queda anulado".

A continuación: "… En el ingreso el día 30/12/2006 el médico tratante (Dr Crichton) realiza un tacto vaginal y comprueba un útero reblandecido, doloroso y aumentado de tamaño como de dos meses de gesta con coágulos malolientes que extrae manualmente. En el parte quirúrgico del legrado se reitera el aumento del tamaño del útero como de dos meses de gesta….El cuello uterino está abierto con efracción (lesión, herida) en el labio anterior. Realiza una histerometría e introduce una cureta de Sims N° 5 y al extraerla se ve material compatible con grasa de epiplón y serosa intestinal (signos inequívocos de perforación uterina). Se suspende el procedimiento, se solicita una ecografía para realizar una laparoscopia. Esta es realizada en privado e informa que tanto la ecografía abdominal como la ginecológica son normales. Acá hay un grosero error diagnóstico por parte del ecografista que no ve, signos de la perforación uterina ni líquido en abdomen, ya que el estudio se realiza entre las 17:20 (salida del paciente del hospital), y las 18:40 hs (regreso de la paciente al hospital). El mismo día a las 19 hs. Se realiza la laparoscopia y se observa sangre libre en la cavidad y el cirujano observa dos lesiones en el fondo uterino,… sutura ambas. Observa también en sigmoides lesiones por raspado que comprometen grasa y serosa sin solución de continuidad…"

Hasta aquí tenemos que a su ingreso, la actora no tenía la perforación intestinal que le produjo la sepsis cuestión que destaca el perito García y el Dr. Losada –fs. 59- "El examen ginecológico ratifica el tamaño uterino, lo maloliente de su contenido, el reblandecimiento de la pared uterina, maniobras que son dolorosas, aunque no hay peritonismo, o sea reacción inflamatoria del peritoneo, tiene ruidos hidroaéreos intestinales que indican actividad motora del mismo. Esto excluye la perforación intestinal en curso al momento del examen."

Asimismo, es posible afirmar a partir de lo expresado por ambos médicos que ante la presencia de los coágulos malolientes el recurso al legrado era el procedimiento indicado.

Otro aspecto en que se encuentran contestes los expertos es que al haber encontrado material compatible con grasa de epiplón y serosa de intestino, la técnica adecuada fue suspender el acto quirúrgico y luego proceder a la sutura de las perforaciones uterinas por medio de la laparoscopía.

En cuanto a la laparoscopía, el perito García es quien resulta más asertivo en atribuir a dicha intervención el resultado de la perforación intestinal, señalando también con certeza que es un: "… evento que está dentro de las complicaciones de la intervención…"

El mismo perito al contestar las impugnaciones expresa: "…Si la perforación intestinal se produjo en la cirugía laparoscópica, está dentro de los riesgos de la práctica. La técnica quirúrgica elegida es por lo menos cuestionable:

Ante una perforación uterina y la posibilidad cierta de encontrarse un hemoperitoneo la ciurugía debe ser abierta, es decir una laparotomía exploradora que permite explorar y visualizar todo el contenido peritoneal con mejor movilización de los órganos para controlar los vasos sangrantes. El especialista realizó una laparoscopía de esta forma el campo quirúrgico es más acotado, menos amplia la visualización, aun así antes de cerrar (dar por terminado el actor quirúrgico) se debe realizar una minuciosa revisación de la hemostasia (control de los vasos sanguíneos y eventuales hemorragias), un lavado profuso de la cavidad." –fs. 117 vta.-

Cabe destacar que lo que señala el perito con respecto a su opinión de preferir la laparotomía es un postulado en general pero que en el caso concreto la existencia de lesión en el intestino, al momento de practicar la laparoscopia no era una posibilidad cierta, pues hasta ese momento no tenía fiebre ni abdomen agudo, de modo tal que la elección de la laparoscopía no aparece desacertada.

En el mismo sentido es que se comprende que el perito señala: "El diagnóstico de abdomen agudo, es un diagnóstico amplio que engloba a muchas patologías entre ellas el hemoperitoneo" y luego "Ante la posibilidad cierta de lesión intestinal y además perforación uterina es de elección una cirugía a cielo abierto porque permite un mejor control de las lesiones y las eventuales hemorragias"

De este modo tanto la práctica del legrado como luego la elección de la laparoscopía son actos quirúrgicos que se encontraban justificados al momento en que fueron efectuados y si a ello agregamos que la perforación intestinal está dentro de las complicaciones de la intervención, encuentro que con ello es posible afirmar que no medió un actuar negligente del Dr. Crichton.

Cabe recordar que el reproche que da lugar a la pretensión se refiere concretamente a que habría mediado una práctica negligente en el momento de efectuarse el legrado, sin embargo de la lectura de los informes periciales no surge que ello haya sido así, pues recordemos una vez más que el médico no puede asegurar que va a curar al enfermo, sólo puede comprometerse a desempeñar una conducta eficiente, idónea, con ajuste al procedimiento que las técnicas respectivas indiquen como más adecuadas para alcanzar la finalidad de curar al paciente.

No puede sostenerse una obligación legal de curar o evitar todo daño y en este caso no se encuentra acreditado que se haya omitido algún cuidado o que las conductas seguidas por los distintos profesionales hayan sido precipitadas y puedan inscribirse en una infracción a las reglas del arte de curar.

Por otra parte la queja acerca de que la perforación no fue detectada en Chos Malal, entiendo que también cabe descartarla pues la propia derivación al Hospital de Neuquén niega esa afirmación.

Recuérdese que la derivación se produjo no porque no se supiera lo que le ocurría a la actora, sino por la falta de complejidad del hospital de aquella ciudad para un tratamiento adecuado.

En definitiva, lo que entiendo ha sido acreditado es en primer lugar la necesidad del legrado y luego la laparoscopia a la que se arribó para suturar las dos perforaciones uterinas.

La opinabilidad se presenta respecto a la técnica quirúrgica laparoscópica, la que el perito califica de cuestionable pues se utiliza también la exploratoria a cielo abierto, sin embargo no fue descalificada ni tildada de errónea.

La crítica en relación a la cuestión del consentimiento informado, tampoco podrá prosperar.

Así he tenido ocasión de señalar, en consideraciones que resultan aplicables al presente: "…ateniéndonos a la Ley 26.529, son, por un lado, de orden ético (falta a las buenas costumbres y a la moral que debe presidir el obrar del galeno) y, por otro, de orden jurídico (constitutivo de un ilícito que obliga a reparar por el daño injusto causado al paciente inocente y

víctima, en relación de causalidad adecuada) -cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, "Derechos del Paciente", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2011, pág. 6."

"En autos se encuentra ausente este nexo causal adecuado entre la eventual ausencia de consentimiento informado y el daño sufrido por la actora."

"En primer lugar y conforme ya lo señalé comparto la conclusión de la sentencia de grado referida a la mala praxis médica. Expresamente la a quo ha sostenido que el médico que atendió a la actora hizo un correcto diagnóstico y ejecutó la intervención quirúrgica como tratamiento adecuado a la dolencia."

"Luego, tampoco aclara la apelante en que hubiera variado la situación de conocer la paciente la existencia de otros métodos de abordaje quirúrgico, o cuál fue la información que de haber sido conocida hubiera evitado o disminuido el daño. Adviértase que los dos peritos actuantes en autos son contestes en que la solución para la lesión de la accionante era quirúrgica, y que la técnica utilizada por el profesional tratante es válida y adecuada para ese tipo de patología…."

"De ello se sigue que la existencia o ausencia de consentimiento informado no aparece, en mi opinión, como un elemento relevante en la producción o el agravamiento del daño que presenta la demandante." ("FIRTUOSO MARTA BEATRIZ CONTRA MAPFRE ARGENTINA ART S.A. S/D.Y P. - MALA PRAXIS", (Expte. EXP Nº 356451/2007)-16-6-15)

Por último y en lo que se refiere al agravio relativo a la imposición de costas, hemos sostenido en otras ocasiones que el contar con razones para litigar no constituye por sí solo una justificación para la eximición de costas, debiendo tratarse de razones objetivas que puedan llevar a sostener una pretensión.

En este sentido, y si bien el suscripto no comparte la doctrina de las cargas dinámicas probatorias y la orientación de que sea el médico quien debe probar el actuar diligente -en este caso la provincia el desempeño de su dependiente- no puedo omitir que tanto alguna doctrina como precedentes jurisprudenciales recogen esa orientación de modo tal que encuentro que en el caso concreto, están acreditadas las razones objetivas que se exigen para eximir de costas en los términos del artículo 68 del C.P.C. y C.

Por todo lo expuesto, propongo que se haga parcialmente lugar al recurso confirmándose en lo principal la sentencia apelada y revocándose únicamente en el capítulo relativo a la imposición de costas, las que se impondrán en ambas instancias en el orden causado.

Los honorarios de la Alzada se fijarán en un 30% del monto que se determine en la Primera Instancia.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 350/359 vta., y en consecuencia, imponer las costas de primera instancia en el orden causado, al igual que en esta instancia, confirmándose en lo demás y que ha sido materia de agravios.

II.- Fijar los honorarios de los profesionales intervinientes en la Alzada en el 30% del monto que se determine en la Primera Instancia.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

"JARA AGUSTINA DEL CARMEN C/ CAJA DE AHORROS Y SEGUROS S.A. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 370364/2008) – Sentencia: 216/16 – Fecha:

01/11/2016

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Seguro.

CONTRATO DE SEGUROS. INCUMPLIMIENTO. DAÑOS Y PERJUICIOS. REGIMEN JURIDICO APLICABLE. LEY DE SEGUROS. PRESCRIPCION ANUAL. LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

1.- Si bien no ignoro que la Ley de Defensa del Consumidor es de orden público (art. 65), habiendo señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que es obligación de los tribunales judiciales aplicar este tipo de leyes, aunque las partes no lo hayan pedido expresamente (cfr. autos "Soldevila c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados", 14/10/2008, Fallos 331:2231; autos "Barrios c/ Provincia de Buenos Aires", 6/5/2008, Fallos 331:1085), entiendo que ello es posible en tanto y en cuanto la aplicación de la normativa no pedida no importe el encuadramiento de la controversia en un régimen legal distinto del propuesto por los litigantes. (Del voto del Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO).

2.- No resulta de aplicación en el caso la Ley de Defensa del Consumidor. Ello es así, pues, […] si las partes enmarcaron sus pretensiones en la Ley de Seguros, no resulta posible variar tal encuadramiento legal aplicando el régimen de defensa del consumidor, no obstante su carácter de orden público, ya que ello afectaría gravemente el principio de congruencia y el derecho de defensa de la parte demandada. (Del voto del Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO).

3.- Cabe confirmar la decisión que hace lugar a la defensa de prescripción en la acción instaurada por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual, puesto que no resulta aplicable al caso la prescripción de diez años como propone la actora en sus agravios toda vez que la demanda se sustenta en el cumplimiento de un contrato de seguro con lo cual el plazo queda regido por la normativa específica, esto es, la ley de seguros. Por lo cual, y tal como lo propone la compañía asegurada en su responde, el plazo de prescripción aplicable al caso será el anual.(Del voto del Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO).

4.- Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, destacando que con posterioridad a los precedentes del Tribunal Superior de Justicia "Géliz c/ Caja de Seguros S.A." (Acuerdo n° 46/2010 del registro de la Secretaría Civil) y "Merino c/ Caja de Seguros S.A." (Acuerdo n° 8/2013 del registro de la Secretaría Civil), la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó resolución en autos "Buffoni c/ Castro" (sentencia del 8/4/2014, LL 2014-C, pág. 144) señalando que una ley general posterior –con expresa referencia a la Ley de Defensa del Consumidor con la reforma de la ley 26.361- no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley anterior, tal como ocurre en el caso

de la singularidad del régimen de los contratos de seguro. (Del voto de la Dra. Patricia CLERICI).

Texto completo:

NEUQUEN, 1 de Noviembre de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "JARA AGUSTINA DEL CARMEN C/ CAJA DE AHORROS Y SEGUROS S.A. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO", (Expte. N° 370364/2008), 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, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La parte actora apela la sentencia de fs. 721/728 por la que se hace lugar a la defensa de prescripción interpuesta por la codemandada Caja de Seguros S.A. y, en consecuencia, se rechaza su pretensión de incumplimiento contractual y de daños y perjuicios derivados, con costas.

Expresa agravios a fs. 742/748, cuyo traslado es respondido únicamente por la excepcionante a fs. 757/760 vta., quien replica el recurso.

II.- En primer lugar, la accionante se queja del plazo de prescripción aplicado por la jueza, dado que corresponde el de diez años dado la legislación vigente al momento de la tramitación del proceso.

En segundo, señala que la magistrada no tuvo en cuenta los actos interruptivos efectuados por su parte (como cartas documentos y notas que presentó), ni la medida preliminar interpuesta, ni el beneficio de litigar sin gastos, y que por ello, el plazo de prescripción no se encontró cumplido.

Como tercer agravio, indica que la magistrada, en materia de los daños que reclama, resolvió extrapetita, por cuanto la contraria ni se quejó de que no estén cuantificados, ni lo planteó mediante la excepción de defecto legal, por lo cual, deberá revocarse la valoración que formula al respecto.

En último término, apunta que la aquo tampoco ha tenido en cuenta los principios plasmados por el Tribunal Superior, por la Corte Suprema y por los instrumentos internacionales en materia de derechos sociales.

III.- Ingresando al análisis de la cuestión, y en primer lugar, advierto que no resulta de aplicación en el caso la Ley de Defensa del Consumidor.

En efecto, y del resolutorio apelado, observo que la aquo aplica la Ley 24.240 cuando este marco legal nunca fue propuesto por las partes.

En efecto, la codemandada funda su planteo de prescripción de la acción en las normas de la Ley de Seguros, en tanto que la parte actora –al contestar el traslado de la excepción opuesta- en ningún momento invoca que resulte de aplicación la Ley 24.240, sino que centra su defensa en la interrupción del plazo de prescripción operado con la interposición del beneficio de litigar sin gastos. Tampoco en su alegato la accionante hace alusión al derecho del consumo.

Ahora bien, no dejo de advertir que de lo que se trata es de establecer si la acción se encuentra prescripta o no, por lo que podría entenderse que, dado el carácter restrictivo con que debe analizarse la prescripción de una acción, debe aplicarse la norma más favorable a la vigencia de aquella, y así se habilitaría la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor.

Pero resolver la controversia con base en tal normativa importa tanto como sustraer el litigio del marco normativo formulado por las partes, variando así las bases del conflicto.

Si bien no ignoro que la Ley de Defensa del Consumidor es de orden público (art. 65), habiendo señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que es obligación de los tribunales judiciales aplicar este tipo de leyes, aunque las partes no lo hayan pedido expresamente (cfr. autos "Soldevila c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados", 14/10/2008, Fallos 331:2231; autos "Barrios c/ Provincia de Buenos Aires", 6/5/2008, Fallos 331:1085), entiendo que ello es posible en tanto y en cuanto la aplicación de la normativa no pedida no importe el encuadramiento de la controversia en un régimen legal distinto del propuesto por los litigantes.

En autos "Villarroel c/ Vinet" (P.S. 2011-II, n° 61) señalé, con cita de la Dra. Andrea Meroi, sobre las implicancias de los cambios de encuadramientos legales, cuando se trata de un cambio de norma y de toda una serie de consecuencias jurídicas no previstas por las partes. Y, sostuve que:

La máxima iura novit curia, no puede aquí ser entendida como facultad del juez de producir un potestativo cambio de punto de vista jurídico respecto del querido y asumido por los litigantes.

La fórmula en análisis no implica descargar a las partes de la alegación de las normas jurídicas que le son favorables: significa tan sólo que es innecesario probar el derecho vigente y alegarlo con completa precisión y total exhaustividad. El límite a las facultades de aplicación del derecho por los jueces viene exactamente determinado por los límites que los litigantes hayan querido establecer respecto de sus derechos subjetivos, su medida y la amplitud de su ejercicio."

Dice Tapia Fernández: "desde mi punto de vista, la causa de pedir está formada –como se sabe y es communis opinio- por dos elementos: el fáctico y el jurídico.

El elemento fáctico –en esto es también pacífica la opinión científica- vincula al juez en todo caso. Pero respecto del elemento jurídico –el controvertido- es necesario establecer, a mi juicio, una apreciación. El elemento jurídico de la causa de pedir no lo constituye tan solo la/s norma/s concreta/s del ordenamiento jurídico aplicable. Pienso que, a su vez, este elemento jurídico está constituido por dos subelementos: el punto de vista jurídico (o calificación jurídica, o razonamiento jurídico, o fundamentación jurídica o como se quiera denominar) que no es mas que ese conjunto de consecuencias jurídicas que la ley anuda a un determinado supuesto fáctico y que hace que la tutela específica que solicita la parte sea ésa concreta y no otra distinta (por que el actor puede hacer valer sus derechos si quiere y en la medida que quiere), es el paso del hecho al derecho, la traducción en conceptos jurídicos del supuesto de hecho concreto. Y el elemento puramente normativo de ese punto de vista jurídico: la/s concreta/s norma/s aplicable/s a ese objeto procesal delimitado por las partes y sometido a consideración del juez. De ambos elementos sólo el segundo conforma la libertad del juez en las máximas iura novit curia y dabo tibi ius.".

"En definitiva, la habilitación que se reconoce a los órganos jurisdiccionales para examinar la pretensión a la luz de un tratamiento jurídico distinto del que le dota la parte encuentra el límite infranqueable de la identidad de la propia pretensión, cuya configuración pertenece al ámbito del poder de disposición del sujeto."

"Es que el peligro de inseguridad jurídica es evidente para un litigante que no tiene oportunidad de alegar y probar en su defensa todos los elementos constitutivos de la acción no ejercitada que, no obstante, se resuelve".

"Es que la idea de indefensión es el límite que debe regir el principio iura novit curia tanto desde la perspectiva de la regla de la congruencia, cuanto del respeto del principio de contradicción e igualdad de las partes, ya que lo que está en juego es el derecho de defensa en juicio."(El resaltado me pertenece).

"Si el demandado contesta una pretensión esgrimida en base a todas las prescripciones de la norma A y se lo condena por las de la norma B, entiendo que no se ha respetado su derecho de defensa en juicio…."

"…En resumidas cuentas: el principio por el cual el juez aplica el derecho, el iura novit curia, constituye una potestad del juzgador pero en modo alguno ello puede significar que carezca de límites. Así, dicho principio se encuentra limitado por el principio de congruencia, contradicción, igualdad entre las partes y el derecho de defensa de manera tal que el juez no puede modificar los hechos acreditados en el proceso y a los cuales se encuentra vinculado siempre.

Pero tampoco puede modificar la calificación o fundamentación jurídica que realizan las partes en sus escritos introductorios de la pretensión y su contestación y que se encuentra relacionada con los presupuestos de hecho del litigio, pudiendo únicamente modificarse el elemento puramente normativo en ese punto de vista jurídico…." ("D. CONTRA D. S/DAÑOS Y PERJUICIOS" 22/6/06)".

Bajo estos parámetros, y a riesgo de repetirme, si las partes enmarcaron sus pretensiones en la Ley de Seguros, no resulta posible variar tal encuadramiento legal aplicando el régimen de defensa del consumidor, no obstante su carácter de orden público, ya que ello afectaría gravemente el principio de congruencia y el derecho de defensa de la parte demandada.

De todas maneras señalo que la ley mencionada no resulta de aplicación al contrato de seguro.

En efecto, se ha dicho: 10) Que la función social que debe cumplir el seguro no implica, empero, que deban repararse

todos los daños producidos al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se invoca, máxime cuando no podía pasar inadvertido para los damnificados que estaban viajando en un lugar no habilitado para el transporte de personas y que de tal modo podían contribuir, como efectivamente ocurrió, al resultado dañoso cuya reparación reclaman." ("Buffoni, Osvaldo Omar c. Castro, Ramiro Martín s/ daños y perjuicios-08/04/2014 -La Ley Online-AR/JUR/6035/2014).

Y agrega: "…no obsta a lo dicho la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, pues esta Corte ha considerado que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro (M.1319.XLIV "Martínez de Costa, María Esther c. Vallejos, Hugo Manuel y otros s/ daños y perjuicios", fallada el 09/12/2009)."

A su vez, la Cámara Nacional de apelaciones en lo comercial, Sala B señaló en los autos "B.E y otro c Mapfre Argentina de Seguros SA s/ ordinario el 30 de diciembre del 2.015 (Publicado en: RCyS 2016-VI , 225 LA LEY 10/06/2016 , 5 con nota de María F. Compiani • LA LEY 2016-C, 544 con nota de María F. Compiani • RCyS 2016-VIII , 245 Cita online: AR/JUR/59759/2015), en fundamentos que comparto:

No desconozco que el art. 3 de la Ley de Defensa del Consumidor establece una directiva en materia de integración normativa, al prescribir que las disposiciones de esa ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas incluidas por la ley. También dispone que en caso de duda rige el principio de interpretación más favorable al consumidor.

La télesis de la norma que involucra las diferentes ramas del derecho torna necesario el diálogo entre las distintas fuentes aplicables para la solución del caso sometido a estudio.

En tal contexto, cabe señalar que tanto la Ley de Seguros, como la Ley 20.091, tienen preeminencia sobre la Ley de Defensa del Consumidor. Y pese a la reforma de la ley 26.361, sus disposiciones no le son aplicables a aquéllas.

Ello porque existe una incompatibilidad entre ambos regímenes, no sólo de índole jurídica sino también práctica. Frente a ello la cobertura que surge de las normas legales y convencionales que vinculan al asegurador con su asegurado no pueden quedar alteradas por la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Esta última legislación tiene por objeto actuar como efectivo control de cláusulas contractuales predispuestas en los contratos de adhesión, cuando el Estado Nacional no interviene. En los seguros, el Estado Nacional a través de la Superintendencia de Seguros de la Nación, aprueba las cláusulas de las pólizas y las primas y controla la actividad aseguradora y reaseguradora en general, resultando así la auténtica y genuina autoridad de control de la actividad aseguradora y reaseguradora "con exclusión de toda otra autoridad administrativa, nacional o provincial".

Por su lado, la Ley de Defensa del Consumidor incluye reglas protectoras y correctoras, complementarias y no sustitutivas de la regulación general contenida en los códigos de fondo y la legislación vigente.

De admitirse una posición contraria, podría llegar a afirmarse que actualmente el contrato de seguro se encuentra regido por la Ley de Defensa del Consumidor, aplicándose supletoriamente las normas contenidas en la Ley de Seguro en cuanto ellas no resulten modificadas por aquélla. También se llegaría a poner en tela de juicio, las facultades de control de la Superintendencia de Seguros de la Nación (art. 8 de la ley 20.091) (CNCom, esta Sala, in re: "Dotti, Juan María c. Caja de Seguros S.A. s/ ordinario, 29- 06- 15).

En similar sentido, la CSJN sostuvo que si bien el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del CCiv.) y los accionantes revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron de su realización. Ergo, si desean invocarlo deben circunscribirse a sus términos (arts. 1195 y 1199 CCiv., voto del Juez Lorenzetti en la causa "Cuello" y Fallos: 330:3483), adoptando el criterio de la oponibilidad de las cláusulas contractuales en los supuestos de contratos de seguro del transporte público automotor (Fallos: 329:3054 y 3488; 331:379, y causas 0.166. XLIII. "Obarrio, María Pia cl Microómnibus Norte S.A. y otros" y G.327.XLIII. "Gauna, Agustín y su acumulado c. La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro", sentencias del 4 de marzo de 2008). Lo anterior, sin perjuicio de la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, pues ese Tribunal consideró que una ley general posterior no deroga ni modifica,

implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro (CSJN, in re: Recurso de hecho deducido por La Perseverancia Seguros S.A. en la causa Buffoni, Osvaldo Omar cl Castro, Ramiro Martín si daños y perjuicios", del 08/04/2014).

Tampoco resulta aplicable al caso la prescripción de diez años como propone la actora en sus agravios toda vez que la demanda se sustenta en el cumplimiento de un contrato de seguro con lo cual el plazo queda regido por la normativa específica, esto es, la ley de seguros.

Por lo cual, y tal como lo propone la compañía asegurada en su responde, el plazo de prescripción aplicable al caso será el anual.

Sentado ello, y en cuanto a los actos interruptivos que no habrían sido considerados por la juzgadora entiendo que, en función de sus agravios, no cuestiona el inicio del cómputo tomado en la sentencia y en oportunidad en que Comisión Médica del ISSN efectuó su dictamen, esto es, el 16/1/2004. Tal aspecto se encuentra consentido por los litigantes.

Así, y como adelanté, la controversia se plantea en torno al efecto que sobre ese plazo prescriptivo han tenido los actos de la accionante.

Oportunamente, al fallar la causa "Yáñez del Valle c/ Nación Seguros" (Expte, 402467/2009, resolutorio del 13 de mayo de 2014), mi colega de Sala, la Dra. Patricia CLERICI, estableció:

"A efectos de realizar un correcto análisis de la cuestión, resulta necesario diferenciar entre la suspensión del plazo de prescripción y la interrupción de éste. Señala Arauz Castex ("Derecho Civil. Parte General", Ed. Empresa Tecnojurídica Argentina, 1965, T. II, pág. 464) que se llama suspensión de la prescripción a la paralización transitoria de su curso por motivos contemporáneos o posteriores a su comienzo, establecidos por la ley. El efecto de la suspensión de la prescripción se encuentra legislado en el art. 3983 del Código Civil: inutiliza su plazo de duración, pero, no borra el transcurrido con anterioridad al acto que la provoca. Consecuentemente, cesado el plazo de suspensión de la prescripción, éste continúa corriendo, aprovechando lo transcurrido con anterioridad a la interrupción temporal.

La interrupción de la prescripción, por el contrario, y siguiendo los conceptos del autor citado (op. cit., pág 465) es la extinción de su curso antes del término, en virtud de los actos indicados al efecto en la ley, pero no obsta que, a partir de aquellos, comience a contarse un nuevo plazo completo de prescripción. Ello surge de la manda del art. 3998 del Código Civil.

Nada impide que ambos institutos puedan ser utilizados para una misma prescripción. Así un plazo de prescripción puede ser primero suspendido, por ejemplo con la interpelación al deudor, y luego interrumpido por la interposición de la demanda judicial.

Lo que impide la ley es que la suspensión de la prescripción opere más de una vez sobre un mismo plazo. Ello surge claramente del art. 3986 del Código Civil en cuanto prescribe que la prescripción liberatoria se suspende por una sola vez.

Aplicando estos conceptos al caso de autos, tenemos que habiendo comenzado a correr el plazo anual de prescripción, éste es suspendido por la comunicación cursada por la parte actora a la aseguradora con fecha 4 de marzo de 2005. Ello fue así determinado por la sentenciante de grado, no encontrándose controvertido en esta instancia. A partir de esa fecha, entonces, y de acuerdo con el art. 3986 del Código Civil, el término de la prescripción quedó suspendido por el plazo de un año. Cabe señalar que a ese momento había transcurrido la casi totalidad del plazo anual, restando solamente siete días para el agotamiento de aquél y por ende, para que opere la prescripción de la acción.

Habiéndose suspendido el plazo de la prescripción por el requerimiento postal de fecha 4 de marzo de 2005, éste se reanudaba el mismo día del año 2006, por lo que de no mediar un acto interruptivo, la acción ya se encontraba prescripta cuando la accionante remitió la carta documento el día 9 de marzo de 2008, y cuando interpuso la demanda, el día 17 de septiembre de 2008.

Ahora bien, encontrándose suspendido el plazo de prescripción, la aquí actora instó una medida preliminar con fecha 17 de agosto de 2005. ¿Puede equipararse esta medida preliminar a la demanda judicial que interrumpe el plazo de prescripción?

Sabido es que el término demanda contenido en el art. 3986 del Código Civil ha generado un importante debate respecto de su alcance. Si bien existen posiciones encontradas, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia adhiere a la posición que sostiene que por demanda, como acto interruptivo de la prescripción, debe entenderse no sólo la que es tal en sentido técnico procesal, sino todo acto judicial que demuestre en forma inequívoca que el acreedor no ha abandonado su crédito, que tiene el propósito de no perderlo (cfr. SCJBA, "Spoliansky c/ Abdala", 15/4/1958, JA 1959-III, pág. 389, con voto del Dr. Acuña Anzorena). Esta definición de demanda como acto interruptivo de la prescripción ha sido también adoptada por autores como Luis Mosset de Espanés ("Actos judiciales que tienen efecto interruptivo de la prescripción liberatoria", ED 67, pág. 661) y Félix Trigo Represas ("Derecho de las Obligaciones", Ed. Platense, 1991, T. 3, pág. 717, y la mayor parte de la jurisprudencia.

A nivel local también ha sido el criterio adoptado por la Sala III de esta Cámara de Apelaciones, integrada por mi colega de Sala, en autos "Sosa c/ Munic. de S.P. del Chañar" (P.I. 2011-IV, n° 318), tribunal que otorgó efecto interruptivo de la prescripción a la promoción del beneficio de litigar sin gastos.

En el caso concreto de las medidas preliminares, y aún adoptando el criterio amplio de interpretación del término demanda, la jurisprudencia hace hincapié en la pretensión que se esgrime y en la utilidad de la medida a efectos de la posterior promoción de la demanda principal. Así la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza (Sala I, "Avaca c/ Municipalidad de San Rafael", 23/9/2003, LL Gran Cuyo 2004, pág. 135, con voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci) no otorgó efecto interruptivo de la prescripción a una medida preliminar por entender que ésta no contenía ninguna pretensión y que además el actor peticionó la medida preliminar invocando la existencia de obras en la calle, siendo ésta la única razón que le dio sentido, y posteriormente demandó al municipio sin hacer mención a obra alguna.

En igual sentido se ha expedido la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Jujuy (Sala II, "Rodríguez Martínez c/ Albazán", 28/7/2009, LL on line AR/JUR/31218/2009) resolviendo que resulta improcedente otorgar efecto interruptivo de la prescripción en los términos del art. 3986 del Código Civil a la promoción de la diligencia preparatoria de aseguramiento de prueba, pues no se necesitaba de tal medida para dar certeza al derecho que se iba a reclamar, máxime si ha existido desidia por parte del actor para activar y concretar las pericias y luego de obtenidos los informes, para demandar.

En definitiva, aún cuando se comparta la interpretación amplia del término demanda, resulta pertinente analizar cada caso concreto a efectos de determinar si la actuación judicial a la que se pretende otorgar efecto interruptivo de la prescripción resulta necesaria para poder demandar en pos de la satisfacción del derecho presuntamente conculcado.

En autos, la actora conoció que el rechazo de la cobertura por parte de la aseguradora fue porque la dolencia no alcanzaba el porcentaje mínimo indemnizable (carta documento de fs. 51, que la actora reconoce haber recibido y que fue acompañada por esta parte en la diligencia preliminar que corre agregada por cuerda). Entiendo que este rechazo era suficiente para entablar la demanda contra la aseguradora, no necesitando la demandante de ninguna otra información. Y ello se ve corroborado por la conducta de la misma parte accionante. Si bien el informe médico que fundamentó el rechazo de la cobertura introduce la cuestión de la preexistencia de la dolencia de la demandante y el expediente fue ofrecido como prueba instrumental, la actora no hace alusión alguna en su demanda a este hecho, por lo que la acción no se encuentra fundada en la información obtenida a través de la medida preliminar.

Consecuentemente no he de tener por interrumpida la prescripción con la interposición de la medida preliminar.

Sin perjuicio de ello, y aún cuando se otorgara dicho efecto a la diligencia preliminar, de todos modos el nuevo término de prescripción ya había también operado al entablarse la demanda principal. En el trámite del expediente n° 327.278/5, la demandada acompañó el informe médico requerido con fecha 19 de octubre de 2005, siendo proveído el día 1 de noviembre de 2005 (fs. 28/29) y habiéndose notificado a la peticionante el traslado que se le corría por el término de ley el día 22 de diciembre de 2005 (fs. 34/vta.), encontrándose entonces agotada a esa fecha la medida solicitada. Sin embargo la demanda es presentada en sede judicial el día 17 de septiembre de 2008, cuando ya había

operado el nuevo plazo anual de prescripción. Incluso, la carta documento remitida con fecha 9 de marzo de 2008 fue también despachada cuando ya había operado la prescripción de la acción." (La negrita me pertenece).

Empleado estos conceptos al caso, tenemos que habiendo comenzado a correr el plazo anual de prescripción, éste es suspendido por la comunicación cursada por la parte actora a la aseguradora con fecha 26 de mayo de 2004, lo que no se cuestionó en esta instancia.

A partir de esa fecha, entonces, y de acuerdo con el art. 3986 del Código Civil, el término de la prescripción quedó suspendido por el plazo de un año, esto es, hasta el 26 de mayo de 2005, por lo que de no mediar un acto interruptivo, la acción ya se encontraba prescripta cuando la accionante interpuso la demanda, el día 29 de abril de 2008.

En punto a los trámites de diligencia preliminar y del beneficio de litigar sin gastos interpuesto con fecha 17 de marzo de 2007 y 30 de abril de 2008 respectivamente, como a las notas cartas documentos posteriores al 26 de mayo 2005, y aún siguiendo la tesis amplia referida en el voto transcripto, corren la misma suerte, dado que fueron actos cumplidos con posterioridad al acaecimiento de la prescripción.

Pasando ahora a la tercera queja, de la crítica presentada por la quejosa no advierto cuáles serían los errores que contendría la solución aportada por la magistrada de grado, dado que no explica concretamente sus agravios, y por ende, los capítulos que se someten a la Cámara en tal aspecto.

Finalmente, considero que la solución aportada en la instancia de grado, a pesar de no compartirse totalmente, en modo alguno lesionan los derechos que la apelante refiere, ya que los argumentos ofrecidos en esa instancia y en la presente, resultan coherentes con los criterios llevados por el fuero en casos similares.

Con respecto al tercer agravio cabe señalar que si se refiere al rechazo de la demanda contra el restante codemandado, la parte quejosa no se hace cargo de ninguna de las razones por la cuales la sentenciante desestimara la pretensión, con lo cual el mismo no reúne los requisitos mínimos exigidos por el artículo 265 del código de rito.

III.- En mérito a lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo la confirmación del resolutorio apelado, con costas de segunda instancia a la parte actora en su calidad de vencida.

Los honorarios profesionales se regularán bajo las pautas del art. 15 de la ley 1594.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, destacando que con posterioridad a los precedentes del Tribunal Superior de Justicia "Géliz c/ Caja de Seguros S.A." (Acuerdo n° 46/2010 del registro de la Secretaría Civil) y "Merino c/ Caja de Seguros S.A." (Acuerdo n° 8/2013 del registro de la Secretaría Civil), la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó resolución en autos "Buffoni c/ Castro" (sentencia del 8/4/2014, LL 2014-C, pág. 144) señalando que una ley general posterior –con expresa referencia a la Ley de Defensa del Consumidor con la reforma de la ley 26.361- no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro.

Por lo dicho, y sin perjuicio de la opinión del Tribunal Superior de Justicia, mantengo el criterio expuesto en el voto antecedente, en tanto se adecua a lo resulto por el Corte Nacional.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 721/728 en todo lo que ha sido materia del recurso y agravios.

II.- Imponer las costas de segunda instancia a la parte actora en su calidad de vencida (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales de los Dres. ..., apoderada en doble carácter por la parte actora, y ..., ... y ..., apoderado y patrocinantes por la codemandada Caja de Seguros S.A., en el 30% de lo que se determine en la instancia de grado (art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

"HUENTO ELOY Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER Y OTRO S/ACCION DE AMPARO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 506311/2014) – Sentencia: 217/16 – Fecha: 01/11/2016

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

DAÑO AMBIENTAL. ESTADO PROVINCIAL. MUNICIPALIDAD. PODER DE POLICIA. LEGITIMACION PASIVA.

1.- El Estado Provincial resulta legitimado pasivamente y por tanto está obligado y no sólo cuenta con obligaciones concretas a su cargo sino también con potestades para hacer cumplir con las obligaciones que puedan tener a cargo otros entes, como sería en este caso el Municipio, para el correcto funcionamiento de la planta de tratamiento de aguas cloacales y remediar el daño ambiental que surge acreditado del peritaje, siendo los actos de la provincia insuficientes, pues todas las dependencias dentro de su órbita se limitaron a informar acerca de la peligrosidad y conocedores de esas circunstancias no realizaron ningún acto tendente a hacerlo cesar con efectividad.

2.- El éxito de la falta de legitimación pasiva importa que quien ha sido demandado no está habilitado para contradecir sobre la materia que se desarrolla el litigio, configurándose a su respecto una falta de acción.

3.- Si no hay daño a reparar lo que no hay es objeto para que la demandada sea condenada pero no quiere decir que la actora no haya tenido acción contra la provincia para reclamarle por su obligación respecto a evitar o en su caso remediar ese daño.

Texto completo:

NEUQUEN, 1 de Noviembre del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "HUENTO ELOY Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER Y OTRO S/ACCION DE AMPARO", (Expte. Nº 506311/2014), 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, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Se dicta sentencia a fs. 354/365 vta., condenando a la Municipalidad de Plottier a realizar las obras necesarias para el correcto funcionamiento de la planta de tratamiento de aguas cloacales y remediar el daño ambiental que surge acreditado del peritaje, otorgando un plazo de 60 días para su realización.

Asimismo se hace lugar a la falta de legitimación pasiva planteada por la Provincia del Neuquén, rechazando la

acción en su contra.

La decisión es apelada por los amparistas quienes se agravian del rechazo de la acción contra la provincia pues de conformidad a los principios precautorios y de prevención establecidos en la ley 25.675 es obligación del Estado Provincial tomar las medidas pertinentes a fin de evitar la consumación del daño que en el caso de autos, y tal como el propio fallo reconoce, se encuentra debidamente acreditado.

Expresa que ha quedado evidenciado que la obligación del Estado Provincial en cuanto a preservar el medio ambiente fue quebrantada pues en el ejercicio del poder de policía que le asiste no realizó ningún acto tendiente a evitar y en su caso remediar el daño.

Alude concretamente a un informe de la Dirección Provincial de Recursos Hídricos que reconoce la presencia de valores que superan los límites establecidos, lo que representa un foco de contaminación ambiental y un riesgo para la salud muy importante.

Agrega que el estado provincial estaba en conocimiento que la planta no contaba con licencia ambiental lo que implica incumplimiento de la las obligaciones que le impone la ley 2267, indicando que la autoridad de aplicación es la Dirección General de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable.

En segundo término se agravia por la imposición de costas a su parte pues entiende que esta decisión no tuvo en cuenta las circunstancias que rodearon el caso y el papel que le corresponde desempeñar al Estado en la promoción y protección del medio ambiente.

Califica de arbitrario que a la pérdida del derecho de accionar contra la provincia garante constitucional del medio ambiente se le sume la obligación de afrontar los gastos del proceso de remediación del daño.

Solicita se haga lugar al recurso y se revoque la sentencia en cuanto fuera apelada.

También apela la Municipalidad de Plottier, que se agravia por el plazo que se le otorgó para dar cumplimiento a las obligaciones que la sentencia le impone.

En esa senda destaca que si la sentencia expresa que el río no está contaminado y que los problemas de funcionamiento de la planta tienen su origen varios años atrás, la conclusión es que el río y la ribera no están contaminados y la planta no contamina o que no lo hará en los próximos meses, como para que resulte imperioso realizar un sinnúmero de obras en 60 días.

Expresa que no se tuvieron en cuenta los plazos licitatorios, para la adquisición de las bombas, ni tampoco la severa crisis económica que atraviesa el municipio.

Sostiene que la Jueza debió solicitar como medida para mejor proveer que un perito le indique el tiempo estimable para la realización de las obras o disponer diez días para que su parte presente un plan de trabajo e inversión.

Entiende que se necesitan doce meses para llevar a cabo las obras siempre y cuando se obtengan los fondos necesarios para esos fines.

Culmina solicitando se establezca un plazo de doce meses previa entrega de un plan de trabajo e inversión.

A fs. 380/381 y fs. 382/384 contestan los agravios la provincia y la amparista respectivamente, solicitando cada una el rechazo de los agravios de la contraria, con costas.

II.- En primer lugar he de abordar los agravios de la amparista, concretamente el relativo a la decisión de hacer lugar a la falta de legitimación pasiva interpuesta por la provincia demandada que llevara a que no fuera condenada en autos.

En primer lugar es dable observar que el éxito de la falta de legitimación pasiva importa que quien ha sido demandado no está habilitado para contradecir sobre la materia que se desarrolla el litigio, configurándose a su respecto una falta de acción.

En el caso, la jueza resuelve correctamente que los amparistas son acreedores de la obligación del Estado de garantizar el derecho a un medio ambiente sano y luego afirma que la provincia no es deudora de la obligación que se le está reclamando por un lado porque no medió omisión de su parte y en segundo lugar porque no hay contaminación en las aguas del río Limay.

Concluye que no hay omisión en el ejercicio del poder de policía pues éste se refiere a controlar que no existan

actividades contaminantes y no en hacer funcionar las plantas municipales de tratamiento de aguas cloacales.

Agrega que según los informes e la AIC, el río Limay no está contaminado en la ribera cercana a la planta por lo tanto no hay daño ambiental a reparar.

De la lectura de los fundamentos entiendo que hay un error, pues si no hay daño a reparar lo que no hay es objeto para que la demandada sea condenada pero no quiere decir que la actora no haya tenido acción contra la provincia para reclamarle por su obligación respecto a evitar o en su caso remediar ese daño.

Sentado lo que antecede entiendo que le asiste razón en sus agravios a los amparistas pues resulta contradictoria la sentencia al determinar la existencia de daño ambiental y por otro lado sostener que la provincia no puede ser demandada por ello.

A lo largo del presente proceso ha quedado acreditado que existen distintas dependencias provinciales involucradas en la cuestión tal como surge del informe de la Autoridad Interjurisdiccional de Cuencas obrante a fs. 74/75 del expediente de la Defensoría del Pueblo.

Allí se señalaba: "…Habiendo tomado conocimiento de los comentarios que fueron difundidos por los medios, se consultó a los organismos locales que trabajan conjuntamente con la AIC en los diversos Programas de Monitoreo de Calidad de Agua en la Cuenca, en particular la Dirección Provincial de Recursos Hídricos de la Pcia. del Neuquén, desde donde se nos informó que tienen conocimiento que dicha Planta Depuradora se encuentra fuera de régimen. Siendo ellos la Autoridad de Fiscalización competente en el vertido de afluentes a los cursos de agua."

Luego: "Finalmente deseamos expresarle que desde su creación la AIC ha establecido mecanismos de verificación y gestión de contingencias ambientales con las Jurisdicciones que la integran y, a partir del año 2012, ha promovido y coordina un Sistema de Emergencias Ambientales (SEA) en todo el ámbito de la Cuenca. Este sistema se encuentra actualmente en plena etapa de desarrollo, participando del mismo las áreas de Dirección Provincial de Defensa Civil, Secretaría de Estado, Ambiente y Desarrollo Sostenible, Dirección Provincial de Hidrocarburos y Energía y Dirección Provincial de Recursos Hídricos, todos organismos de la provincia de Neuquén."

Así, no es posible sostener con razonabilidad que todos los organismo provinciales involucrados sólo tengan como función controlar, informar, fiscalizar, sin contar con ninguna potestad para hacer cesar o remediar el daño en curso.

En ese sentido, es posible advertir que el EPAS a fs. 28/29 del expediente de la Defensoría expresa: "Ante reiteradas intimaciones cursadas por este Ente a fin de que se regularice el funcionamiento de la Planta de Tratamiento Cloacal y sus distintos componentes a cargo de esa Municipalidad, se ha detectado que no se ha cumplido con las mejoras requeridas y continúa el paulatino deterioro del sistema general. Por lo expuesto, se los intima por la presente para que en el plazo perentorio de Quince (15) días corridos, proceda a corregir las irregularidades detectadas en las inspecciones realizadas a la Planta en cuestión y plasmadas en los informes N° 10/13 y 49/13 de la Subgerencia de Plantas de Tratamiento de este Organismo, que en copia se adjuntan a la presente."

Y continúa: "Se deja constancia que en caso de persistir con el incumplimiento esa Municipalidad se hará pasible de aplicársele las multas correspondientes –Ley 1.763 Artículo 12 Inciso k)- llegando las sanciones incluso a la clausura de las instalaciones y a efectuar las denuncias de acción pública que corresponda."

El mismo organismo, según consta a fs. 27 del mismo expediente, luego de proponer un plan de trabajo expresaba: "… Esta Subgerencia de compromete a brindar la asistencia técnica necesaria para llevar adelante este Plan de Trabajo, haciendo extensivo este compromiso a otras áreas del organismo."

De aquí cabe concluir que frente a la situación, que ya todos conocían, el Estado Provincial a través de uno de sus órganos inició un curso de acción tendiente a hacer cesar la situación, de modo tal que independientemente del resultado que haya tenido ese curso de acción, lo que no puede negarse es que el Estado Provincial está obligado y no sólo cuenta con obligaciones concretas a su cargo sino también con potestades para hacer cumplir con las obligaciones que puedan tener a cargo otros entes, como sería en este caso el Municipio.

De este modo encuentro acreditado, que los actos de la provincia fueron insuficientes, pues todas las dependencias dentro de su órbita se limitaron a informar acerca de la peligrosidad y conocedores de esas circunstancias no realizaron ningún acto tendente a hacerlo cesar con efectividad.

Estas conductas ponen de manifiesto que el poder de policía excede la sola tarea de informar e intimar, pues si se agotara en esas instancias difícilmente alguien cumpliría los mandatos que surgen de los entes que ejercen el poder de policía.

Por otra parte y en esto le asiste razón a los apelantes, si bien el agua del río no presenta índices de contaminación en su curso, limitar a la salubridad del agua el concepto de daño ambiental no resulta compatible con la concepción constitucional del derecho a un ambiente sano.

El medio ambiente se compone no sólo del agua, sino que los daños acreditados en cuanto a los olores nauseabundos y los barros contaminados.

Asimismo, y en un capítulo que es muy significativo, es preciso incluir la cuestión del paisaje que en el caso de los ríos de la región y sus riberas es particularmente valioso para la población que en definitiva es quien resulta titular del derecho a un ambiente sano tal como reconoce con solvencia la decisión apelada.

A partir de lo dicho es posible señalar no sólo que la Provincia de Neuquén cuenta con legitimación para ser demandada sino también que la omisión reprochada se encuentra acreditada.

En cuanto al agravio relativo a la imposición de costas y atento a lo resuelto precedentemente, corresponde revocar también en ese sentido la sentencia imponiéndose las a la demandada vencida.

Por todo lo dicho, he de proponer al Acuerdo admitir el recurso y revocar la sentencia en cuanto hiciera lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva, imponiéndose las costas a la provincia demandada.

Luego y en cuanto al agravio de la Municipalidad de Plottier que reclama un plazo mayor para dar cumplimiento a la condena, es dable señalar que la queja resulta razonable.

En tal sentido es preciso tener en cuenta las múltiples áreas que participan de la tarea y los aspectos legales relativos a la disposición de fondos públicos, debiendo agregar que, tal como fuera resuelto precedentemente la condena es extensiva a la provincia, razón por la cual deberán coordinarse los esfuerzos para el cumplimento de la condena.

Sin embargo y teniendo en cuenta que la necesidad de efectuar las obras no fue cuestionada, razón por la cual cabe suponer que ya se deben haber iniciado las tareas encaminadas a ello, encuentro razonable ampliar a 180 días el plazo para dar cumplimiento a lo aquí dispuesto, plazo que deberá computarse desde que la sentencia quede firme.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II.

RESUELVE:

I.- Hacer lugar a la acción contra la Provincia del Neuquén, imponiendo las costas a la misma en su carácter de vencida.

II.- Hacer lugar al recurso de la Municipalidad de Plottier extendiendo a 180 días el plazo para dar cumplimiento con la condena.

III.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado.

IV.- Fijar los honorarios de la Alzada en un 30% del monto que se determine en la Primera Instancia.

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

MICAELA ROSALES - Secretaria

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

"SOLIS JOSE DANIEL C/ ORTIZ NATALIA EVA Y OTROS S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 401767/2009) – Sentencia: 218/16 – Fecha: 01/11/2016

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. CUANTIFICACION DEL DAÑO. INCAPACIDAD SOBREVINIENTE. DAÑO MORAL. DAÑO ESTETICO. LICENCIA DE CONDUCIR. RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA.

1.- Por aplicación de la fórmula matemática financiera, sin la corrección de la variable "mejora del salario", he de considerar la suma de $2.553 teniendo en cuenta los salarios efectivamente percibidos en la época en que se habría consolidado el daño, aunque sí receptando la de la edad de 75 años como correctiva en cuanto a contemplar una expectativa de vida que válidamente puede determinarse como un dato estadístico general, y el porcentaje de incapacidad informado por el perito con los ajustes antes indicados, -75%- y tomando en consideración un promedio entre ambas fórmulas [...] es que el importe por el que debe prosperar el rubro en cuestión debe elevarse hasta la suma de $100.000, consierándose el porcentaje de responsabilidad que se atribuyera. (del voto del Dr. Gigena Basombrío).

2.- Para la determinación del daño moral se debe tener en cuenta tres factores: 1) los relativos al hecho mismo, es decir, lo que le aconteció a la víctima en el momento mismo del hecho 2) los sufrimientos y molestias del período posterior (curación y tratamiento) y 3) las secuelas últimas que tengan relación con el daño (incapacidad). (cfr. Zavala de González, ob. Cit. Pág. 466)", como así también las lesiones estéticas que se detallan en la pericial médica, las actividades normales que realizaba, la pericial psicológica y las demás circunstancias de autos, por lo que el monto debe elevarse a la suma de $50.000. (del voto del Dr. Gigena Basombrío).

3.- Toda vez que el conductor del vehículo asegurado no tenía licencia vigente a la fecha del hecho es que la aseguradora no debe responder conforme los términos del contrato de seguro. (del voto del Dr. Gigena Basombrío).

4.- La actora no tenía licencia para conducir al momento del accidente, nunca la tuvo con anterioridad al siniestro, no puede presumirse que se encontrara tramitando su obtención –dado la fecha de emisión del primer registro-, ni tampoco puede presumirse su pericia en la conducción de vehículos desde el momento que fue justamente la ausencia de ella una de las causas del hecho dañoso. Por lo dicho, y compartiendo la solución dada a los restantes agravios de la parte actora, adhiero al voto del señor Vocal preopinante, en el sentido de exclusión de cobertura a la aseguradora. (del voto de la Dra. Clerici, en adhesión).

Texto completo:

NEUQUEN, 1 de Noviembre del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SOLIS JOSE DANIEL C/ ORTIZ NATALIA EVA Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (Expte. N° 401767/2009), 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. 639/650 hace lugar parcialmente a la demanda, y en consecuencia, condena Natalia Eva Ortiz y Cristian Ariel Morales a abonar la suma de $60.400 con mas sus intereses e impone las costas en un 80% a la demandada y en un 20% a la actora. Asimismo hace lugar a la defensa de falta de legitimación pasiva por exclusión de cobertura opuesta por HSBC La Buenos Aires Seguros SA con costas a ambas partes.

La decisión es apelada por la actora en los términos que resultan del escrito de fs. 667/674 y que es respondido por la aseguradora a fs. 676/679.

II.- Luego de señalar que la sentencia no tuvo en cuenta principios constitucionales, que no es un acto jurisdiccional válido por falta de pautas razonables para determinar el monto de condena y que tiene derecho a una reparación integral, se aboca al primer agravio.

En tal sentido, afirma que existió una errónea determinación de la responsabilidad ya que la sentenciante tuvo por cierto que circulaba en la moto con una sola mano en base a la declaración de Muñoz, cuando no fue esto lo que afirmó el testigo.

Afirma que la demandada no circulaba con cuidado y previsión.

Cuestiona luego la procedencia de la defensa de la aseguradora ya que la misma no acreditó que la conductora carecía de licencia para conducir y que solamente ofició a la municipalidad de Cipolletti, cuando tenía que probar que no tenía la misma en ningún municipio y sin tener en cuenta que la aseguradora no contestó dentro del plazo legal y que obtuvo su licencia apenas 16 días después de ocurrido el siniestro.

El tercer agravio se refiere a que la jueza se apartó de la pericial médica, ya que consideró que tuvo una incapacidad del 15% cuando el experto señaló que la misma era del 31%.

Cuestiona por insuficiente el monto fijado por la reparación física, aludiendo a la aplicación de la fórmula Méndez.

Asimismo, objeta por bajo el monto determinado en concepto de daño moral y el rechazo de los daaños estéticos y psicológicos.

III.- Ingresando al tratamiento de los agravios vertidos y analizados los mismos en función de la prueba producida, valorada de conformidad con las pautas del artículo 386 del Código de rito, concluyo que la sentencia resulta ajustada a derecho, sin perjuicio de la modificación que se propondrá mas adelante.

En principio, destaco que las manifestaciones generales que se vierten al comienzo de la pieza recursiva constituyen generalidades que si bien son compartidas, en modo alguno la sentencia deja de aplicarlas máxime que la parte se limita a formularlas sin especificar en forma clara y concreta qué es lo erróneo de la decisión con respecto a los principios que indica.

Con relación al primer agravio que se refiera a la responsabilidad que les cupo a las partes en el accidente que originó estas actuaciones, destaco que como la demandada no cuestionó la sentencia no es posible examinar si al actor le cupo una mayor responsabilidad que la fijada.

En primer lugar, lo afirmado por el quejoso en relación a la valoración de la declaración testimonial de Muñoz por parte de la sentenciante no es correcta, toda vez que la jueza en momento alguno sostuvo que el actor manejara la moto con una sola mano con fundamento en los dichos del testigo de referencia, por el contrario, señaló que el mismo no presenció el accidente.

En cambio, el resto de los testigos es coincidente acerca de que el accionante circulaba con una sola mano y si bien hay discrepancias acerca de en cual mano llevaba el paquete, dicho detalle resulta irrelevante frente a las afirmaciones de que lo hacía con una sola mano, por lo cual, ello demuestra la falta de prudencia en el manejo de dicho rodado que por definición requiere la conducción con ambos miembros superiores.

Por otro lado, tampoco puede dejar de obviarse que circulaba por la mano contraria, hecho este no controvertido por el quejoso y que fuera expresamente señalado por la jueza.

Cierto es que la demandada circulaba en forma poco prudente, cuestión ésta que fue debidamente valorada por la sentenciante, de manera tal que la afirmación que se realiza en la apelación no agrega nada al análisis que realiza la jueza.

En tales condiciones y teniendo en cuenta los hechos demostrados conforme se indica en la sentencia y cuyo análisis se comparte, sumado a la falta de agravio de la accionada, justifican la determinación de responsabilidad que les cupo a los partícipes del accidente.

En cuanto a la determinación de la indemnización por incapacidad física y no obstante lo afirmado por el quejoso, lo cierto es que no existió un apartamiento de la pericial médica por parte del juez.

Lo que ocurrió y en ello asiste razón a la jueza es que consideró que las cicatrices no ocasionaron por sí una incapacidad física, y que por lo tanto, debían ser tenidas en cuenta al momento de fijar la reparación por daño moral.

Dicha argumentación tampoco fue cuestionada por la quejosa que se limita a señalar un apartamiento de las conclusiones del perito que en realidad no es tal ya que se consideró la totalidad de la incapacidad según afectara al esfera patrimonial o la extra patrimonial.

Así, no se advierte cuál es el agravio concreto del quejoso en relación al punto en cuestión, sin perjuicio de las objeciones que se refieren al monto fijado por ambos conceptos, y con mayor razón si se tiene en cuenta que no ha explicado la razón por la cual por ejemplo la cicatriz que existe en el arco superciliar o en el pómulo, afecte los ingresos patrimoniales del accionante.

Respecto al monto por el rubro en cuestión, incapacidad física, asiste razón parcialmente al quejoso dado que, recientemente, hemos cambiado la forma de determinación de dicho ítem.

Así hemos dicho a partir de la causa PORTALES, HECTOR ELIDOR C/ MOÑO AZUL S.A Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL" (EXPTE. 453788/11)

Resuelta la cuestión que pone en cabeza de la demandada la obligación de reparar es preciso abordar la cuestión del monto indemnizatorio, punto en el cual he de reflexionar acerca del uso de las fórmulas matemáticas como modo de determinación de la suma en concepto de daño material, atento a la pretensión del actor de que se aplique la denominada fórmula "Méndez".

En ese aspecto parto de señalar que comparto que: "… parece posible sostener que el empleo de fórmulas no importa una restricción a la legítima discrecionalidad judicial, sino a la arbitrariedad. Una fórmula no encorseta el razonamiento, sino que simplemente lo expresa con una claridad que es reconocidamente superior (cuando entran en juego magnitudes y relaciones de alguna complejidad interna) a otras posibilidades de expresión. En un estado republicano nada es jurídicamente correcto sólo por las condiciones personales de quien lo afirme o por su mera autoridad, sino que lo es cuando resiste unproceso argumentativo abierto. El ocultamiento de las premisas y de las relaciones empleadas en una conclusión jurídica, parece más bien una actitud oscurantista que perjudica la seriedad de la conclusión implicada, que una contribución a su fortaleza. El empleo de fórmulas explícitas, en este contexto, contribuye simplemente a la honestidad intelectual exigible en este campo. No se trata de una búsqueda irrazonable de precisión ni de un compromiso con método de cálculo alguno, impuesto por razones externas al derecho (por ejemplo, por la eventual autoridad de otras ciencias). Al contrario, importa contribuir a una honestidad consistente en facilitar la refutación de las conclusiones que se sostienen y se consideran correctas. ("La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes"-Acciarri, Hugo A.Irigoyen Testa, Matías LA LEY 2011-A , 877)

En esa inteligencia es que para la determinación de los daños en los casos de indemnizaciones que no están tarifadas como resultan las originadas en acción civiles, la inclusión de los distintos valores que requieren las variables se encuentra sujeta a cuestiones probatorias gobernadas por una lógica de presunciones diversa a las que imperan en el ámbito laboral.

Así, no se trata que el uso de fórmulas resulte inadecuado per se, sino que la determinación y elección del valor de las variables que se utilizan puede resultar complicado de justificar teniendo en cuenta los hechos probados en la causa.

De esta manera en la medida que el actor pretenda que las variables recepten la particularidad de determinados

hechos, resulta una carga probatoria acreditar dichos extremos.

Lo dicho tiene relevancia pues a la hora de receptar los cambios introducidos en la denominada fórmula "Méndez" frente a la tradicionalmente utilizada "Vuotto", se presenta de distinto modo la cuestión relativa a la expectativa de vida que propone tomar 75 años frente a la anterior que lo relacionaba únicamente con la edad jubilatoria, y aquella que se refiere a la perspectiva de modificación del salario, ya que es diferente lo que cabe tener encuentra para una persona de 30 o 40 años que para una persona de 50 o 60, en cuyo caso la perspectiva de mejora de salario no es un "hecho notorio".

Destaco estas variables, pues a la hora de modificar un criterio que puede tener impacto en una importante serie de casos, encuentro imprescindible destacar que soy partidario de la utilización de las fórmulas como marco de referencia pero a la vez que es relevante para las partes desplegar la actividad probatoria que el caso particular requiere si lo que se pretende es la modificación de alguna de ellas.

Así, sostienen los autores antes citados:"… aquella crítica que descarta el empleo de fórmulas sobre la base de advertir algunas de sus dificultades, constituye una estrategia de argumentación claramente falaz. Usualmente los mismos críticos, en el acto de descartar ese modo de determinación, prefieren otro que participa en general, de las características que esbozamos en el párrafo anterior, sin siquiera intentar sostener su preferibilidad. Y como es evidente, que un término de una alternativa tenga debilidades, no significa que el otro sea preferible. Demostrar lo segundo, requiere otra cosa. Sin embargo muchas críticas parten de advertir problemas (de elección de variables, de estabilidad de condiciones, etc.) y a continuación descartan emplear toda fórmula y pasan a un acto de intuición único y genéticamente inexplicado, por el cual fijan una cantidad. Todo ello, sin advertir que los mismos problemas que afectaban al procedimiento que desechan, afectan también al que emplean.

Únicamente que, en el que eligen, esa falencia queda escondida tras un proceso de decisión que no se explica, mientras que, cuando se emplean fórmulas, esos problemas quedan a la vista y expuestos a la crítica. En ese modo abierto y explícito de exponer las dificultades, está la fortaleza, no la debilidad, de emplear fórmulas."

"Al contrario, el ingreso a computar —tanto como el valor de cualquiera de las restantes variables— es una circunstancia de hecho y sujeta a las reglas generales del razonamiento judicial. Y podría corresponder a un promedio ponderado del ingreso total para cada uno de los períodos, o a una fracción del mismo, cuando se estime que el daño corresponde a una incapacidad parcial."

"… Es claro, por ejemplo, que una pauta de la experiencia (un hecho notorio) indica que el ingreso de las personas no es igual a lo largo de toda su vida.

Asimismo que está sujeto a circunstancias múltiples y ajenas a su decisión.

Pero también, en cada caso individual sometido a decisión judicial, pueden discutirse y tenerse por acreditados diversos extremos que conlleven alguna conclusión plausible que haga diferir el caso de aquellas estimaciones generales. En un proceso individual, no obstante, la prueba producida puede contradecirlo para el caso concreto, o justificar alguna predicción particular a su respecto. Ciertas tareas especiales, por ejemplo, pueden o no, estar alcanzadas por la jubilación obligatoria y en el caso particular que se esté juzgando, puede ser más pequeña o más grande la probabilidad de una jubilación voluntaria. La curva de ingresos de un deportista, por ejemplo, puede alcanzar su pico muy prematuramente y derivar en un rápido descenso posterior, y así pueden darse casos diversos. Para resumirlo en una regla práctica simple, podríamos decir que las máximas más generales de la experiencia (las que asumen una persona indiferenciada), en este campo, ceden frente a otras de menor generalidad pero todavía generales (las que se refieren por ejemplo, a deportistas, o deportistas de tal o cual disciplina). Y las mismas, ceden frente a las particularidades acreditadas en el proceso individual, para la víctima. Lo expuesto, nuevamente, no es más que una aplicación particular de reglas usuales de convicción judicial y prueba…"

En cuanto al porcentaje de incapacidad que he de incluir para el cálculo, corresponde destacar que al igual que las fórmulas matemáticas los guarismos informados son pautas de orientación que quedan sometidas a la interpretación que de las mismas haga el Juez.

Al respecto, sostuvo mi colega de Sala: "Debo recordar que la indemnización por incapacidad sobreviniente se ha

fijado de acuerdo con las normas del derecho civil, y con fundamento en la facultad prevista en el art. 165 del CPCyC, conforme lo ha puesto de manifiesto la a quo. A los efectos de la determinación del monto de la reparación se han tomado en cuenta distintos aspectos que fueron desarrollados en el Considerando respectivo del fallo de grado, donde se ha aclarado que la justeza de la estimación del grado de incapacidad no resulta relevante en juicios donde se persigue la reparación integral a la luz de la normativa civil."

"Ricardo Lorenzetti recuerda que "en doctrina y jurisprudencia reiterada, se señala que la valoración de la incapacidad es una decisión que compete a los jueces. A tales fines no los obliga la prueba pericial, ya que en un sistema regido por las reglas de la sana crítica no hay tal imposición. Tampoco la ley puede obligarlos. Las que han establecido baremos mediante sus decretos reglamentarios, se cuidan bien de señalar que ellos resultan obligatorios en sede administrativa y no judicial" (aut. cit., "La lesión física a la persona.

El daño emergente y el lucro cesante" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 1, pág. 117). Si bien es cierto que este autor pone de manifiesto que la utilización de baremos otorga al juez un principio de certeza, ello no quiere decir que lo actuado por la a quo sea irrazonable. Más aún cuando el apelante no se agravia por el monto fijado en concepto de indemnización, sino únicamente porque no se determinó un porcentaje exacto de incapacidad."

"Jurisprudencialmente se ha sostenido que "a fin de establecer la indemnización por incapacidad física, no debe adoptarse un criterio puramente matemático, no siendo tampoco de decisiva importancia el porcentaje asignado por el perito, sino la proyección que aquella puede tener en el futuro de la víctima. A este efecto ha de valorarse su edad, su estado de salud, actividad habitual, condición social, familiar y económica anterior al hecho, para luego determinar cuál es la gravitación en todos los aspectos de su vida" (Cám. Fed. San Martín, "B., J.O. c/ Transporte Automotores Luján", 8/11/1991, LL 1992-C, pág. 570)." ("BURGOS ABELARDO CONTRA ZOPPI HNOS Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte.Nº 255667/1)6/11/12)

En este punto y teniendo en cuenta que el perito hizo uso del baremo utilizado en el ámbito de las indemnizaciones del sistema de Riesgos de Trabajo, en el que se toman en cuenta aspectos relativos al tipo de actividad, la posibilidad de recalificación laboral y ellas arrojan variables que encuentran justificación en aquel sistema y no en el de la responsabilidad civil que aquí se debate, he de tomar solamente el porcentaje que arroja la suma de las lesiones el cual arroja un 75 % -fs. 1252 y 1258 vta.-.

De esta manera y por aplicación de la fórmula matemática financiera, sin la corrección de la variable "mejora del salario" por las razones expuestas, he de considerar la suma de $2.553 teniendo en cuenta los salarios efectivamentepercibidos en la época en que se habría consolidado el daño (ver recibos salariales de fs. 24/29), aunque sí receptando la de la edad de 75 años como correctiva en cuanto a contemplar una expectativa de vida que válidamente puede determinarse como un dato estadístico general, y el porcentaje de incapacidad informado por el perito con los ajustes antes indicados, -75%- y tomando en consideración un promedio entre ambas fórmulas…

Aplicando, entonces, los conceptos aludidos en los párrafos que anteceden y tomando en cuenta los datos fijados en la sentencia, no cuestionados y un promedio entre ambas fórmulas, es que el importe por el que debe prosperar el rubro en cuestión debe elevarse hasta la suma de $100.000, consierándose el porcentaje de responsabilidad que se atribuyera.

Con respecto al importe del daño moral hemos dicho:

En cuanto al daño moral hemos señalado: "…para determinar su cuantía, debe descartarse la posibilidad de su tarifación, su proporcionalidad con el daño material, que llegue a conformar un enriquecimiento injusto y que su determinación se supedite a la mera prudencia."

Nuestro máximo Tribunal Provincial tiene dicho que "la determinación del daño moral en cuanto a la fijación de su importe, ciertamente, se presenta con álgidos contornos a poco que se advierta que no se halla sujeta a parámetros objetivos sino a una ponderación que prudentemente deben efectuar los magistrados sobre la lesión a las íntimas afecciones de los damnificados, los padecimientos registrados, o sea los agravios que se configuran en un ámbito tan reservado y profundo como es el espiritual" (Ac. 769/01; Ac. 107/11).

Asimismo y en aras a la siempre ardua búsqueda de parámetros objetivos para decidir tanto en relación a la procedencia como su determinación monetaria: "Se pueden puntualizar así, tres factores que fundamentan la procedencia de este rubro: 1) los relativos al hecho mismo, es decir, lo que le aconteció a la víctima en el momento mismo del hecho 2)los sufrimientos y molestias del período posterior (curación y tratamiento) y 3) las secuelas últimas que tengan relación con el daño (incapacidad). (cfr. Zavala de González, ob. Cit. Pág. 466)".

Teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente así como las lesiones estéticas que se detallan en la pericial médica, las actividades normales que realizaba, la pericial psicológica y las demás circunstancias de autos, considero que el monto debe elevarse a la suma de $50.000.

Con respecto al agravio referido al daño estético y psicológico, y más allá de que la postura de la Sala no los considera como daño independiente, han sido tenidos en cuenta para la determinación del daño moral, con lo cual el agravio deviene abstracto.

Por último y con respecto a la procedencia de la defensa interpuesta por la aseguradora, el agravio no puede prosperar.

Sobre el tema y en principios aplicables al presente señalé en la causa 386.457/9, que:

IV.- Analizaré a continuación la exclusión de la aseguradora y que fuera planteada, tanto por los accionadas como por el actor.

Sin dejar de señalar que resulta dudosa la legitimación del actor para cuestionar los términos de un contrato que le es ajeno, conforme lo reconoce al comienzo de sus agravios, lo cierto es que la exclusión de la cobertura ha sido decidida de acuerdo a derecho.

Para analizar el tema es preciso dejar sentado que no se encuentra controvertido que el día del accidente la conductora del automotor carecía de licencia para conducir, al punto tal que el mismo fue expedido al día siguiente.

En segundo lugar, que la póliza prevé expresamente que la falta de licencia es un supuesto de exclusión de cobertura.

Ambos hechos, reitero, no se encuentran controvertidos.

Ahora bien, como se ha dicho:

"La exclusión de cobertura o no seguro, importa la limitación de un riesgo o su exclusión. Ello significa que, al no entrar en las previsiones contenidas en el contrato, el asegurador no se halla obligado a garantir. Lisa y llanamente el asegurado carece de derecho a exigir el pago de las consecuencias dañosas de un siniestro porque el evento no se halla cubierto contractualmente, no ha sido tomado a su cargo por el asegurador y, por ende, no percibió prima por él".

"En este supuesto se origina una falta de cobertura, un "no seguro" porque el riesgo se halla formalmente fuera de la garantía dada en la póliza respectiva".

"La exclusión de cobertura, en tanto defensa anterior al siniestro, es oponible al asegurado, y en el seguro contra la responsabilidad civil, también al damnificado cuando este ejerce el derecho de citar en garantía al asegurador (Stigliz, Rubén, "Derecho de seguros" tomo II, páginas 132 y siguientes)".

En tal sentido y conforme lo expuesto y por tratarse de una cláusula de exclusión expresa que figura en el contrato es que, en el caso, resulta clara la exclusión de la condena a la aseguradora.

Al respecto y al adherir a un voto del Dr. Silva Zambrano se expresó en la causa "MUÑOZ EMILIO JAVIER CONTRA SORIA JOSE LUIS Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte. EXP Nº 295937/3), citada por la aseguradora:

"Así, y aun compartiendo la afirmación acerca de la función social que cumple el sistema de seguros dicha aseveración no puede llegar a convertir al mismo en un seguro social, instituciones claramente diferenciadas".

"La función social del seguro radica en la posibilidad de diluir las consecuencias dañosas de un siniestro a través de la mutualidad de los asegurados".

"Así se ha señalado: "Se nos presenta como el dispositivo más adecuado para obtener el traslado de la carga dineraria que origina el débito de responsabilidad hacia un tercero, el asegurador, el cual por aplicación de su técnica obtiene la dilución de las consecuencias dañosas de los siniestros a través de la mutualidad (latu sensu) de los asegurados, con cuyas aportaciones a costo cierto y parcial, matemáticamente calculadas, sobre los resultados que nos arroja la

estadística, permite la obertura de los daños ocasionados por la verificación de los riesgos" (Morandi, Juan Carlos Felix, Seguro de responsabilidad civil por accidentes de automotores, en RJSAER, N° 5 p.321) citado por Miguel Piedecasas en "Régimen legal del seguro pág. 351 Rubinzal Culzoni Editores)".

En ese orden de ideas continúa señalando Piedecasas y en lo que aquí me interesa destacar: "El seguro de responsabilidad civil, estructurado a partir del artículo 109 de la Ley de Seguros, tienen una función social, ya que sus efectos prácticos inciden sobre la comunidad en forma directa, pero no un origen "social" dentro de la clasificación de los seguros. En este ámbito se deben distinguir dos relaciones jurídicas autónomas: la de responsabilidad, asegurado-damnificado; la de seguro, asegurado-asegurador."

Y agrega: "La relación que se puede generar entre damnificado y asegurador parte del contrato de seguro, por lo cual sus delimitaciones objetivas y subjetivas le son oponibles."-el subrayado me pertenece- (ob. citada pág. 372).

"La exclusión de cobertura por falta de carnet habilitante se relaciona directamente con los elementos del seguro detallados por la parte: riesgo cubierto, prima que se abona y prestación comprometida. En ese marco, la delimitación del riesgo se estructura decididamente con las cláusulas de exclusión las que, vale señalar se encuentran preanoticiadas al asegurado y aprobadas por la Superintendencia de Seguros, aspecto éste también expuesto de modo preciso por el apelante".

A su vez, en el precedente citado al votar la Dra. Pamphile señaló:

Ello así, puesto que la aseguradora ha denunciado una cláusula de no seguro, de exclusión de cobertura o no garantía, cual es la prevista en EXCLUSIONES A LA COBERTURA, EXCLUSIONES ESPECIFICAS II PARA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑOS (CAPITULO A y B) inc. g que dice: "mientras sea conducido por personas que no estén habilitadas para el manejo de esa categoría de vehículos por autoridad competente", y no se encuentra controvertido en autos que, al momento del accidente, el vehículo asegurado era conducido por la Sra. Haydeé, quien carecía de carné de conductor.

Es que, como con su claridad habitual, explica Kemelmajer de Carlucci:

"…El contrato de seguro debe mencionar el riesgo asegurado. Normalmente, una cláusula prevé el riesgo genérico a cubrir (por ej., incendio) y luego se señalan diversas hipótesis que van acotando el ámbito dentro del cual regirá la cobertura otorgada (por ej., se excluyen incendios producidos por actos de terrorismo). O sea, normalmente, la individualización del riesgo se hace con indicaciones positivas y luego, indicaciones negativas ayudan a la individualización.

La determinación, entonces, implica dos fases:

- La individualización del riesgo, consistente en la indicación de la naturaleza del hecho de cuyas consecuencias se busca amparo (incendio, robo, granizo, muerte, etc.).

- La delimitación del riesgo que resulta de la fijación de límites concretos a ese riesgo.

Cuando la delimitación de ese riesgo es de naturaleza convencional, aparecen las llamadas cláusulas de exclusión de cobertura o de no seguro o no garantía.

Estas cláusulas "señalan hipótesis que, o bien resulta inasegurables, o bien son intensamente agravantes del riesgo y por ello son colocadas fuera de la cobertura. Otras veces constituyen simples menciones objetivas de lugares, personas o cosas, dirigidas a fijar ámbitos en los que operará el seguro (Conf. Stiglitz-Stiglitz, Seguro contra la responsabilidad civil, Bs. As., A. Perrot, 1991, n 137, pág. 280 y ss). En otros términos, la delimitación del riesgo consiste en excluir o restringir los deberes del asegurador por la no asunción de alguno o algunos riesgos; implica un no seguro, ausencia de tutela o garantía, la existencia de daños no asumidos (Soler Aleu, Amadeo, El nuevo contrato de seguros, Bs. As., ed. Astrea, 1970, pág. 66).

Hay consenso en que la extensión del riesgo y los beneficios otorgados deben ser interpretados literalmente, ya que lo contrario provocaría un grave desequilibrio en el conjunto de operaciones de la compañía (Halperín, Isaac, Seguros, 2 ed., actualizada por JCF Morandi, Bs. As., Depalma, 1986, t. II, pág. 503 y ss).

Ahora bien, estas cláusulas, como sucede en el ámbito de toda negociación, deben ser razonables y responder a necesidades técnicas del seguro. No se deben erigir en supuestos formales, en preceptos rituales, vacíos de contenido

razonable (Compulsar Barbato, Nicolás H., Exclusiones a la cobertura en el contrato de seguros, ED 136-547)".

La decisión que vengo glosando también afirmó que "las cláusulas de exclusión de la cobertura o de no seguro y las cláusulas de caducidad producen el mismo efecto esencial: el asegurado no percibe la prestación comprometida por el asegurador. Sin embargo, y aunque en algún caso la confusión de ambos tipos de cláusulas es posible, sus diferencias son notables. Según la opinión mayoritaria, se distinguen porque:

a) Las cláusulas de caducidad son sancionatorias; imponen una pena; las de exclusión de cobertura son descriptivas, limitándose a indicar en qué supuestos no quedan comprendidos, ab initio, determinados riesgos.

b) Las cláusulas de caducidad suponen una situación originariamente cubierta por el contrato; las de exclusión de la cobertura, en cambio, colocan los supuestos que describen fuera del amparo del contrato desde el inicio de éste.

En tal sentido ha dicho el Supremo Tribunal español que "las cláusulas delimitadoras del riesgo no limitan los derechos del asegurado sino que delimitan el riesgo asumido en el contrato, su contenido, el ámbito al que el mismo se extiende, de manera que no constituyen una excepción que el asegurador pueda oponer al asegurado sino que, por constituir el objeto contractual excluye la acción del asegurado, que no ha nacido, puesto que el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato (ST España, 9/2/1994, Cuadernos civitas de jurisprudencia civil, n 35, 1994, pág. 526, con nota aprobatoria de María A. Calzada Conde).

c) Las cláusulas de caducidad quedan sujetas al régimen fijado para cada supuesto y, en general, al art. 36 de la L.S; las de exclusión, en cambio, no tienen un tratamiento específico en el régimen legal.

d) El asegurador que alega la caducidad debe probarla; en cambio, es el asegurado quien debe acreditar que el siniestro se ubica entre los riesgos tomados por la aseguradora para que se aplique la garantía.

e) La caducidad autoriza la rescisión del contrato; el no seguro o no garantía, no.

f) Las cláusulas de caducidad sólo son oponibles a terceros si se trata de defensas nacidas con anterioridad al siniestro. Las de exclusión a la cobertura, en cambio, resultan del contenido mismo del contrato, son siempre anteriores al siniestro y oponibles a los terceros, aún el trabajador en el seguro de accidente de trabajo"...."

"…La Suprema Corte de la provincia de Bs. As. resuelve de modo constante que la cláusula de la póliza que excluye los siniestros producidos por vehículos conducidos por personas que no están habilitadas para su manejo puede ser válidamente opuesta a la víctima si se ha probado que el conductor del automotor carecía de carné habilitante (SCBs. As., 2/5/1989, LL 1989-E-129; 15/5/1990, LL 1990-D-356). En seguimiento de esta doctrina judicial, los tribunales ordinarios de la provincia de Buenos Aires resuelven que es oponible al actor una cláusula que excluye el deber de indemnidad, que resulta de las condiciones generales de la póliza, que es anterior a la producción del siniestro, y que consiste en la falta de habilitación para conducir (Cám. 1 CC Bahía Blanca, 20/6/2000, La Ley Bs. As., 2000-1461).

A igual solución ha llegado el Superior Tribunal de Misiones en sentencia del 13/4/1998 (La Ley Litoral 1999-884), quien luego de recordar la diferencia entre cláusulas de caducidad y de delimitación del riesgo, resolvió que es oponible al tercero la cláusula que excluye de cobertura el daño producido por el vehículo asegurado si era conducido por persona no autorizada. Sostuvo el tribunal, al igual que lo hace la sentencia recurrida, que "la función social que posee el contrato de seguro no configura argumento suficiente para omitir considerar la existencia de una cláusula de exclusión de la cobertura, como lo es la carencia de habilitación para conducir, máxime cuando la exigencia de carné habilitante configura una obligación de origen legal de obligatoria vinculación para el conductor".

"…Las pautas antes reseñadas llevan, inexorablemente, a confirmar el decisorio recurrido desde que:

1. Se ha invocado una cláusula de delimitación del riesgo que nada tiene de irrazonable. Por el contrario, la carencia de un carné de conductor y la conducción por parte de un menor que no ha alcanzado la edad para obtener esa autorización estatal implica asumir un riesgo adicional, que no puede ser cubierto por la aseguradora sin debilitar significativamente la ecuación económica del contrato.

2. Esta cláusula de delimitación del riesgo, a diferencia de la cláusula eximitoria analizada en el precedente del 24/5/1988 no contradice ninguna norma imperativa de la ley de seguros.

3. Consecuentemente, lo resuelto no contraría la jurisprudencia de esta Sala.

4. Tampoco contraría la ley 24.240 de protección de los consumidores pues como he explicado, la cuestión se vincula

al riesgo asegurado y, consecuentemente, a la ecuación económica del contrato…" (cfr. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, n 75.217 caratulada: "Martínez Hnos. y Ot. en j 102.251 Lucero, Oscar Ramón c/ Raúl Alberto Martínez y Ot. p/ D. y P. s/ Cas." 09/06/03).

Desde estas premisas, no advierto que la cláusula se presente como abusiva y tampoco, que la alegada falta de comunicación determine su improcedencia.

II. En cuanto al primer aspecto, no sólo que no se encuentra cuestionada en concreto la razonabilidad de la cláusula de exclusión, sino que tampoco encuentro –tal como lo adelantara al citar el voto de la Dra. Kemelmajer- que esta sea abusiva.

En este sentido, señala Barbato que la falta de carnet de conducir es una exclusión de cobertura objetiva que hace a la idoneidad para conducir; es una delimitación impuesta al riesgo asegurado y no una causal de caducidad, por lo que no puede hablarse de culpa. La falta de registro para conducir, prevista inicialmente en la póliza, se deja fuera del amparo porque podría ser inasegurable o habría que cobrar una prima muy superior. Stiglitz opina coincidentemente, que la falta de registro habilitante para conducir es un supuesto válido de delimitación (que él califica de "subjetiva"), porque "se procura evitar que el automotor sea conducido por quien es inepto para ello, pues de lo contrario se incrementa anormalmente el riesgo, favoreciendo la protección patrimonial de una conducta generadora de severo peligro para la sociedad" (cfr. Compiani, María FabianaStiglitz, Rubén S. "Interpretación de las exclusiones de cobertura en el contrato de seguro", RCyS 2003 , 375).

Y, en este sentido se ha indicado, en criterio que comparto: "…Es oponible al actor la cláusula que excluye el deber de indemnizar, que resulta de las condiciones generales de la póliza, que es anterior a la producción del siniestro y que consiste en la falta de habilitación para conducir, máxime cuando la exigencia de carnet habilitante configura una obligación de origen legal de obligatoria vinculación para el conductor por la ley de tránsito n° 24.449 arts: 13, 14, 72, 83, 86 y concordantes. El art. 39 prescribe que es requisitos para poder circular que el conductor esté habilitado para conducir ese tipo de vehículo y que lleve consigo la licencia correspondiente en tanto que el art. 49 dispone que está prohibido en la vía pública: a) conducir.....sin la licencia especial correspondiente..., cuando.. .las licencias habilitantes, estuvieran vencidas.

La Suprema Corte de la Provincia de Bs.As. resuelve de modo constante, que la cláusula de la póliza que excluye los siniestros producidos por vehículos conducidos por personas que no están habilitadas para su manejo puede ser válidamente opuesta a la víctima si se ha probado que el conductor del automotor carecía de carnet habilitante (S.C.Bs.As., Fallo del 2.5.1989, L.L. 1989-E-129;; Ídem del 15.5.1990, L.L. 1990-D-356). Asimismo, el Superior Tribunal de Misiones, en sentencia del 13.4.1998 (L.L. Litoral, 1999-884) se expidió en sentido concordante, señalando que "la exigencia de carnet habilitante configura un obligación de origen legal de obligatoria vinculación para el conductor… Dicha cláusula, nada tiene de irrazonable, y libera al asegurador de afrontar el pago de la indemnización reclamada, toda vez que a la fecha del accidente ocurrido el 12.1.2002 el conductor no estaba habilitado por la autoridad competente para hacerlo, lo que implicó asumir un riesgo adicional, que no puede ser cubierto por la aseguradora, sin debilitar significativamente la ecuación económica del contrato. Esta cláusula, de delimitación del riesgo no contradice ninguna norma imperativa de la Ley de Seguros toda vez que el registro de conductor expedido por la Municipalidad de San Isidro expedido el 13.5.1995 caducó su vigencia el 13.5.2000, circunstancia que ha sido reconocida expresamente por el demandante y está corroborada por el informe producido en fs. 295.

El sentido de esta exclusión del riesgo, es procurar evitar que el automotor sea conducido por quien es inepto para ello, pues de lo contrario se incrementaría anormalmente el riesgo, favoreciendo la protección patrimonial de una conducta generadora de severo peligro para la sociedad. En tales condiciones, si el vehículo es conducido por quien carece de registro habilitante, se produce contractualmente un supuesto de inexistencia de cobertura y no puede la víctima pretender que la condena alcance a la aseguradora de quien al momento del accidente carecía por ese motivo de vínculo con el responsable. Se trata, como se ha dicho, de un supuesto de limitación del riesgo o de no seguro en el que resultan extrañas las consideraciones relativas a la función social del seguro y la protección de la víctima..." (C.N.Civil, Sala H, in re "Herrera Verónica c/ Portillo Nélida", diciembre 26 de 1996)…" (cfr. Cámara Nacional

de Apelaciones en lo Civil, sala D, voto del Dr. Sánchez, Berretta, Mónica Ercilia y otros c. Diálogo Publicidad S.A. y otros 29/06/2010 Publicado en: RCyS 2011-I, 132 Cita on line: AR/JUR/41298/2010).

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia en el Acuerdo 45 del 23 de octubre del 2.015 sostuvo:

3.3. Resta examinar el agravio relativo a la exclusión de cobertura por falta de carnet habilitante para conducir camiones, planteada por la Aseguradora.

Es preciso dejar sentado que no se encuentra controvertido que el día del accidente el conductor del camión carecía de licencia para conducir. Además, que la póliza prevé expresamente que la falta de licencia es un supuesto de exclusión de cobertura.

Al respecto, cabe señalar que mediante Acuerdo N° 14/2003 "PETIT ITURRA" del Registro de la Secretaría Civil, este Tribunal Superior de Justicia, abordó el tema bajo examen en el sentido resuelto en los presentes por la señora Jueza.

La temática planteada constituye un aspecto sumamente importante de la problemática asegurativa: las situaciones excluidas de la cobertura.

El supuesto de referencia es uniformemente excluido del amparo de las pólizas argentinas de seguro de automotores (cfr. Halperín, Morandi, Seguros, T. II, pág. 552/554 y Meilij, Manual de Seguros, pág. 140, citados en Acuerdo N° 14/2003, ya citado).

La expresión "en la medida del seguro", contenida en el Art. 118, 3° párrafo de la Ley 17.418, significa que el seguro se encuentra limitado no sólo por un tope monetario sino también por las diversas limitaciones o exclusiones de responsabilidad que se estipulen en el contrato.

Sabido es que el punto central del seguro lo constituye el riesgo, evento alrededor del cual giran todos los aspectos de la relación asegurada, toda vez que la responsabilidad del asegurador depende de la realización del siniestro que ampara.

Éste ha sido caracterizado como la contingencia o probabilidad de provocar el acaecimiento de un daño a tercero y su fundamento radica en la incorporación al medio social de un elemento dotado de peligrosidad. Por ello, el riesgo debe ser cuidadosamente individualizado y precisado (cfr. Acuerdo N° 25/01, del citado Registro).

De esta manera, puede decirse siguiendo a Nicolás H. Barbato, que al establecer el contenido del contrato de seguro, se efectúa la mención del riesgo genérico a cubrir y luego se señalan diversas hipótesis que van acotando el ámbito dentro del cual regirá la cobertura otorgada. Tal determinación resulta de un procedimiento que permite distinguir dos fases: a) La individualización del riesgo consistente en la indicación de la naturaleza del hecho de cuyas consecuencias se busca amparo (por ejemplo: daño a terceros, etc.); y b) La determinación del riesgo, que resulta de la fijación de límites concretos a ese riesgo genérico.

Cuando dicha delimitación es de naturaleza convencional –que es la que tiene lugar en la mayoría de los casos-, se traduce en cláusulas denominadas "de exclusión de cobertura" o "de no –seguro". Estas cláusulas señalan hipótesis que, o bien resultan inasegurables, o bien son intensamente agravantes del riesgo y, por ello, son colocadas fuera de la cobertura (aut. cit., "Exclusiones a la cobertura en el contrato de seguro", E.D. 136-547).

Las cláusulas de exclusión de cobertura aparecen con un marcado carácter de objetividad, acentuado por la circunstancia de tratarse de cláusulas cuyo diseño y contenido están íntimamente vinculados a la técnicaaseguradora. Cuando mencionan conductas no lo hacen desde una óptica que atienda a la interioridad del sujeto que las ejecuta, sino más bien como una descripción de hechos externos –actos vistos "desde afuera"- considerados en función de la técnica del seguro (esencialmente lo relativo a la probabilidad siniestral) (cfr. Nicolás H. BARBATO, ob. cit.).

La verificación de la legitimidad de la exclusión torna necesario analizar la finalidad a la que responde, para establecer si resulta razonable y acorde a la ley y si no contraría principios esenciales o normas inderogables.

En el caso, tal finalidad estriba en la existencia de idoneidad para la conducción del rodado, ya que ésta resulta de vital importancia a los fines de la probabilidad siniestral. Es evidente que una persona que no sepa conducir debidamente aumentará en forma notable la probabilidad de ocurrencia del siniestro. Resulta también claro que el análisis técnico y estadístico que está en la base de la configuración de la cobertura toma en cuenta situaciones en las que el riesgo está constituido por los sucesos típicos de la rama, pero no los derivados de la falta de idoneidad en la

conducción. Esa idoneidad es requerida con carácter de exigencia básica, configurando un verdadero presupuesto técnico. A su vez, en la estructuración de ese presupuesto se adopta una forma específica. En lugar de enunciar como condición del amparo la acreditación concreta, en cada caso, de la idoneidad para el manejo, lo que llevaría a un engorroso examen que podría derivar en dificultades prácticas frecuentes y en eventuales arbitrariedades en la evaluación de algunos casos, se optó por aprovechar el procedimiento que realiza la autoridad para habilitar a los conductores para el manejo, y se convirtió a dicha habilitación en una circunstancia objetiva, cuya existencia se plantea en la póliza como condición de cobertura (conf. Barbato, ob. cit.).

En definitiva, esta causal de exclusión de cobertura proviene de un enfoque técnico: constituye presupuesto esencial del amparo, que el conductor posea idoneidad para el manejo, pues en caso contrario el riesgo se vería agravado y podría resultar inasegurable, o habría que cobrar una prima muy superior, proporcionada a esa agravación.

La función social que posee el contrato de seguro no constituye argumento suficiente para omitir una cláusula de exclusión de cobertura como lo es la carencia de habilitación para conducir, máxime cuando la exigencia de carnet habilitante configura una obligación de origen legal de obligatoria vinculación para el conductor (conf. STMisiones, L.L. 1999-F, 794).

Resulta revelador de la importancia de poseer registro habilitante, que su emisión o reválida conlleva un control de la capacidad psicofísica de su portador, que revela dicho instrumento público.

Conforme el desarrollo que precede, se concluye que el análisis efectuado por la Jueza de Primera Instancia en torno a la exclusión de garantía de la Aseguradora, resulta ajustado a derecho, por lo que también se rechaza el presente agravio.

Por consiguiente y conforme lo expuesto en los precedentes citados, y toda vez que el conductor del vehículo asegurado no tenía licencia vigente a la fecha del hecho es que la aseguradora no debe responder conforme los términos del contrato de seguro.

Por lo demás la pretensión de que se oficie a todas las municipalidades del país resulta manifiestamente improcedente toda vez que la licencia se expide en la municipalidad donde se domicilia el conductor, además de ser irrazonable la pretensión que ni siquiera fue esgrimida al responder la defensa deducida por la aseguradora.

IV.- Finalmente, y en cuanto al recurso arancelario planteado por la aseguradora HSBC, analizados los porcentajes establecidos por la aquo en función de las pautas y criterios utilizados para casos similares en esta instancia, concluyo que resultan ajustados a derecho.

V.- Por las razones expuestas, propongo se modifique parcialmente la sentencia apelada, elevándose el monto de condena a la suma total de $155.500 y confirmándose en lo restante, con costas de Alzada en el orden causado atento la forma en que se resuelve el recurso.

Asimismo, se confirme el punto II de la sentencia en cuanto hace lugar a la defensa de la aseguradora, con costas a la actora.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Si bien en autos "Brito Contreras c/ Lago" (expte. n° 386.457/2009, P.S. 2013-I, n° 35), entre otros, he postulado el rechazo de la defensa de exclusión de cobertura planteada por la aseguradora, con fundamento en la carencia de carnet de conducir por parte del conductor al momento del siniestro, en estas actuaciones se dan aquellas circunstancias que consideré en autos "Iglesias c/ Encina" (expte. n° 321.527/2005, P.S. 2014-II, n° 65), y que me hicieran aceptar la exclusión referida.

En efecto, al igual que sucediera en el último de los precedentes citados, la actora careció, al momento del accidente, de licencia para conducir, habiéndola obtenido, por primera vez, con posterioridad al siniestro y mediando un lapso temporal considerable entre éste y la fecha de otorgamiento de la habilitación municipal. Recuérdese que en autos "Britos Contreras c/ Lago" la conductora del rodado obtuvo su licencia al día siguiente del accidente, en tanto que en el sub lite la licencia para conducir fue emitida con fecha 20 de mayo de 2009, y el siniestro tuvo lugar el día 9 de mayo de mismo año.

A ello agrego que en autos una de las causas del accidente fue la impericia de la demandada Ortiz en la conducción

del vehículo, tal como lo ha señalado la jueza de grado, con lo cual la carencia de carnet de conducir adquiere relevancia causal en el acaecimiento del hecho dañoso.

En resumen, la actora no tenía licencia para conducir al momento del accidente, nunca la tuvo con anterioridad al siniestro, no puede presumirse que se encontrara tramitando su obtención –dado la fecha de emisión del primer registro-, ni tampoco puede presumirse su pericia en la conducción de vehículos desde el momento que fue justamente la ausencia de ella una de las causas del hecho dañoso.

Por lo dicho, y compartiendo la solución dada a los restantes agravios de la parte actora, adhiero al voto del señor Vocal preopinante.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 639/650, y en consecuencia, elevar el monto de condena a la suma total de $155.500 y confirmarla en lo restante, con las costas de Alzada en el orden causado.

III.- Confirmar el punto II de la sentencia en cuanto hace lugar a la defensa de la aseguradora HSBC, con las costas de Alzada a la actora, difiriéndose la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con pautas a tal fin.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

"FERNANDEZ OSCAR GASTON C/ BANCO COLUMBIA SA S/ COBRO DE HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 468648/2012) – Sentencia: 221/16 – Fecha: 03/11/2016

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

DIFERENCIAS SALARIALES. BANCARIOS. ZONA DESFAVORABLE. BASE DE CÁLCULO.

Cabe confirmar la sentencia de grado que hace lugar a la demanda por diferencias salariales. Así, hemos dicho en la causa: "B. GUILLERMO PEDRO CONTRA HSBC BANK ARGENTINA S.A. SOBRE COBRO DE HABERES", (Expte. Nº 374286/2008), del 10 de mayo del corriente año: "Ello por cuanto, la postura de la Cámara en relación al tema es reiterada en el sentido que, para el cálculo por zona desfavorable, debe computarse tomando en cuenta la totalidad de las remuneraciones que percibe el trabajador, sin que se advierta razón alguna suficiente que permita una variación en dicha postura, que incluso fuera dictada en un precedente en el que el banco aquí apelante fuera condenado ("GALLO LUIS ALFREDO CONTRA HSBC BANK ARGENTINA S.A. S/ COBRO DE HABERES", (Expte. Nº 396210/9)."

Texto completo:

NEUQUEN, 3 de Noviembre de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "FERNANDEZ OSCAR GASTON C/BANCO COLUMBIA SA S/COBRO DE HABERES", (Expte. Nº 468648/2012), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL Nro. 2 a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 374/379 hace lugar a la demanda, y en consecuencia, condena al Banco Columbia S.A. a abonar la suma de $59.112,55 en concepto de diferencias salariales, 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. 383/386 y cuyo traslado es respondido a fs. 389/392.

Cuestiona el quejoso la procedencia de la demanda toda vez que considera que la interpretación formulada por la jueza con sustento en la jurisprudencia de la Cámara Sala II, no es correcta y citando jurisprudencia que respalda su postura.

Asimismo, discute la imposición de costas.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada y tal como lo señala la jueza en su sentencia, esta Sala se ha pronunciado en reiteradas oportunidades en relación al tema y en sentido favorable al actor, sin que los argumentos expuestos por el apelante justifiquen un cambio de criterio.

Así, hemos dicho en la causa: "B. GUILLERMO PEDRO CONTRA HSBC BANK ARGENTINA S.A. SOBRE COBRO DE HABERES", (Expte. Nº 374286/2008), del 10 de mayo del corriente año:

"Ello por cuanto, la postura de la Cámara en relación al tema es reiterada en el sentido que, para el cálculo por zona desfavorable, debe computarse tomando en cuenta la totalidad de las remuneraciones que percibe el trabajador, sin que se advierta razón alguna suficiente que permita una variación en dicha postura, que incluso fuera dictada en un precedente en el que el banco aquí apelante fuera condenado ("GALLO LUIS ALFREDO CONTRA HSBC BANK ARGENTINA S.A. S/ COBRO DE HABERES", (Expte. Nº 396210/9)."

Así, hemos dicho en la causa "PETRELLI ROBERTO MARIO Y OTROS CONTRA BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. S/ COBRO DE HABERES", (Expte. Nº 374429/8), con un primer voto de mi colega, que a su vez se remite a un precedente de esta Sala con otra composición:

Señalé en aquella oportunidad, con transcripción del precedente de la Sala II que:

"Es cierto que al presentar sus alegatos la demandada señala que el supuesto es distinto pues aquel proceso se refería al acta de diciembre de 2003, sin embargo y tal como he de resaltar oportunamente los conceptos vertidos en aquella causa, resultan aplicables a la cuestión aquí ventilada de la vigencia de los convenios y la primacía del Convenio Colectivo frente a un acuerdo salarial."

"Allí sostuvo el Dr. Silva Zambrano, en opinión que comparto, "... a efectos de abordar y resolver la cuestión litigiosa debe situarse necesariamente en el marco de la negociación colectiva y los alcances y limitaciones que tienen los acuerdos arribados en esa instancia."

"Un acta acuerdo suscripta entre el sindicato de la actividad y el centro de empleadores, por la que se pacta un incremento porcentual de remuneraciones, es un típico acuerdo colectivo (cfr. CNAT, Sala 1°, 28/9/1990, "Gómez c/ Román Marítima S.A.", Carpetas DT, 3241). Consecuentemente los acuerdos celebrados entre la Asociación Bancaria y ABAPPRA constituyen acuerdos colectivos, que se rigen por los principios generales de esa materia y las disposiciones de la Ley 14.250."

"La opinión mayoritaria de la doctrina coincide en que en las relaciones que se establecen entre ley y convenio o acuerdo colectivo prevalece la primera, excepto que de la negociación colectiva surjan condiciones más favorables para el trabajador. Ricardo Luis Lorenzetti en su obra "Convenciones Colectivas de Trabajo" (Ed. Rubinzal-Culzoni, 1988, pág. 64/68) detalla las posiciones de los autores más destacados con relación a dicho tópico: Krotoschin, Deveali, Fernández Pastorino, Cabanellas son contestes en la prioridad de la legislación sobre el acuerdo sectorial; Vázquez Vialard categoriza al acuerdo convencional como una fuente normal del derecho del trabajo, en tanto que Capón

Filas señala que el derecho laboral tiene como primera y principal fuente normativa a la autonomía sectorial, expresada sobre todo en los convenios colectivos de trabajo, aunque aclara que ninguna ley sectorial podría fijar condiciones menos favorables que las señaladas estatalmente. La legislación vigente (Ley nº 14.250) ha recogido esta opinión mayoritaria, y su art. 7 dice que las disposiciones de las convenciones colectivas deberán ajustarse a las normas legales que rigen las instituciones del derecho del trabajo, a menos que las cláusulas de la convención relacionadas con cada una de esas instituciones resultaran más favorables a los trabajadores y siempre que no afectaran disposiciones dictadas en protección del interés general."

"A la luz de los principios y normas citadas aparece claro que asiste razón a la parte actora. En efecto, existe una disposición estatal que estableció un incremento salarial de carácter remunerativo y que debía incorporarse al salario básico del trabajador. La voluntad sectorial determinó la forma de incorporación de ese incremento para las remuneraciones del personal de las entidades bancarias, a la vez que estableció un plazo de espera para que el incremento sirviera como base de cálculo para el adicional por zona desfavorable dispuesto por el CC de la actividad, a efectos de posibilitar la realización de una negociación al respecto."

"Agregaba en el tópico específico de la prórroga que: "... vencido el plazo de espera sin que se arribara a un acuerdo ni se prorrogara su vigencia debió cumplirse con lo estipulado en el mismo acuerdo sectorial en orden a que correspondía la liquidación del adicional en cuestión de acuerdo con los términos de la CC y el Decreto nº 392/2003. La subsistencia de las negociaciones vencido el término acordado y el nuevo acuerdo de fecha 20 de diciembre de 2005 en nada modifican esta conclusión. Primeramente porque encontrándose en juego derechos otorgados al trabajador por una norma legal, la prórroga del plazo de espera debió ser expresa, no pudiendo atribuirse tal efecto a la continuidad de las negociaciones, el que no se encuentra previsto por el derecho positivo ni fue acordado por las partes. Luego, porque el acuerdo sectorial no puede desconocer derechos otorgados por ley al trabajador, ni situarlo en condiciones menos favorables. Si por decreto el Poder Ejecutivo Nacional concedió a favor del demandante un incremento salarial por una suma determinada, remunerativo e incorporado al salario básico, y la CC de aplicación establece que el adicional por zona desfavorable se liquida sobre todo rubro remunerativo, el acuerdo sectorial no puede, como lo hizo, fijar una base de cálculo de menor cuantía que la que corresponde por Decreto nº 392/2003. Ello por imperio de los principios de primacía de la ley por sobre la voluntad sectorial, y de la condición más favorable al trabajador, que no sólo rige para el ámbito de la ley formal sino también de los acuerdo colectivos (cfr. Juan Pablo Mugnolo, "Convenios Colectivos de Trabajo", Ed. Ediar, 2004, pág. 27/28, CNAT, 18/11/1992, Cocchia c/ Estado Nacional y otro", DT 1993-A, pág. 443; ídem, Sala 3º, 9/8/2004, "Costilla c/ Trenes de Buenos Aires S.A.", Lexis nº 13/9542)."

"Del antecedente citado, cabe concluir que se refuerza la idea de la imposibilidad de pactar en desmedro de los derechos del trabajador, a lo que cabría agregar que la omisión en referirse a la cuestión de la zona desfavorable en las actas acuerdo indicadas por la actora para fundar su reclamo, no pueden ir en desmedro de sus derechos, conculcando la circunstancia que intenta paliar el rubro zona desfavorable, el cual se refiere al mayor costo de vida que suponen las sucursales donde el mismo se abona".

Por tanto, siendo el supuesto de autos similar al que motivó el dictado del precedente citado, y además, siendo ésta la posición reiterada de esta Cámara de Apelaciones, tal como lo ha puesto de manifiesto el actora al contestar los agravios, corresponde confirmar el resolutorio apelado.

En cuanto a las costas y dado el carácter de vencida, la imposición de la mismas al demandado resulta ajustada a derecho.

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 determinarán en base al artículo 15 de la ley 1.594.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de grado obrante a fs. 374/379 en todas sus partes, conforme lo explicitado en los

considerandos.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 68 CPCyC).

III.- Regular los honorarios de Alzada en el 30% de los determinados en la instancia de grado, a los que actuaron en igual carácter (art. 15, ley 1574).

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

"VALDA ELENA VIVIANA C/ EXPERIENCIA ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 449087/2011) – Sentencia: 223/16 – Fecha: 03/11/2016

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

ACCIDENTE DE TRABAJO. LEY APLICABLE. CALCULO INDEMNIZATORIO. COMPUTO DE LOS INTERESES. HONORARIOS PROFESIONALES. LIMITES AL PAGO DE COSTAS. PAUTA REGULATORIA LOCAL.

1.- […] habiéndose producido el accidente de trabajo y su primera manifestación invalidante el día 9 de marzo de 2009, antes de la publicación de la Ley 26.773 en el Boletín Oficial, ésta no rige para el caso de autos (art. 17 inc. 5), como así tampoco su decreto reglamentario n° 472/2014.

2.- En el ya citado precedente "Espósito", la Corte Suprema aplicó el criterio de la ley vigente al momento del hecho dañoso también para el decreto n° 1.694/2009, señalando la claridad de la disposición de su art. 16. En consecuencia, y en seguimiento de la doctrina de la Corte Federal, es que el decreto referido tampoco resulta de aplicación en autos. Así, y dado que el resultado de la fórmula del art. 14 de la LRT es inferior al tope del decreto n° 1.278/2000, la demanda progresa, entonces, por la suma de $ 20.122,02.

3.- Respecto de los intereses, no existiendo en autos capital actualizado por índice RIPTE, deviene abstracto el tratamiento de la queja de la apelante referida a la tasa de interés puro. Sin perjuicio de ello debe adaptarse la tasa del interés moratorio al resultado de la apelación, fijándola en la activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la mora (9 de marzo de 2009) y hasta el efectivo pago.

4.- Finalmente, y en lo concerniente a los honorarios regulados en la instancia de grado y el tope del art. 277 de la LCT, cabe recordar que el Tribunal Superior de Justicia provincial ha dicho que la ley 24.432 es inaplicable en el ámbito de la

Provincia del Neuquén, teniendo en cuenta los principios que emanan de los arts. 1°, 2° y 7° de la Constitución Provincial, lo establecido en su art. 101° inc. 6°, que determina la facultad de la Legislatura de dictar los códigos de procedimiento y en el inc. 35° de este último artículo, que le confiere al órgano legisferante la potestad de dictar el estatuto de las profesiones liberales (entre las que se encuentra la abogacía), como así también lo dispuesto en el inc. 1° en cuanto le fija las atribuciones necesarias para hacer efectivas las disposiciones constitucionales; normas que llevan a concluir en que la ley arancelaria, en cuanto guarda una relación íntima y directa con las normas procedimentales (art. 63, último párrafo de la ley 1.594) integra el plexo normativo para cuyo dictado goza de potestad exclusiva la Legislatura de la Provincia (cfr. Acuerdo n° 178/1996, autos "Acuña Luis c/ Nisalco S.A."). Luego, y habiendo sido determinada la reforma introducida al art. 277 de la LCT, por la ya señalada ley 24.432, aquella no resulta de aplicación en el sub lite.

Texto completo:

NEUQUEN, 3 de noviembre del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "VALDA ELENA VIVIANA C/ EXPERIENCIA ART S.A. S/RECURSO ART. 46 LEY 24557", (Expte. Nº 449087/2011), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 3 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Patricia CLERICI y Fernando GHISINI, por encontrarse separado de la causa el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 297/305, que declara la inconstitucionalidad del art. 17 inc. 5° de la ley 26.773 y del art. 17 del decreto n° 472/2014, y hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

A) La recurrente se agravia por lo que entiende aplicación retroactiva del decreto n° 1.694/2009 y de la ley 26.773.

Señala que el a quo ha utilizado para resolver el caso de autos normativa no sólo posterior al hecho dañoso, sino también a la interposición de la demanda.

Realiza consideraciones sobre la manda del art. 3 del Código Civil (redacción igual a la del art. 7 del nuevo Código Civil y Comercial).

Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Formula queja por la declaración de inconstitucionalidad del decreto n° 472/2014.

Cuestiona la sentencia de grado en tanto no explica por qué la tasa de interés del 12% equivale a un interés puro, señalando que este interés puro es el rendimiento real del capital considerando una inversión prudente y conservadora en divisas. En ese marco conceptual, sostiene el apelante, no se explica la elección de una tasa que triplica el valor que pacíficamente la jurisprudencia viene considerando como interés puro.

Manifiesta que no está de acuerdo con que los intereses se computen desde la fecha del hecho dañoso, ya que tratándose de un reclamo por enfermedad profesional, los intereses deberían correr desde que la dolencia fue calificada como profesional.

Se queja porque los honorarios regulados exceden el límite del art. 277 de la LCT.

Destaca que la sumatoria de las costas por la representación de la parte actora y por la actuación de la perito médica alcanza al 26,6% del monto del proceso, superando el límite que establece la legislación para su ejecutoriedad.

Recuerda que idéntica previsión rige para el ámbito civil.

Mantiene la reserva del caso federal.

B) La parte actora contesta el traslado del memorial de agravios a fs. 322/325 vta.

Defiende el encuadramiento jurídico determinado en la sentencia de grado para resolver la cuestión controvertida.

Dice que, con relación a los intereses, el a quo no ha hecho más que respetar la opinión de la Cámara de Apelaciones local.

II.- Se encuentra firme en esta instancia que la actora presenta una incapacidad del 14% del V.T.O., la que guarda relación causal con el trabajo; y que la fecha del accidente de trabajo fue 9 de marzo de 2009.

Destaco que el a quo no ha indicado si la dolencia de la trabajadora responde a un accidente de trabajo o a una enfermedad profesional, aunque en oportunidad de establecer el inicio del cómputo de los intereses moratorios habla de accidente de trabajo, y este extremo no se encuentra cuestionado ante la Alzada.

Luego, y en lo que refiere al marco legal dentro del cual debe liquidarse la reparación de la incapacidad laborativa asiste razón al apelante.

Si bien reiteradamente he sostenido la aplicación de la nueva legislación a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes, entendiendo por tales la determinación de la incapacidad definitiva, la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo dictado en autos "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente-ley especial" (sentencia de fecha 7 de junio de 2016), me obliga a rever esta postura.

Es cierto que la aplicación de la Ley 26.773 a accidentes o enfermedades profesionales cuya primera manifestación invalidante se produjo antes de su publicación en el Boletín Oficial la he habilitado a través de la declaración de inconstitucionalidad de su art. 17 inc. 5, y no solamente invocando razones de justicia y equidad, supuesto este último al que refiere el fallo citado de la Corte Nacional; pero, de todos modos los argumentos que desarrolla el máximo tribunal federal, en especial cuando explica el por qué no puede acudirse a losprecedentes "Calderón", "Arcuri Rojas" y "Camusso", son contrarios a los esgrimidos por la suscripta para determinar la inconstitucionalidad del precepto legal que delimita la aplicación de la ley en el tiempo, por lo que insistir con mi criterio resultaría un desgaste jurisdiccional inútil, reñido con los principios de economía y celeridad procesales, amén de una falta de respeto al valor moral que entrañan las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el que obliga al acatamiento por parte de los tribunales inferiores.

De lo dicho se sigue que, sin perjuicio de la opinión personal de la suscripta y en virtud del precedente citado, habiéndose producido el accidente de trabajo y su primera manifestación invalidante el día 9 de marzo de 2009, antes de la publicación de la Ley 26.773 en el Boletín Oficial, ésta no rige para el caso de autos (art. 17 inc. 5), como así tampoco su decreto reglamentario n° 472/2014.

III.- A efectos de determinar el nuevo capital de condena, debe partirse de la fórmula prevista por el art. 14 de la LRT, estando al resultado plasmado por el a quo en su resolutorio, el que no ha sido cuestionado en esta instancia: $ 20.122,02.

La sentencia recurrida ha dejado de lado este resultado, aplicando el piso mínimo previsto por el Decreto n° 1.694/2009, que asciende a $ 25.200,00.

En el ya citado precedente "Espósito", la Corte Suprema aplicó el criterio de la ley vigente al momento del hecho dañoso también para el decreto n° 1.694/2009, señalando la claridad de la disposición de su art. 16. En consecuencia, y en seguimiento de la doctrina de la Corte Federal, es que el decreto referido tampoco resulta de aplicación en autos.

Así, y dado que el resultado de la fórmula del art. 14 de la LRT es inferior al tope del decreto n° 1.278/2000, la demanda progresa, entonces, por la suma de $ 20.122,02.

IV.- Respecto de los intereses, no existiendo en autos capital actualizado por índice RIPTE, deviene abstracto el tratamiento de la queja de la apelante referida a la tasa de interés puro.

Sin perjuicio de ello debe adaptarse la tasa del interés moratorio al resultado de la apelación, fijándola en la activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la mora (9 de marzo de 2009) y hasta el efectivo pago.

El agravio formulado respecto del inicio del cómputo del interés moratorio no puede tener acogida favorable, ya que el Tribunal Superior de Justicia en autos "Mansur c/ Consolidar ART S.A." (Acuerdo n° 20/2013 del registro de la Secretaría Civil) ha sentado criterio en orden a que el interés moratorio, en el marco de la ley 24.557, se devenga desde la fecha del accidente de trabajo o de la primera manifestación invalidante de la enfermedad, adecuándose el fallo de grado al precedente citado.

V.- Finalmente, y en lo concerniente a los honorarios regulados en la instancia de grado y el tope del art. 277 de la LCT, cabe recordar que el Tribunal Superior de Justicia provincial ha dicho que la ley 24.432 es inaplicable en el ámbito de la Provincia del Neuquén, teniendo en cuenta los principios que emanan de los arts. 1°, 2° y 7° de la Constitución Provincial, lo establecido en su art. 101° inc. 6°, que determina la facultad de la Legislatura de dictar los códigos de procedimiento y en el inc. 35° de este último artículo, que le confiere al órgano legisferante la potestad de dictar el estatuto de las profesiones liberales (entre las que se encuentra la abogacía), como así también lo dispuesto en el inc. 1° en cuanto le fija las atribuciones necesarias para hacer efectivas las disposiciones constitucionales; normas que llevan a concluir en que la ley arancelaria, en cuanto guarda una relación íntima y directa con las normas procedimentales (art. 63, último párrafo de la ley 1.594) integra el plexo normativo para cuyo dictado goza de potestad exclusiva la Legislatura de la Provincia (cfr. Acuerdo n° 178/1996, autos "Acuña Luis c/ Nisalco S.A.").

Luego, y habiendo sido determinada la reforma introducida al art. 277 de la LCT, por la ya señalada ley 24.432, aquella no resulta de aplicación en el sub lite.

VI.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte demandada, y modificar, también parcialmente, el resolutorio apelado, disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 20.122,02, y estableciendo que el interés moratorio se liquide de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, y el cambio de criterio del tribunal como consecuencia de un falo novedoso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se imponen en el orden causado (arts. 71 y 68, 2da. parte, CPCyC). Los honorarios de los profesionales actuantes ante la Alzada, Dres. .... y ....., por la actora, se regulan en el 1,68% y en el 4,2% de la base regulatoria, respectivamente; en tanto que los de los Dres. ..... y ....., por la demandada, se regulan en el 1,17% y en el 1,74% de la base regulatoria, respectivamente; todo de conformidad con lo dispuesto en el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. Fernando GHISINI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 297/305, disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 20.122,02, y estableciendo que el interés moratorio se liquide de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, y el cambio de criterio del tribunal como consecuencia de un falo novedoso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el orden causado (arts. 71 y 68, 2da. parte, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los profesionales actuantes ante la Alzada, Dres. .... y ..., por la actora, en el 1,68% y en el 4,2% de la base regulatoria, respectivamente; en tanto que los de los Dres. ... y ..., por la demandada, en el 1,17% y en el 1,74% de la base regulatoria, respectivamente; todo de conformidad con lo dispuesto en el art. 15 de la ley 1.594.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. FERNANDO GHISINI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

"CARUZZO CLAUDIA PATRICIA C/ KOCH SERGIO ARIEL S/D.Y P. RES.CONTRACTUAL PARTICULARES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 427310/2010) – Sentencia: 230/16 – Fecha: 15/11/2016

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. PASAJERO DE TAXI. DESCENSO CON EL VEHICULO EN MOVIMIENTO. RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. INDEMNIZACION DEL DAÑO. GASTOS DE FARMACIA, TRASLADO, VESTIMENTA Y CELULAR. INCAPACIDAD FISICA. CUANTIFICACION. PROMEDIO ENTRE LA FORMULA MATEMATICA FINANCIERA. FORMULA MENDEZ. DAÑO MORAL. DAÑO PSICOLOGICO. GASTOS DE TRATAMIENTO.

1.- El conductor del taxi es responsable por los daños provocados a la pasajera quien se bajó con el vehículo en movimiento, pues tal como lo señala uno de los testigos, quien iba caminando por la vereda de la calle donde ocurrió el hecho, pudo apreciar que el taxista ante la presencia del camión, abrió la puerta del taxi y que pareciera que se iba a tirar, si bien esto finalmente no ocurrió. Dicha conducta torna verosímil la afirmación de la actora en el sentido que, como consecuencia de la maniobra del camión, el taxista les dijera que se tiraran del vehículo. Pero aun cuando no existiera dicho consejo, no es razonable pensar o sostener que existió una decisión personal e infundada de tirarse del taxi, máxime si se tiene en cuenta que el automotor en el que circulaban podía ser embestido por el camión y que el chofer del taxi hizo un amague de tirarse del mismo, conforme lo relata el testigo antes citado.

2.- Con respecto al reclamo por distintos gastos de farmacia, traslados, vestimenta y celular, la prueba producida y el hecho que sufriera acreditan la razonabilidad del reclamo, razón por la cual y de conformidad con lo previsto por el artículo 165 del Código de rito, estimo en $1.000 el monto del rubro.

3.- A fin de determinar el importe de rubro incapacidad física, esta Sala en forma reciente –in re: PORTALES HECTOR ELIDOR C/ MOÑO AZUL S.A Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL" (EXPTE. 453788/11)- ha adoptado el criterio de tomar en cuenta el promedio entre la fórmula de la matemática financiera y la fórmula Méndez. [...] tomando en cuenta que la parte no ha probado sus ingresos a la fecha del hecho, se considerará el salario mínimo vigente en aquel entonces y en consideración con el porcentaje de incapacidad -13%- , no objetado, y un promedio entre ambas fórmulas, es que el importe por el que debe prosperar el rubro en cuestión debe elevarse hasta

la suma de $50.000.

4.- En lo atinente al daño moral y en aras a la siempre ardua búsqueda de parámetros objetivos para decidir tanto en relación a la procedencia como su determinación monetaria, "Se pueden puntualizar así, tres factores que fundamentan la procedencia de este rubro: 1) los relativos al hecho mismo, es decir, lo que le aconteció a la víctima en el momento mismo del hecho 2) los sufrimientos y molestias del período posterior (curación y tratamiento) y 3) las secuelas últimas que tengan relación con el daño (incapacidad) (cfr. Zavala de González, ob. Cit. Pág. 466)". Teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente así como las lesiones que se detallan en la pericial médica, las actividades normales que realizaba, la pericial psicológica y las demás circunstancias de autos, considero que el monto debe fijarse en la suma de $10.000.

5.- Con respecto al planteo referido al daño psicológico, y más allá de que la postura de la Sala no lo considera como daño independiente, ha sido tenido en cuenta para la determinación del daño moral.

6.- En relación a los gastos por tratamiento, la pericial médica los ha desestimado y en cuanto a la psicológica debe fijarse la suma de $2.500, en consideración a que la propuesta de la experta da cuenta de una incapacidad leve que se consolida con la personalidad de base.

Texto completo:

NEUQUEN, 15 de Noviembre del año 2016.-

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CARUZZO CLAUDIA PATRICIA CONTRA KOCH SERGIO ARIEL S/D.Y P. RES.CONTRACTUAL PARTICULARES", (Expte. EXP Nº 427310/2010), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 4 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 408/412 rechaza la demanda deducida por la actora con costas.

La decisión es apelada por la accionante en los términos que resultan del escrito de fs. 428/433, cuyo traslado es respondido por la aseguradora a fs. 435/437.

Sostiene la apelante que la decisión de la jueza se basa en una incorrecta valoración de la prueba, y al respecto, formula dos precisiones: la primera, que la orden de tirarse del auto provino del chofer, tal como lo declarara el testigo presencial, y la segunda, que el conductor amagó con realizar el mismo movimiento según se prueba con la declaración de Fernández.

Así, expresa que ambos testigos dan cuenta de la intención del chofer de tirarse y que si el conductor hubiese mantenido una conducta prudente y calma en todo momento, lo acontecido se hubiese evitado, máxime cuando el camión no fue más que una contingencia del tránsito.

Remarca que el conductor del taxi debe realizar su actividad con profesionalismo, ya que se trata de un transporte público.

Alude luego a la aplicación al caso del artículos 1113 del Código Civil y 184 del Código de Comercio en cuanto consagran una responsabilidad objetiva, máxime si se tiene en cuenta la Ley de defensa al consumidor, existiendo entonces una garantía de indemnidad.

Dice que, si bien, la culpa de la víctima puede operar como eximente, su aplicación debe ser restrictiva y acreditada

en forma contundente, y en caso de duda debe estarse a favor del principio general y que el demandado no pudo probarla.

El segundo agravio cuestiona que se le hayan impuesto las costas.

II.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, considero que asiste razón al quejoso.

Tal como resulta de los términos de la sentencia, se advierte que no existe controversia acerca del marco jurídico en base al cual debe analizarse el tema.

Así, las partes son contestes en que la actora viajaba en un taxi, esto es en un transporte público de pasajeros, razón por la cual resulta de aplicación lo dispuesto por el artículo 184 del Código de Comercio y el artículo 1113 del Código Civil, por lo cual, estamos en presencia de un supuesto de responsabilidad objetiva.

Sobre el tema ha dicho el Tribunal Superior de Justicia en el Acuerdo número 3 del 17 de febrero del 2012 en la causa "M. MARÍA RAQUEL CONTRA BRAVO LUIS HUGO Y OTRO SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. Nro. 117-año 2008):

3. Ahora bien, sobre la base de dicho esquema cabe ingresar en concreto al examen del artículo 184 del Código de Comercio. Éste dispone:

"En caso de muerte o lesión de un viajero, acaecida durante el transporte en ferrocarril, la empresa estará obligada al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, no obstante cualquier pacto en contrario, a menos que pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable."

El régimen allí establecido -con o sin culpa del transportador o sus agentes y con las solas eximentes que en él se determinan- establece una responsabilidad ex-lege, de naturaleza claramente objetiva, impuesta por el legislador por razones de política en materia de transporte.

Se consagra, según la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, una responsabilidad fundada en el denominado riesgo empresarial, apoyada en el factor objetivo de atribución de responsabilidad, donde el damnificado sólo debe demostrar el daño y la calidad de pasajero, y que aquél ocurrió durante el transporte, para que, en principio, sea responsable la empresa porteadora.

Pues, si bien es cierto que la responsabilidad del transportista no es absoluta, no es menos cierto que ésta sólo reconoce eximentes basadas en la ruptura del nexo de causalidad cuya prueba incumbe de manera exclusiva a la transportadora. A tal fin, no es suficiente demostrar su propio obrar diligente, sino que debe acreditar el caso fortuito o la culpa de la víctima o de un tercero por el cual no debe responder.

En efecto, una vez establecido que la víctima viajaba en el colectivo y que sufrió un daño, surge una doble presunción: de causalidad, en cuanto queda inferido prima facie que el daño sufrido tuvo conexión adecuada con el transporte, y de responsabilidad de la empresa en la producción del perjuicio (cfr. DARAY, Hernán, Derecho de daños en accidentes de tránsito, T. I, editorial Astrea, 2° edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2008, pág. 564).

Por otra parte, la norma transcripta impone a la transportista asumir el pleno resarcimiento de los daños y perjuicios que ha sufrido el pasajero durante el transporte. Este enunciado debe entenderse como reparación plena; es decir, la reparación de todos los daños jurídicos conforme la relación de causalidad adecuada con el incumplimiento obligacional.

En atención a su finalidad, quien legisló ha dado al mentado artículo 184 el carácter de orden público, y ha dispuesto su inderogabilidad por las partes, lo cual confirma que se trata de una obligación legal.

Una vez perfeccionado el contrato de transporte de pasajero por el consentimiento de las partes, la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones es de carácter contractual frente al pasajero dañado. Por ello, en estos casos, el transportista es responsable por el incumplimiento del deber contractual de seguridad con fundamento en la buena fe. (cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, T. III, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2000, pág. 733 y s.s.).

Lo cierto es que, tanto en caso de muerte como de lesión, se produce el incumplimiento de la obligación de trasladar al pasajero sano y salvo a destino, esto es, de la garantía de seguridad. Y debido al fundamento de esta responsabilidad no es necesario probar el riesgo o vicio de la cosa, sino la frustración del plan prestacional acordado.

Finalmente, también cabe reflexionar que si bien la redacción del citado artículo sólo menciona al transporte en ferrocarril, la doctrina y jurisprudencia son pacíficas y unánimes en sostener que esta norma resulta aplicable a la responsabilidad del transportista frente al pasajero por los daños que éste sufra durante el transporte oneroso, cualquiera sea el medio de transporte utilizado (cfr. TRIGO REPRESAS, Félix A. Responsabilidad del transportista frente al pasajero, en el contrato oneroso de personas. La Ley 1996-D, 667; TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, T II, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 232).

4. Que, de esta manera, se impone un marco interpretativo de la norma, que debe tener en cuenta su finalidad.

Ahora bien, está fuera de toda duda que entre las obligaciones del transportista es principal la de llevar al pasajero sano y salvo a destino, o sea, en las mismas condiciones en las cuales el transportado ascendió al vehículo. Esta obligación de seguridad impuesta al transportista es clasificada como una obligación de resultado que hace a la esencia del contrato que vincula al porteador con el pasajero, en parte, por el riesgo que crea la actividad de la que las empresas obtienen beneficios lucrativos (cfr. TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., ob.cit., pág.215; DARAY, Hernán, ob.cit., pág. 14/15.)

Dicho deber legal del transportador puede caracterizarse como una prestación implícita en la celebración del contrato de transporte, que comprende de manera genérica todos aquellos cuidados, prevenciones y precauciones, y la disposición de todos los medios, materiales y humanos idóneos, que resulten necesarios a fin de alcanzar eficazmente el resultado objetivo. Tales recaudos le imponen obrar en todo tiempo con sumo cuidado y pleno conocimiento de las cosas que emplea en su actividad, deberes específicos cuyo incumplimiento acarrea una responsabilidad apreciable con criterio más severo que en el común de los casos, por imperio del artículo 902 del Código Civil (cfr. DARAY, Hernán, ob.cit., pág. 572).

Por tal motivo, el daño sufrido por el pasajero durante el transporte implica una violación por parte del transportista de su obligación tácita de seguridad, en tanto el resultado de trasladar al pasajero en forma segura no se ha cumplido, lo cual configura –se reitera- un incumplimiento contractual (AGOGLIA, María Marta, BORAGINA, Juan Carlos, y MEZA, Jorge Alfredo, "La obligación de seguridad en el contrato de transporte", LA LEY 1999-D, 58).

Este compromiso ha observado en materia de transporte, fundamentalmente, una evolución que se orienta a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos (cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge –PIEDECASAS, Miguel A., "La obligación de seguridad en el transporte" en Accidentes de Tránsito Doctrina – Jurisprudencia, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2010, pág. 337/346).

Los citados autores reflexionan que en materia de accidentes derivados del tránsito y del transporte se observa una saludable evolución hacia el reconocimiento de los paradigmas consagrados en el artículo 42 de la Constitución Nacional, que hacen al deber de seguridad y trato digno a los ciudadanos que utilizan servicios comerciales como es el transporte público de pasajeros.

5. Por otro lado, resulta trascendental puntualizar en este examen que, en el orden procesal, la presunción de responsabilidad contenida en la norma bajo examen invierte la carga de la prueba.

Por ello, para dirimir la responsabilidad del transportista es suficiente para el damnificado con demostrar la producción del daño sufrido durante el transporte. Mientras que se exige a quien invoca la concurrencia de alguna de las causales de exoneración de tal responsabilidad, la acreditación eficaz y concluyente de la existencia de los supuestos que tal disposición legal prevé como eximentes. Pues de otro modo, quedará firme la liminar y objetiva responsabilidad impuesta por ella.

En cuanto a las eximentes y como corresponde a la responsabilidad objetiva, el transportista sólo se libera mediante la evidencia de que no existió nexo causal, esto es, que hubo fuerza mayor, hecho de la víctima o de un tercero por el cual no es responsable.

El hecho de un tercero es el actuar de un sujeto extraño a las partes, que se constituye en condición adecuada del perjuicio produciendo la ruptura de la relación de causalidad.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia -de modo uniforme- afirman que para que el hecho del tercero ajeno sea eximente de responsabilidad del porteador, la conducta de tal sujeto debe adquirir los elementos característicos del

caso fortuito, es decir, debe ser imprevisible e inevitable (cfr. Art. 514 del Código Civil), y debe ser causa exclusiva y excluyente del perjuicio, pues en los supuestos de concurrencia de éste con el proceder del demandado, el transportista debe resarcir integralmente a la víctima, al margen de que pueda o no corresponderle, posteriormente, una acción revérsica contra aquél.

En cuanto al primer carácter, cabe precisar que se alude a la razonable previsibilidad, evaluada conforme a las circunstancias de persona, tiempo y lugar. De allí puede colegirse entonces, que la norma exige que el acontecimiento rebase lo ordinario. Y debe ser juzgada conforme al estándar profesional y a la experiencia exigible a una empresa, con lo cual su juzgamiento es estricto (Art. 909 del Código Civil).

En el supuesto de accidentes no se exige una conducta más allá de las previsiones humanas, sino que se deben instrumentar todos los elementos necesarios para evitar sus consecuencias más gravosas. Ello debe ser principal objeto de prueba por parte del porteador.

Además, se ha exigido que, para constituir una causal exculpatoria, el hecho del tercero debe ser externo o extraño al riesgo que crea la actividad del transportista, no siendo excusa la diligencia probada ni la buena atención a los pasajeros ni, en general, la ausencia de culpabilidad por parte del obligado al traslado. Por lo tanto, el caso fortuito llamado interior o interno no puede ser computado a estos fines, ya que está dentro del riego propio o específico de la actividad (cfr. TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., ob.cit., pág. 214 y s.s.).

De tal forma, para excluir su responsabilidad el transportista está obligado a demostrar que es ajeno al daño recibido por el pasajero. Vale decir, tiene que acreditar que aquél proviene exclusivamente de una causa extraña.

Sobre este punto se ha dicho que no constituyen un caso fortuito los accidentes con otro vehículo, el vuelco, el descarrilamiento, el estallido de un neumático, la rotura de ejes o elásticos o el desprendimiento de una rueda (cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis, ob.cit., pág. 733 y s.s.).

Las eximentes de responsabilidad en el ámbito del transporte han sido juzgadas con un criterio restrictivo, ya que no es lo mismo la culpa de la víctima o el hecho del tercero en un accidente vinculado al transporte público de pasajeros que en un accidente común del tránsito. En el primer caso, nos encontramos con que existe una empresa que lucra con este servicio de transporte y, por lo tanto, su deber de previsibilidad, prevención y evitabilidad es mucho mayor que para el ciudadano común que se involucra en un accidente de tránsito (cfr. MOSSET ITURRASPE –PIEDECASAS, ob. cit.).

Sobre el tópico, la C.S.J.N. también tiene dicho que, si no se demuestra de modo fehaciente que la culpa ha sido exclusiva de la víctima o de un tercero, no puede liberarse totalmente a la empresa transportista por los daños causados. Ello, sin perjuicio de la eventual responsabilidad que pudiera corresponder a otro en función de la concurrencia de culpas de encontrarse ellas efectivamente probadas (FALLOS: 323:3251; 324:1344; 326:3089, entre otros).

Al respecto, tampoco resulta suficiente demostrar la falta de culpa en el subordinado que conducía la unidad, porque –cabe reiterar- esta responsabilidad es objetiva y fundada en el riesgo del transporte. Por lo que resulta extraña a ella toda idea de culpa, sea del transportista o de sus empleados.

En síntesis, la culpa de un tercero por el que la empresa no sea civilmente responsable -eximente invocada en la especie- constituye un supuesto particular de caso fortuito y, en consecuencia, para ser admitido como causa de exoneración de responsabilidad, quien lo alega debe probar inequívocamente su configuración, en miras de la trascendental obligación de seguridad asumida en este tipo contractual.

En suma, hay severidad y criterio amplio para la responsabilidad del transportista; en cambio, las eximentes deben ser analizadas con criterio restringido -ya que se intenta enervar los efectos de una presunción legal (FALLOS: 333:203)- y en beneficio de la víctima o pasajero (cfr. DARAY, Hernán, ob.cit., pág. 546).

Por consiguiente, y conforme lo hemos señalado reiteradamente, bien que con relación al artículo 1113 del Código Civil, en supuestos como el presente al actor le basta con acreditar la existencia del contrato de transporte –cuestión no controvertida-, el daño, y que el mismo ocurrió durante la vigencia del contrato, y en tal supuesto, se presume la responsabilidad objetiva del transportista.

Cierto es, como lo prevé la norma, que éste puede exonerarse de la responsabilidad, pero en tal caso debe demostrar en forma concluyente y de interpretación restrictiva, la culpa de la víctima o de un tercero por el que no deba responder.

En tal sentido y analizadas las constancias de la causa, no advierto que la demandada haya acreditado la culpa de la víctima, sin perjuicio de señala que en caso de duda debe estarse por la responsabilidad del transportista, conforme se ha señalado.

Al respecto, cabe decir que no es razonable suponer que quien viaja en un auto, sea particular o de transporte de pasajeros, tenga por conducta bajarse del mismo cuando está en movimiento y menos que puedan atribuírsele conductas o tendencias suicidas.

En el caso, y tal como lo señala el testigo Fernández quien iba caminando por la vereda de la calle donde ocurrió el hecho, pudo apreciar que el taxista ante la presencia del camión, abrió la puerta del taxi y que pareciera que se iba a tirar, si bien esto finalmente no ocurrió.

Dicha conducta torna verosímil la afirmación de la actora en el sentido que, como consecuencia de la maniobra del camión, el taxista les dijera que se tiraran del vehículo.

Pero aun cuando no existiera dicho consejo, considero que no es razonable pensar o sostener que existió una decisión personal e infundada de tirarse del taxi, máxime si se tiene en cuenta que el automotor en el que circulaban podía ser embestido por el camión y que el chofer del taxi hizo un amague de tirarse del mismo, conforme lo relata el testigo antes citado.

En tales condiciones y toda vez que no es admisible sostener que una contingencia previsible del tránsito, el posible embestimiento del auto pueda ser catalogado como un eximente de la responsabilidad objetiva y que la conducta de la víctima, en el caso, haya sido inapropiada, es que entiendo no demostrada la eximente invocada por la demandada, por lo cual, subsiste la responsabilidad objetiva del transportador.

III.- Ante la conclusión sentada precedentemente y toda vez que deben repararse los daños ocasionados como consecuencia del deber de seguridad impuesto, es que deben analizarse los reclamos deducidos por la accionante.

Con respecto al reclamo por distintos gastos de farmacia, traslados, vestimenta y celular considero que la prueba producida y el hecho que sufriera acreditan la razonabilidad del reclamo, razón por la cual y de conformidad con lo previsto por el artículo 165 del Código de rito, estimo en $1.000 el monto del rubro.

En cuanto a la incapacidad física, la pericial médica de fs. 265 que no fuera cuestionada por las partes, y los informes y constancias médicas adjuntadas justifican que se fije un porcentaje de incapacidad del 13% según resulta de la prueba en cuestión

A fin de determinar el importe de dicho rubro, esta Sala en forma reciente ha adoptado el criterio de tomar en cuenta el promedio entre la fórmula de la matemática financiera y la fórmula Méndez.

Así, hemos dicho a partir de la causa PORTALES HECTOR ELIDOR C/ MOÑO AZUL S.A Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL" (EXPTE. 453788/11):

En ese aspecto parto de señalar que comparto que: "… parece posible sostener que el empleo de fórmulas no importa una restricción a la legítima discrecionalidad judicial, sino a la arbitrariedad. Una fórmula no encorseta el razonamiento, sino que simplemente lo expresa con una claridad que es reconocidamente superior (cuando entran en juego magnitudes y relaciones de alguna complejidad interna) a otras posibilidades de expresión. En un estado republicano nada es jurídicamente correcto sólo por las condiciones personales de quien lo afirme o por su mera autoridad, sino que lo es cuando resiste un proceso argumentativo abierto. El ocultamiento de las premisas y de las relaciones empleadas en una conclusión jurídica, parece más bien una actitud oscurantista que perjudica la seriedad de la conclusión implicada, que una contribución a su fortaleza. El empleo de fórmulas explícitas, en este contexto, contribuye simplemente a la honestidad intelectual exigible en este campo. No se trata de una búsqueda irrazonable de precisión ni de un compromiso con método de cálculo alguno, impuesto por razones externas al derecho (por ejemplo, por la eventual autoridad de otras ciencias). Al contrario, importa contribuir a una honestidad consistente en facilitar la refutación de las conclusiones que se sostienen y se consideran correctas. ("La utilidad, significado y

componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes"-Acciarri, Hugo A. Irigoyen Testa, Matías LA LEY 2011-A , 877)

En esa inteligencia es que para la determinación de los daños en los casos de indemnizaciones que no están tarifadas como resultan las originadas en acción civiles, la inclusión de los distintos valores que requieren las variables se encuentra sujeta a cuestiones probatorias gobernadas por una lógica de presunciones diversa a las que imperan en el ámbito laboral.

Así, no se trata que el uso de fórmulas resulte inadecuado per se, sino que la determinación y elección del valor de las variables que se utilizan puede resultar complicado de justificar teniendo en cuenta los hechos probados en la causa.

De esta manera en la medida que el actor pretenda que las variables recepten la particularidad de determinados hechos, resulta una carga probatoria acreditar dichos extremos.

Lo dicho tiene relevancia pues a la hora de receptar los cambios introducidos en la denominada fórmula "Méndez" frente a la tradicionalmente utilizada "Vuotto", se presenta de distinto modo la cuestión relativa a la expectativa de vida que propone tomar 75 años frente a la anterior que lo relacionaba únicamente con la edad jubilatoria, y aquella que se refiere a la perspectiva de modificación del salario, ya que es diferente lo que cabe tener encuentra para una persona de 30 o 40 años que para una persona de 50 o 60, en cuyo caso la perspectiva de mejora de salario no es un "hecho notorio".

Destaco estas variables, pues a la hora de modificar un criterio que puede tener impacto en una importante serie de casos, encuentro imprescindible destacar que soy partidario de la utilización de las fórmulas como marco de referencia pero a la vez que es relevante para las partes desplegar la actividad probatoria que el caso particular requiere si lo que se pretende es la modificación de alguna de ellas.

Así, sostienen los autores antes citados: "… aquella crítica que descarta el empleo de fórmulas sobre la base de advertir algunas de sus dificultades, constituye una estrategia de argumentación claramente falaz. Usualmente los mismos críticos, en el acto de descartar ese modo de determinación, prefieren otro que participa en general, de las características que esbozamos en el párrafo anterior, sin siquiera intentar sostener su preferibilidad. Y como es evidente, que un término de una alternativa tenga debilidades, no significa que el otro sea preferible. Demostrar lo segundo, requiere otra cosa. Sin embargo muchas críticas parten de advertir problemas (de elección de variables, de estabilidad de condiciones, etc.) y a continuación descartan emplear toda fórmula y pasan a un acto de intuición único y genéticamente inexplicado, por el cual fijan una cantidad. Todo ello, sin advertir que los mismos problemas que afectaban al procedimiento que desechan, afectan también al que emplean.

Únicamente que, en el que eligen, esa falencia queda escondida tras un proceso de decisión que no se explica, mientras que, cuando se emplean fórmulas, esos problemas quedan a la vista y expuestos a la crítica. En ese modo abierto y explícito de exponer las dificultades, está la fortaleza, no la debilidad, de emplear fórmulas."

"Al contrario, el ingreso a computar —tanto como el valor de cualquiera de las restantes variables— es una circunstancia de hecho y sujeta a las reglas generales del razonamiento judicial. Y podría corresponder a un promedio ponderado del ingreso total para cada uno de los períodos, o a una fracción del mismo, cuando se estime que el daño corresponde a una incapacidad parcial."

"… Es claro, por ejemplo, que una pauta de la experiencia (un hecho notorio) indica que el ingreso de las personas no es igual a lo largo de toda su vida.

Asimismo que está sujeto a circunstancias múltiples y ajenas a su decisión.

Pero también, en cada caso individual sometido a decisión judicial, pueden discutirse y tenerse por acreditados diversos extremos que conlleven alguna conclusión plausible que haga diferir el caso de aquellas estimaciones generales. En un proceso individual, no obstante, la prueba producida puede contradecirlo para el caso concreto, o justificar alguna predicción particular a su respecto. Ciertas tareas especiales, por ejemplo, pueden o no, estar alcanzadas por la jubilación obligatoria y en el caso particular que se esté juzgando, puede ser más pequeña o más grande la probabilidad de una jubilación voluntaria. La curva de ingresos de un deportista, por ejemplo, puede alcanzar su pico muy prematuramente y derivar en un rápido descenso posterior, y así pueden darse casos diversos.

Para resumirlo en una regla práctica simple, podríamos decir que las máximas más generales de la experiencia (las que asumen una persona indiferenciada), en este campo, ceden frente a otras de menor generalidad pero todavía generales (las que se refieren por ejemplo, a deportistas, o deportistas de tal o cual disciplina). Y las mismas, ceden frente a las particularidades acreditadas en el proceso individual, para la víctima. Lo expuesto, nuevamente, no es más que una aplicación particular de reglas usuales de convicción judicial y prueba…"

En cuanto al porcentaje de incapacidad que he de incluir para el cálculo, corresponde destacar que al igual que las fórmulas matemáticas los guarismos informados son pautas de orientación que quedan sometidas a la interpretación que de las mismas haga el Juez.

Al respecto, sostuvo mi colega de Sala: "Debo recordar que la indemnización por incapacidad sobreviniente se ha fijado de acuerdo con las normas del derecho civil, y con fundamento en la facultad prevista en el art. 165 del CPCyC, conforme lo ha puesto de manifiesto la a quo. A los efectos de la determinación del monto de la reparación se han tomado en cuenta distintos aspectos que fueron desarrollados en el Considerando respectivo del fallo de grado, donde se ha aclarado que la justeza de la estimación del grado de incapacidad no resulta relevante en juicios donde se persigue la reparación integral a la luz de la normativa civil."

"Ricardo Lorenzetti recuerda que "en doctrina y jurisprudencia reiterada, se señala que la valoración de la incapacidad es una decisión que compete a los jueces. A tales fines no los obliga la prueba pericial, ya que en un sistema regido por las reglas de la sana crítica no hay tal imposición. Tampoco la ley puede obligarlos. Las que han establecido baremos mediante sus decretos reglamentarios, se cuidan bien de señalar que ellos resultan obligatorios en sede administrativa y no judicial" (aut. cit., "La lesión física a la persona.

El daño emergente y el lucro cesante" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 1, pág. 117). Si bien es cierto que este autor pone de manifiesto que la utilización de baremos otorga al juez un principio de certeza, ello no quiere decir que lo actuado por la a quo sea irrazonable. Más aún cuando el apelante no se agravia por el monto fijado en concepto de indemnización, sino únicamente porque no se determinó un porcentaje exacto de incapacidad."

"Jurisprudencialmente se ha sostenido que "a fin de establecer la indemnización por incapacidad física, no debe adoptarse un criterio puramente matemático, no siendo tampoco de decisiva importancia el porcentaje asignado por el perito, sino la proyección que aquella puede tener en el futuro de la víctima. A este efecto ha de valorarse su edad, su estado de salud, actividad habitual, condición social, familiar y económica anterior al hecho, para luego determinar cuál es la gravitación en todos los aspectos de su vida" (Cám. Fed. San Martín, "B., J.O. c/ Transporte Automotores Luján", 8/11/1991, LL 1992-C, pág. 570)."("BURGOS ABELARDO CONTRA ZOPPI HNOS Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte.N° 255667/1)6/11/12)

Aplicando, entonces, los conceptos aludidos en los párrafos que anteceden y tomando en cuenta que la parte no ha probado sus ingresos a la fecha del hecho, se considerará el salario mínimo vigente en aquel entonces y en consideración con el porcentaje de incapacidad, no objetado, y un promedio entre ambas fórmulas, es que el importe por el que debe prosperar el rubro en cuestión debe elevarse hasta la suma de $50.000.

En cuanto al daño moral, hemos señalado que para determinar su cuantía, debe descartarse la posibilidad de su tarifación, su proporcionalidad con el daño material, que llegue a conformar un enriquecimiento injusto y que su determinación se supedite a la mera prudencia.

Nuestro máximo Tribunal Provincial tiene dicho que "la determinación del daño moral en cuanto a la fijación de su importe, ciertamente, se presenta con álgidos contornos a poco que se advierta que no se halla sujeta a parámetros objetivos sino a una ponderación que prudentemente deben efectuar los magistrados sobre la lesión a las íntimas afecciones de los damnificados, los padecimientos registrados, o sea los agravios que se configuran en un ámbito tan reservado y profundo como es el espiritual" (Ac. 769/01; Ac. 107/11).-

Asimismo, y en aras a la siempre ardua búsqueda de parámetros objetivos para decidir tanto en relación a la procedencia como su determinación monetaria, "Se pueden puntualizar así, tres factores que fundamentan la procedencia de este rubro: 1) los relativos al hecho mismo, es decir, lo que le aconteció a la víctima en el momento

mismo del hecho 2)los sufrimientos y molestias del período posterior (curación y tratamiento) y 3) las secuelas últimas que tengan relación con el daño (incapacidad) (cfr. Zavala de González, ob. Cit. Pág. 466)".

Teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente así como las lesiones que se detallan en la pericial médica, las actividades normales que realizaba, la pericial psicológica y las demás circunstancias de autos, considero que el monto debe fijarse en la suma de $10.000.

Con respecto al planteo referido al daño psicológico, y más allá de que la postura de la Sala no lo considera como daño independiente, ha sido tenido en cuenta para la determinación del daño moral.

Finalmente, y en relación a los gastos por tratamiento, destaco que la pericial médica los ha desestimado y en cuanto a la psicológica considero que debe fijarse la suma de $2.500, en consideración a que la propuesta de la experta da cuenta de una incapacidad leve que se consolida con la personalidad de base.

En definitiva, el monto de la condena debe ascender a $63.500.

IV.- Por las razones expuestas, propongo se revoque la sentencia apelada, y en consecuencia, se haga lugar a la demanda condenándose a la accionada y su aseguradora, en la medida del seguro, a abonar la suma total de $63.500 con más sus intereses a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén a partir de la fecha del hecho y hasta su efectivo pago. Costas de ambas instancias a la demandada y su aseguradora. La regulación de honorarios se diferirá 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.- Revocar la sentencia de fs.408/412, y en consecuencia, hacer lugar a la demanda interpuesta por Claudia Patricia CARUZZO condenándose a Sergio Ariel KOCH y su aseguradora LIDERAR COMPAÑÍA GENERAL DE SEGUROS, en la medida del seguro, a abonar la suma total de $63.500 con más sus intereses a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén a partir de la fecha del hecho y hasta su efectivo pago.

II.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada y su aseguradora (art. 68, Código Procesal).

III. Diferir la regulación de honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada para cuando se practique la pertinente liquidación (art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

"GAETE SERGIO DANIEL C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D.Y P. RESP CONT. ESTADO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 475547/2013) – Sentencia: 238/16 – Fecha: 29/11/2016

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. EMPLEADO PUBLICO. ENFERMEDAD. INDEMNIZACION POR ENFERMEDAD. FUERO LABORAL. ACUERDO HOMOLOGADO. INDEMNIZACION FUERO CIVIL. SENTENCIA. HECHO NUEVO. RECHAZO DE LA DEMANDA.

1.- El dictado de una sentencia en un proceso que las partes se encontraban tramitando ni constituye un hecho nuevo y tampoco se trata de un documento en los términos del inciso 3 del artículo 260 del Ritual.

2.- Como en el acuerdo el actor renunció a todo reclamo derivado de los hechos iguales que menciona en ambos procesos a toda persona física o jurídica para luego reafirmar que con la suma acordada tampoco tiene nada que reclamar por indemnización civil, es que la presente demanda no puede prosperar en virtud de la homologación del acuerdo que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y que impide el reclamo aquí planteado.

Texto completo:

NEUQUEN, 29 de Noviembre del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "GAETE SERGIO DANIEL C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D.Y P. RESP. CONT. ESTADO", (Expte. N° 475547/2013), 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, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 373/378 hace lugar a la demanda, y en consecuencia, condena a la Provincia del Neuquén a abonar la suma de $98.800, 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. 396/401, cuyo traslado fuera respondido a fs. 405/409.

II.- En sus agravios, señala que la sentencia contiene defectos inherentes y la existencia de factores externos en trámite en otras actuaciones, como consecuencia de las acciones iniciadas por el actor en distintos fueros y años que en el fuero laboral ya han tenido respuesta y que en la vía civil procura una doble indemnización contra la Provincia, en cuanto a la determinación causal de su patología.

Así, dice que existió una errónea valoración de la prueba ya que sin perjuicio de la validez de la pericia realizada en autos, lo cierto es que en relación al estado de salud del actor se han aportado mayores elementos verosímiles y que son vinculantes al presente.

Expresa que la sentencia se basa en que el actor ingresó como apto a sus funciones, pero que el juez desestima los demás dictámenes médicos oportunamente probados por su parte de los que se evidencia la existencia de factores psicológicos y psiquiátricos de la personalidad del actor.

En base a ello, es que plantea la existencia de un hecho nuevo consistente en la sentencia dictada en los autos N° 390408 en trámite por ante el Juzgado Civil N° 1 y en los términos del artículo 260 inciso 3 del Código Procesal.

Transcribe partes de la sentencia aludida, cuya copia adjunta, y que resulta sustancial la pericial allí practicada a partir de su propio relato ante la licenciada León en abril del 2012.

A continuación, transcribe lo que considera partes relevantes de la pericia producida en los autos antes mencionados y de los que se deduce que los padecimientos del actor reconocen una causa distinta a la pretendida en autos.

Afirma luego que la sentencia es arbitraria al hacer prosperar la demanda, ya que relativiza los efectos de la cosa juzgada del proceso laboral conforme los términos del acuerdo a que allí se arribara, concediendo rubros alcanzados por el acuerdo de referencia.

III.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, debe examinarse en primer lugar si resulta pertinente el hecho nuevo denunciado por el demandado en su escrito recursivo.

Al respecto y sin perjuicio de señalar que el hecho nuevo no fue alegado dentro del plazo previsto por el artículo 365 del Código Procesal, al que hace expresa referencia el artículo 260 inciso 5, considero que no puede admitirse.

Tal como lo señala la doctrina y jurisprudencia, la alegación de un hecho nuevo ante la Cámara debe guardarrelación con la cuestión que se ventila, lo cual implica que debe ser debidamente concretado mediante la explicitación que guarda con las pretensiones invocadas en los escritos constitutivos del proceso sin que modifique los términos de la demanda y que prima facie sea idóneo para influir en la decisión (López Mesa, "Código Procesal Civil", tomo II, páginas 1040 y siguientes).

En el caso en análisis, la parte demandada denuncia como hecho nuevo el dictado de la sentencia en un juicio civil seguido entre las mismas partes, pero que ninguna relación tiene con la pretensión que aquí se deduce, al punto tal que ninguna de las partes requirió ni antes ni ahora la acumulación de las distintas pretensiones.

La lectura de la sentencia cuya copia se adjunta, que no fuera desconocida por la contraria, permite concluir que los reclamos deducidos son distintos sin que puedan relacionárselos entre sí y la parte que pretende su introducción no ha fundado en modo alguno la relación entre la sentencia allí dictada con la presente causa.

Ello por cuanto lo que pretende, pese a lo afirmado en el capítulo pertinente, es la incorporación de una prueba pericial que se produjo en el año 2012, por lo cual y dada su participación en dicho proceso, ya que son las mismas partes, mal puede alegar que recién conoce el contenido de dicha prueba dentro del plazo previsto por el artículo 365 del Código Procesal.

Por otro lado, el dictado de una sentencia en un proceso que las partes se encontraban tramitando ni constituye un hecho nuevo y tampoco se trata de un documento en los términos del inciso 3 del artículo 260 del Ritual.

IV.- Desestimada la introducción del hecho nuevo, corresponde examinar el segundo agravio, y al respecto, entiendo asiste razón al quejoso.

En efecto, en la sentencia de Primera Instancia, no obstante que nada se dijo al contestar la demanda, el juez analizó el alcance del acuerdo al que arribara el actor con la aseguradora de riesgos de trabajo en el expediente laboral que fuera ofrecido como prueba y que en este acto se tiene a la vista.

Y al respecto, no coincido con el análisis que efectúa el sentenciante.

En efecto, en el acuerdo homologado en el proceso laboral se indica claramente en la cláusula quinta que percibido por la actora el importe acordado "habrá sido integralmente indemnizada por la totalidad de los montos y conceptos reclamados en la presente demanda, no quedando consiguientemente monto ni concepto alguno pendiente de pago respecto de Consolidar ART SA ni de ninguna otra persona física o jurídica con motivo del siniestro de autos, manifestando asimismo la parte actora que, percibido que sea el importe acordado, nada mas tendrá que reclamar por ningún concepto de autos ni en concepto de prestaciones derivadas de la ley 24.557, ni indemnización civil, ni ningún otro concepto derivado del accidente de autos" (La negrita me pertenece).

Ahora bien, como la propia actora lo reconoce al contestar los agravios, el presente juicio civil y el laboral reconocen la misma causa que consiste en el padecimiento que tiene derivado de su actividad como empleado del Estado en las funciones que indica en la demanda.

La relación entre ambos procesos queda evidenciada bien que parcialmente por el rechazo de algunos de los rubros que aquí se reclaman, como se decide en la sentencia y sin que ello fuera motivo de agravio alguno por parte del accionante.

Pero como en el acuerdo el actor renunció a todo reclamo derivado de los hechos iguales que menciona en ambos procesos a toda persona física o jurídica para luego reafirmar que con la suma acordada tampoco tiene nada que reclamar por indemnización civil, es que la presente demanda no puede prosperar en virtud de la homologación del acuerdo que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y que impide el reclamo aquí planteado.

No encuentro que pueda deducirse que lo acordado por las partes que litigaron en el fuero laboral pueda ser confuso en función de lo que resulta de la cláusula tercera toda vez que la cláusula considerada, la quinta, es suficientemente clara en relación a que el actor estuvo conforme con lo que percibió y que renunció además a todo reclamo contra toda persona jurídica o física por la incapacidad laboral, y fundamentalmente, por renunciar a la indemnización civil, sin que en momento alguno del presente proceso hubiera cuestionado los términos del acuerdo.

V.- Por las razones expuestas, es que propongo se desestime el hecho nuevo plateado y se haga lugar al recurso

planteado por la demandada, rechazándose la acción deducida con costas de ambas instancias a la actora vencida.

La regulación de honorarios se diferirá para el momento de contarse con pautas a tal fin.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Desestimar el hecho nuevo deducido y hacer lugar al recurso planteado por la demandada, rechazándose la acción deducida por Sergio Daniel GAETE, con costas de ambas instancias a la actora vencida.

II.- Diferir la regulación de honorarios profesionales para el momento de contarse con pautas a tal fin (art. 15, ley 1594).

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

"B. M. E. C/ C. G. A. S/ INC. MODIFICACION REGIMEN DE VISITAS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 60199/2013) – Interlocutoria: 415/16 – Fecha: 10/11/2016

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

ASTREINTES. REGIMEN DE COMUNICACION. HOMOLOGACION. INCUMPLIMIENTO DEL REGIMEN DE VISITAS. DERECHO DEL NIÑO A SER OIDO.

Deben dejarse sin efectos efecto las astreintes impuestas a la parte actora a razón de $ 1.200 diarios, decretadas por el lapso en que la madre omita dar cumplimiento al régimen de comunicación establecido entre sus hijos y el progenitor, pues entiendo que no se trata de un accionar arbitrario haber interrumpido las visitas vigentes, en la medida en que pesa sobre la progenitora en ejercicio de la guarda de los menores, el deber de protegerlos y cuidarlos. Por esta razón, reitero, el propósito de la mamá no fue desoír el acuerdo aludido, dado que como señalé, ha planteado formalmente la cuestiónen -puso en conocimiento de la magistrada de grado los varios motivos que originaron la negativa de los hijos a concurrir los fines de semana a la casa del progenitor no conviviente-, pudiéndose encontrarse afectado el interés superior de los hijos, los que, repito, no fueron escuchados.

Texto completo:

NEUQUEN, 10 de Noviembre del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "B. M. E. C/ C. G. A. S/INC. MODIFICACION REGIMEN DE VISITAS", (Expte. Nº 60199/2013), 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, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La parte actora apela la resolución de fs. 81/83, mediante la que se tiene por acreditado el incumplimiento al régimen de comunicación y se la condena al pago de $1.200,oo de astreintes diarios.

Del memorial de fs. 88/89 vta. se corre traslado a la parte demandada, quien lo contesta a fs. 93/94.

II.- La cuestión a resolver radica en si resulta ajustada o no la condena al pago de astreintes.

Recientemente, en la causa "D.A. CONTRA T.D.M.F. S/TENENCIA", (Expte. Nº 41394/2009, resolutorio del 1 de noviembre de 2016), mi colega de Sala expresó: "Federico Alejandro Ossola señala que para la aplicación de las astreintes debe verificarse en los hechos el incumplimiento de la resolución judicial (elemento objetivo) y la conducta imputable al sujeto incumpliente, ya sea a título de dolo o culpa (elemento subjetivo). Y ante la comprobación de este incumplimiento, es el sujeto pasivo de la obligación quién debe acreditar las circunstancias que eximan la imputabilidad (cfr. aut. cit., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. V, pág. 256).

En autos el incumplimiento en su doble faz (elementos objetivo y subjetivo) se encuentra presente. La demandada no cuestiona estos extremos, sino que pretende justificar su actitud con el dictamen de la Defensoría General de la Nación.

Pues bien, esta causal de justificación no puede ser aceptada. Conforme lo señala la parte actora, el dictamen en cuestión, además de ser una opinión no vinculante para el tribunal y las partes, fue emitido antes de que la Corte

Suprema de Justicia de la Nación dispusiera el rechazo de la queja planteada por la progenitora de los niños, con lo cual, implícitamente, lo desechó.

Luego, dicho dictamen, más allá del respeto que el mismo merece, no puede justificar el incumplimiento de una resolución judicial firme; no tiene entidad a tal fin porque no es vinculante, conforme lo señalé, y además teniendo en cuenta la etapa del proceso en la que fue realizado.

III.- No obstante lo dicho, la jurisprudencia ha sostenido que quién se hace acreedor de una sanción de astreintes debe saber que la ley no le otorga un derecho definitivamente incorporado a su patrimonio, dado que siendo su fundamento principal evitar desobediencias a una orden judicial, una vez que ésta ya fue cumplida, el juez puede morigerarla considerando la importancia del acto que debía cumplirse y las consecuencias de su omisión (cfr. Cám. Nac. Apel. Civil, Sala M, "L., A. s/ sucesión ab intestato", 14/8/2014, DJ 2014, pág. 33).

(…) no se puede perder de vista que nos encontramos dentro de un proceso de familia, el que involucra sentimientos personales de las partes, además de cuestiones de derecho; y que la orden judicial se encuentra cumplida, aunque luego, y por decisión de uno de los hijos, fue parcialmente revertida."

Bajo tales parámetros, y si bien la apelante reconoce haber incumplido el acuerdo homologado, creo que lo hizo bajo causas justificadas.

Ello por cuanto, no obstante desconocer la opinión de los niños involucrados dado que no fueron escuchados por la jueza, la conducta procesal de la madre demuestra que su intención ha sido modificar el régimen acordado en beneficio de aquellos.

Nótese las reiteradas presentaciones que efectúa poniendo en conocimiento de la magistrada de grado la negativa de los hijos a concurrir los fines de semana a la casa del progenitor no conviviente por varios motivos, pero especialmente, por el culto que profesa, además de haber solicitado la suspensión del régimen de comunicación pactado y su modificación mediante la promoción del ICC 804/2015, que se tiene a la vista.

Así, entiendo que no se trata de un accionar arbitrario haber interrumpido las visitas vigentes, en la medida en que pesa sobre la progenitora en ejercicio de la guarda de los menores, el deber de protegerlos y cuidarlos.

Por esta razón, reitero, el propósito de la mamá no fue desoír el acuerdo aludido, dado que como señalé, ha planteado formalmente la cuestión, pudiéndose encontrarse afectado el interés superior de los hijos, los que, repito, no

fueron escuchados.

E insisto en la escucha de los niños, dado que el contacto que debe guardar el juez de familia no puede ser remplazado, como en el caso, por la Defensora interviniente, resultando determinante que tome el sentir de los menores previo al momento de arribar a una solución que puede ser contraria no sólo al interés de la madre, sino al de los propios menores.

Por otra parte, y no obstante el acuerdo arribado en esa instancia, no debe descartarse el aspecto dinámico que caracteriza a estas cuestiones, y que deben ser atendidas dada la conflictividad de los mayores.

Consecuentemente, entiendo que la aplicación de astreintes, a razón de $ 1.200,oo diarios durante el lapso de la omisión de cumplimiento resulta excesiva, inadecuada y no ayuda a la pacificación de las relaciones familiares, extremo éste necesario para el normal desarrollo de los hijos de las partes.

III.- Por ende, propongo al acuerdo dejar sin efecto la sanción referida, y consecuentemente, revocar la decisión apelada, con costas por la actuación en ambas instancias, teniendo en cuenta el modo en que se resuelve la apelación, en el orden causado (arts. 69 y 68, 2da. parte, CPCyC), difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Revocar la decisión de fs. 81/83, con costas por la actuación en ambas instancias en el orden causado (arts. 69 y 68, 2da. parte, CPCyC).

II.- Diferir la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin (art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

"CORREA JUAN CARLOS C/ SU FRIGORIFICO S.A. Y OTROS S/ D.Y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESION)" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 368743/2008) – Sentencia: 237/16 – Fecha: 29/11/2016

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. INDEMNIZACION. DAÑO MATERIAL. PRIVACION DE USO DEL AUTOMOTOR. VALOR VENAL. CUANTIFICACION DEL DAÑO.

1.- Cabe confirmar la sentencia de grado que fijó la suma de $ 43.092,00 en concepto de indemnización por los daños materiales que presenta el camión de la parte actora con fundamento en la pericia mecánica, toda vez que los daños descriptos en los presupuestos aparecen verosímiles con la mecanica del accidente, ubicándose los daños en el frente del camión que terminó su derrotero en un desagüe.

2.- Dado que en autos se encuentra probado que el actor tenía afectado el vehículo

dañado a su actividad comercial, la que, conforme lo informa la Municipalidad, consiste en "oficina de venta, acopio de áridos, alquiler de automóviles sin chofer, maquinarias y equipos, anexo servicio de contenedores para retiro de escombros", y si se toman en cuenta la pruebas testimoniales y los informes de la pericial mecánica que dan cuenta del precio mensual y diario del alquiler de un vehículo de las características del siniestrado, la indemnización por privación de uso del automotor debe ser elevada a la suma de $ 63.500,00.

3.- En tanto la reparación del camión siniestrado afectará su valor venal, cabe estimar su disminución en un 10%, partiendo para fijar su monto de los valores informados por el perito y promediados, la indemnización por este concepto se fija en la suma de $ 17.000,00.

Texto completo:

NEUQUEN, 29 de Noviembre de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CORREA JUAN CARLOS C/ SU FRIGORIFICO S.A. Y OTROS S/ D. Y P. USO AUTOMOTOR (SIN LESION)", (Expte. Nº 368743/2008), 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, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Todas las partes interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 435/442, que hace lugar a la demanda, con costas a los vencidos.

a) Los demandados y la citada en garantía se agravian por los montos otorgados en concepto de daño material y privación de uso del automotor.

Con relación al daño material dice que la sentencia en crisis se limita a remitirse a lo manifestado por el perito mecánico y al presupuesto adjuntado con la demanda, cuya autenticidad ha negado su parte, y no ha sido posteriormente probada.

Señala que el experto realiza un peritaje en base a fotografías aportadas por la parte actora, sin revisar el camión y, en consecuencia, sin poder constatar los supuestos daños. Agrega que tampoco el perito detalló cuales serían las reparaciones que deberían llevarse a cabo en el camión, ni cuales serían los repuestos necesarios o el valor de la mano de obra, limitándose a dar por cierto el importe consignado en el presupuesto.

Concluye en que la suma otorgada para reparar el daño material luce injustificadamente elevada y genera un beneficio económico desproporcionado en relación a los reales daños que pudo haber sufrido el vehículo de la víctima.

Sostiene que lo mismos sucede con la indemnización por privación de uso del automotor, ya que nuevamente aquí la a quo hace referencia al informe pericial, el que arbitrariamente determina en 60 días el tiempo de la reparación. Vuelve sobre el hecho que el informe fue realizado sin revisar el camión.

Mantiene la reserva del caso federal.

b) La parte actora se agravia por el importe otorgado en concepto de indemnización por daño material y privación de uso del automotor, y por el rechazo de la reparación por desvalorización del automotor.

Dice que toda privación de uso conlleva necesariamente una pérdida para el dueño de la cosa, máxime en el caso, en que se trata de un bien utilitario.

Recuerda que su parte demandó esta indemnización por tener inactivo el automotor que era utilizado en el desempeño de la actividad de comerciante.

Agrega que en ciertos casos la privación de uso da lugar, además, a un lucro cesante, y ello sucede cuando el

automotor es un instrumento para llevar a cabo una actividad que no ha podido continuar desarrollándose con la consiguiente frustración de ganancias.

Afirma que tanto el daño emergente como el lucro cesante son perjuicios patrimoniales; entrañando el primero un empobrecimiento, mientras que el segundo representa la pérdida de un enriquecimiento.

Sigue diciendo que cuando debe sustituirse un vehículo por otro u otros para proseguir desarrollando las tareas que se cumplían con el faltante, queda excluido el resarcimiento por lucro cesante, en tanto no se afectó la continuidad de la actividad comercial de la víctima y es por ello que su parte desistió de producir prueba respecto de este último, ya que se reclama por haber subsanado la falta del automotor por otras vías en su reemplazo, para no ver reducida su fuente de ingresos, es decir la privación de uso como daño emergente. Por ello, continúa su argumentación la recurrente, se solicitó, bajo este rubro, por los días que demandó la reparación del vehículo, a razón de $ 950,00 por día.

Aclara que el daño emergente se encuentra representado por las erogaciones requeridas para acudir a un medio de transporte sustitutivo. Cita doctrina.

Sostiene que no se encuentra controvertido en autos el uso del camión para transporte de áridos, y que está acreditado que el día del accidente, el automotor se encontraba cargado, en tanto que el informe del municipio local de fs. 123 señala que la actividad del actor es venta, acopio de áridos, alquiler de autos, máquinas, anexo servicio de contenedores para escombros.

Manifiesta que el perito determinó que la reparación del automotor llevaría 60 días, en tanto que la jueza de grado computa un valor diario de $ 300,00, dejando de lado los presupuestos acompañados.

Entiende que la jueza de grado no ha merituado que el alquiler del utilitario comercial del actor se mide en función de lo que está destinado a producir, por lo que su uso se mide conforme las utilidades que éste despliega en el giro comercial, debiendo tenerse en cuenta que para el alquiler se considera no sólo el tractor sino también la batea.

Cita otros medios probatorios rendidos en autos para concluir en que la privación de uso del automotor requiere de una indemnización de $ 70.000,00 más intereses.

Se queja por el rechazo de la indemnización por desvalorización del automotor, diciendo que el perito ha determinado una pérdida del 10%.

Reconoce que la pericia es pobre en sus argumentos, pero considera que no es el único material objetivo con el que ha podido contar la a quo. Señala las fotografías de fs. 398/410 como suficientemente ilustrativas del daño sufrido por el automotor, encontrándose entre los repuestos presupuestados, una barra de dirección, extremo, cardan, cabina, puentes de motor, tacos, etc.

Argumenta que la depreciación venal es la especie dentro de la desvalorización, y constituye un capítulo indemnizatorio autónomo, en cuanto no coincide con el daño emergente derivado del costo de la reparación del vehículo.

c) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios de su contraria a fs. 468/472.

Dice que el a quo calculó la indemnización por privación de uso del automotor tomando en cuenta todo lo requerido por el actor en su expresión de agravios.

Con respecto a la pérdida del valor venal, reconoce que hay supuestos en que la refacción del vehículo no logra devolverlo a la situación precedente al hecho, pero afirma que esos casos tienen que estar debidamente probados para que el sentenciante declare procedente la indemnización.

Dice que en autos no quedó acabadamente probado el extremo invocado, en tanto el perito habló solo de una probabilidad de que el rodado se desvalorice, y sin fundamento alguno.

Cuestiona la utilización de las fotografías para acreditar la pérdida del valor venal, sosteniendo que de ellas no puede deducirse, a ciencia cierta, si el vehículo, luego de las reparaciones y los cambios de piezas, persistirá con defectos que afecten su valor de reventa. Cita jurisprudencia.

Mantiene la reserva del caso federal.

d) La parte actora contesta el traslado del memorial de agravios de la demandada a fs. 471/472.

Entiende que el recurso no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate los agravios, afirmando que el automotor de su parte, cargado con arena, debido a la imprudente maniobra del camión de propiedad de la demandada, tuvo que hacer una maniobra evasiva y terminó en el desagüe paralelo al camino, por lo que los daños que muestran las fotografías tienen relación causal con la mecánica del hecho; en tanto que el perito ha dicho que los daños que muestran las fotografías y los presupuestos coinciden, informando que ha consultado en comercios y talleres sobre valores de repuestos y mano de obra, coincidiendo los valores con los presupuestados.

II.- Ambas partes se agravian por la cuantía y extensión de la reparación determinada en la sentencia de grado, habiendo quedado firme todo lo concerniente a la mecánica del accidente y a la exclusiva responsabilidad del conductor del camión de la parte demandada en la producción del hecho dañoso.

En lo que refiere a los gastos de reparación del vehículo, no encuentro que los agravios de la demandada puedan conmover lo decidido por la jueza de grado.

En este agravio asiste razón a la parte actora en lo concerniente al incumplimiento de la manda del art. 265 del CPCyC, ya que la crítica de la parte demandada no pasa de ser una mera disconformidad con la opinión de la jueza de grado.

De los Considerandos del fallo recurrido surge que la a quo fijó la suma de $ 43.092,00 en concepto de indemnización por los daños materiales que presenta el camión de la parte actora con fundamento en la pericia mecánica, respondiendo expresamente a las objeciones que plantea la demandada en su expresión de agravios. Así, dice la jueza de primera instancia: "…encuentro que los daños descriptos en los presupuestos resultan ajustados al informe de la Asociación de Bomberos ya referido, el que ubicó los daños en el frente del camión Fiat Iveco. Es que si tenemos presente que el camión Fiat Iveco terminó su derrotero en un desagüe luego de haber chocado de frente, los daños descriptos en los presupuestos aparecen verosímiles con esa mecánica".

Sobre esta conclusión nada dice el recurrente, reiterando sus objeciones respecto a evaluar la producción de los daños a partir de las fotografías.

En cuanto al costo de la reparación, el perito ha sostenido que los valores de los que dan cuenta los presupuestos, en cuanto a repuestos y mano de obra, son coincidentes con los de plaza, no existiendo en autos ningún elemento probatorio que contradiga esta conclusión.

En consecuencia, el presente agravio ha de ser desestimado.

III.- En lo que refiere a la indemnización por privación de uso del automotor, ambas partes cuestionan el importe fijado para la reparación, una por alto, la otra por bajo.

Héctor Eduardo Leguisamón explica que esta partida indemnizatoria apunta a los perjuicios que causa, durante el lapso que demandan los arreglos, la indisponibilidad de un automóvil, puesto que el damnificado, lógicamente, se ve privado de su uso debiendo, además de la incomodidad que ello supone, recurrir en su reemplazo a otros medios de transporte, y que en el caso que el vehículo sea utilizado para una actividad profesional, el perjuicio se acrecienta (cfr. aut. cit., "Derecho Procesal de los Accidentes de Tránsito", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2013, T. II, pág. 89/92).

En autos se encuentra probado que el actor tenía afectado el vehículo dañado a su actividad comercial, la que, conforme lo informa la Municipalidad de Neuquén a fs. 123, consiste en "oficina de venta, acopio de áridos, alquiler de automóviles sin chofer, maquinarias y equipos, anexo servicio de contenedores para retiro de escombros".

El testigo Carlos Daniel Moyano, chofer del camión del actor, dice que el vehículo que conducía en el momento del accidente es un camión, chasis y acoplado, y que carga 18 metros de áridos; que cuando sucedió el accidente transportaba arena, y que realizaba cuatro viajes diarios (acta de fs. 128/vta.).

Luego, del informe pericial mecánico surge que la reparación del camión demandará aproximadamente 60 días.

Si tomamos en cuenta estas pruebas, y los informes de fs. 267 y fs. 332, que dan cuenta del precio mensual y diario del alquiler de un vehículo de las características del siniestrado, entiendo que asiste razón a la actora en orden a que la indemnización por privación de uso del automotor debe ser elevada.

Efectuando un promedio entre los valores informados, la indemnización por privación de uso del automotor se fija en la suma de $ 63.500,00.

En este aspecto la a quo ha señalado que toma el valor de $ 300,00 por día, en el entendimiento de que "el valor del alquiler mensual de un camión de esas características no representa estrictamente la pérdida en cuestión", pero no explica en que elementos objetivos funda esta apreciación, por lo que la sentencia, en esta conclusión, no aparece como razonablemente fundada.

IV.- Resta por analizar la queja de la actora referida al rechazo de la indemnización por pérdida del valor venal.

La jurisprudencia tiene dicho que la indemnización por pérdida del valor venal del vehículo es procedente cuando de la naturaleza de los desperfectos resulten secuelas importantes, capaces de suscitar desconfianza en eventuales compradores o disminuir su precio, no obstante un eficiente trabajo de reparación (cfr. Cám. Nac. Apel. Civil, Sala I, "Damiani c/ Bazán", cit, por Leguisamón, Héctor Eduardo, op. cit., pág. 93).

En autos, el informe pericial mecánico determina que, dada la magnitud de los daños producidos en el vehículo de la actora, es muy probable que queden secuelas estructurales que indiquen que ha sufrido un choque, apreciando que el valor de reventa se afectará en un 10% en menos (fs. 313).

La a quo sostiene que esta prueba no resulta suficiente para acreditar la disminución del valor venal del vehículo, toda vez que el perito no explica por qué si se le han de cambiar todas las piezas dañadas, persistirá el daño.

No comparto totalmente la opinión de la magistrada de grado. En realidad, para que se configure la disminución del valor venal del automotor no es necesario que el daño persista no obstante la reparación, sino que, más allá del buen arreglo, el vehículo presente indicios o secuelas del daño sufrido.

Es cierto que debió el experto fundar más acabadamente su conclusión, pero ello no quita que ha determinado que, con muy alta probabilidad, la reparación no ha de impedir que se afecte su valor venal, estimando la disminución en un 10%.

Por ende, entiendo que debe hacerse lugar a esta indemnización. Para fijar su monto parto de los valores informados por el perito a fs. 313, y promediando los mismos, la indemnización por pérdida del valor venal se fija en la suma de $ 17.000,00.

V.- Por lo hasta aquí dicho propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la demandada y de la citada en garantía, y hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora.

En consecuencia, se modifica parcialmente el resolutorio apelado, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 123.592,00.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la demandada y citada en garantía perdidosas (art. 68, CPCyC), regulando los honorarios profesionales de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ..., ..., y ... en el 30% de la suma que, por igual concepto y por su actuación en la primera instancia, se determine para cada uno de ellos (art. 15, ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 435/442, y en consecuencia, incrementar el capital de condena en la suma de $ 123.592,00.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la demandada y citada en garantía perdidosas (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ..., ..., y ... en el 30% de la suma que, por igual concepto y por su actuación en la primera instancia, se determine para cada uno de ellos (art. 15, ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

"S. S. V. S/ SITUACION LEY 2212" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 74737/2016) – Interlocutoria: 343/16 – Fecha: 29/09/2016

DERECHO PROCESAL: MEDIDA CAUTELAR.

VIOLENCIA FAMILIAR. DENUNCIADO. INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS ORDENADAS. SANCIONES. ARRESTO. ARRESTO DOMICILIARIO. VALORACION DE LA CONDUCTA DEL DENUNCIADO. CUMPLIMIENTO EN COMISARIA. ASTREINTES. TRATAMIENTO TERAPEUTICO.

1.- No le asiste razón al denunciado respecto a que con carácter previo a disponer su arresto debe aplicarsele la sanción de astreintes. El art. 28 de la ley 2.785 dispone que frente al incumplimiento de las medidas ordenadas, el juez debe aplicar alguna de las sanciones que indica. No surge del texto legal que una de ellas sea obligadamente previa a la otra. Es el magistrado quién elige la sanción a aplicar teniendo en cuenta la gravedad del incumplimiento. Lógicamente siempre resulta conveniente comenzar aplicando las sanciones menos gravosas, pero si el incumplimiento lo amerita no existe impedimento alguno para sancionar la inconducta con la pena más extrema, en este caso el arresto.

2.- Tampoco encuentro conveniente disponer un arresto domiciliario, desde el momento que la conducta de la persona denunciada, remisa a acatar las órdenes judiciales, hace presumir que no cumplirá con esta medida si se permite que sea de carácter domiciliario. Ahora bien, teniendo en cuenta las consecuencias que puede tener la medida dispuesta respecto del trabajo del denunciado, y su condición de sostén de familia –extremo que surge de las constancias de autos-, se hará saber a la autoridad policial que de los cinco días de arresto, los dos primeros o los dos últimos deben coincidir con el fin de semana.

3.- Finalmente, entiendo que asiste razón al apelante respecto de la importancia de los tratamientos terapéuticos, aunque no como medida sustitutiva de la sanción de arresto, sino complementaria. Por lo tanto, entiendo que debe complementarse la medida adoptada por la a quo en la resolución recurrida, emplazando al señor M. O. A. a someterse a tratamiento psicoterapéutico, con la modalidad y duración que indique el profesional tratante, debiendo acreditar tal extremo en autos, en forma mensual, mediante la correspondiente certificación, bajo apercibimiento de aplicar astreintes por cada incumplimiento.

5.- Asimismo, corresponde oficiar al señor Ministro de Gobierno y Justicia de la Provincia del Neuquén con el objeto que se brinde al señor A. el tratamiento que éste requiera a efectos de encauzar su conducta, asegurando que la prestación del mismo sea inmediata y continuada, por el tiempo que indique el profesional tratante (arts. 5 y 6 de la ley 2.785).

Texto completo:

NEUQUEN, 29 de Septiembre del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "S. S. V. S/ SITUACION LEY 2212", (Expte. Nº 74737/2016), 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 persona denunciada planteó recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución interlocutoria de fs. 154 vta./155 vta., que ordena su arresto por el término de cinco días, de acuerdo con lo previsto en el art. 28 inc. b) de la ley 2.785.

Rechazada la reposición, se concede el recurso de apelación (fs. 178).

a) El recurrente se agravia por entender que la a quo ha pasado por alto que el art. 28 de la ley 2.785 prevé previamente una sanción de astreintes, entendiendo que la imposición de esta sanción era previa a la medida adoptada.

Agrega que el art. 25 inc. r) de la ley 2.785 establece la asistencia de la persona denunciada a programas de índole reflexiva a efectos de procurar reencauzar su conducta, señalando que dicha medida cautelar sería la más adecuada para el denunciado, toda vez que de cumplirse con el arresto se causaría un grave perjuicio a todo el grupo familiar por ser único sostén de familia.

Subsidiariamente solicita que la medida de arresto sea de carácter domiciliaria, sosteniendo que este pedido obedece a razones de protección de índole corporal, atento las denuncias de apremios ilegales que realizara con fecha 12 de junio de 2016.

b) La denunciante contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 184/vta.

Dice que los reiterados incumplimientos fue lo que motivó la custodia permanente en su domicilio, habiendo incluso el demandado concurrido al colegio de los hijos con un cuchillo.

Sigue diciendo que la gravedad de la situación es evidente y que el accionar del denunciado es soberbio, con poco apego a la ley, destacando lo informado por el Oficial Notificador en orden a que el apelante dijo que no le importaba ir preso y que la iba a matar.

Sostiene que las astreintes no cumplen con la finalidad que se requiere en estas actuaciones.

c) A fs. 189 obra dictamen de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, propiciando la confirmación de la resolución recurrida.

d) A fs. 190 el denunciado señala que el juzgado de origen no ha cumplido con la audiencia prevista en la ley 2.785, peticionando que ella se lleve a cabo en esta instancia.

II.- He de referirme, en primer lugar, al pedido de audiencia formulado por el denunciado.

Si bien es cierto que la ley 2.785 prevé en su art. 23 la celebración de audiencia, dentro de las 48 horas de denunciados los hechos, también en su art. 25 habilita la adopción de medidas cautelares, "aún antes de la celebración de la audiencia prevista en el art. 23".

Esto es lo que ha sucedido en autos: la jueza de grado adoptó medidas cautelares antes de la celebración de la audiencia, y este último acto procesal no se ha podido cumplir como consecuencia de los reiterados incumplimientos del recurrente frente a las órdenes y restricciones impartidas por la jueza de grado.

Desde el inicio de estas actuaciones se está tratando que el denunciado acate lo resuelto en sede judicial, sin resultado satisfactorio.

De ello se sigue que fue la misma conducta del denunciado la que ha obstaculizado, hasta el momento, el desarrollo normal del proceso.

Por ende no corresponde que sea la Cámara de Apelaciones quién lleve adelante la audiencia del art. 23 de la ley 2.785, ya que se trata de un acto reservado al juez de grado, y que no se ha cumplido hasta ahora, no por omisión de la magistrada, sino por imposibilidad derivada de la conducta del denunciado.

En tanto el denunciado cumpla con las medidas cautelares dispuestas, podrá ser oído personalmente por la jueza de primera instancia.

No se hace lugar, entonces, al pedido de celebración de audiencia en esta instancia.

III.- Ingresando al análisis de los agravios de autos, no asiste razón al recurrente respecto a que con carácter previo a disponer el arresto debe aplicarse la sanción de astreintes.

El art. 28 de la ley 2.785 dispone que frente al incumplimiento de las medidas ordenadas, el juez debe aplicar alguna de las sanciones que indica. No surge del texto legal que una de ellas sea obligadamente previa a la otra. Es el magistrado quién elige la sanción a aplicar teniendo en cuenta la gravedad del incumplimiento.

Lógicamente siempre resulta conveniente comenzar aplicando las sanciones menos gravosas, pero si el incumplimiento lo amerita no existe impedimento alguno para sancionar la inconducta con la pena más extrema, en este caso el arresto.

El apelante no cuestiona los incumplimientos reiterados que le atribuye la jueza de grado en su resolutorio, por lo que debo tener los mismos por efectivamente acaecidos; en tanto tampoco cuestiona el recurrente la correlación entre la gravedad de la sanción (privativa de la libertad ambulatoria), y la falta cometida, por lo que esta Cámara se encuentra impedida de abordar tal análisis.

Tampoco encuentro conveniente disponer un arresto domiciliario, desde el momento que la conducta de la persona denunciada, remisa a acatar las órdenes judiciales, hace presumir que no cumplirá con esta medida si se permite que sea de carácter domiciliario.

Ahora bien, teniendo en cuenta las consecuencias que puede tener la medida dispuesta respecto del trabajo del denunciado, y su condición de sostén de familia –extremo que surge de las constancias de autos-, se hará saber a la autoridad policial que de los cinco días de arresto, los dos primeros o los dos últimos deben coincidir con el fin de semana.

IV.- Finalmente, entiendo que asiste razón al apelante respecto de la importancia de los tratamientos terapéuticos, aunque no como medida sustitutiva de la sanción de arresto, sino complementaria.

Miguel Braga Menéndez sostiene que la efectivización de las medidas cautelares decretadas por el juez puede considerarse como una primera etapa, y como un remedio eficaz ante la urgencia del caso, constituyendo un medio para neutralizar la situación de crisis, pero de ningún modo soluciona la raíz del problema. Es por ello, continúa el autor citado, que la segunda etapa del proceso debe apuntar a la rehabilitación, sociabilización y reorganización de las partes mediante la concurrencia a programas educativos o un adecuado tratamiento psicoterapéutico (cfr. aut. cit., "La violencia familiar. Análisis jurídico-social de un problema de actualidad", LL AR/DOC/10977/2003).

Si bien no nos encontramos en aquella segunda etapa del proceso, ya que aún no se logra el acabado cumplimiento de las medidas cautelares dispuestas por la a quo, lo cierto es que la gravedad de la conducta asumida por el denunciado requiere de una inmediata atención psicoterapéutica a efectos de minimizar los riesgos respecto de la denunciante y los hijos de la pareja.

No ignoro la controversia existente en torno a la eficacia de imponer un tratamiento en forma coactiva, pero lo cierto es que la ley 2.785 lo prevé expresamente (art. 25 inc. r), en tanto que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha dicho que el sometimiento de la familia a un tratamiento bajo mandato judicial es una medida cautelar y puede ser ordenada por el juez (cfr. Sala A, "R., S.I. c. T., C.E. s/inc. art. 250 CP -familia-", 14/6/1996; ídem, "C., L.M c. S., E. s/ den. viol. fliar", 25/9/2001; Sala C, "B., G.Z. c. L. , N.O. s/art. 250 CP", 11/12/2001). Agrego que el mismo recurrente ha señalado

la necesidad de llevar a cabo un tratamiento para superar la problemática.

Consecuentemente, entiendo que debe complementarse la medida adoptada por la a quo en la resolución recurrida, emplazando al señor M. O. A. a someterse a tratamiento psicoterapéutico, con la modalidad y duración que indique el profesional tratante, debiendo acreditar tal extremo en autos, en forma mensual, mediante la correspondiente certificación, bajo apercibimiento de aplicar astreintes por cada incumplimiento.

Asimismo, corresponde oficiar al señor Ministro de Gobierno y Justicia de la Provincia del Neuquén con el objeto que se brinde al señor A. el tratamiento que éste requiera a efectos de encauzar su conducta, asegurando que la prestación del mismo sea inmediata y continuada, por el tiempo que indique el profesional tratante (arts. 5 y 6 de la ley 2.785).

V.- Por lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo no hacer lugar a la audiencia peticionada por el recurrente; hacer lugar parcialmente al recurso de apelación del denunciado, y complementar el resolutorio apelado disponiendo a) que se haga saber a la autoridad policial que los dos primeros días o los dos últimos días del período de arresto deben coincidir con el fin de semana (sábado y domingo); b) emplazar al señor M. O. A. a someterse a tratamiento psicoterapéutico, con la modalidad y duración que indique el profesional tratante, debiendo acreditar tal extremo en autos, en forma mensual, mediante la correspondiente certificación, bajo apercibimiento de aplicar astreintes por cada incumplimiento; c) oficiar al señor Ministro de Gobierno y Justicia de la Provincia del Neuquén a fin que se brinde al señor M. O. A. el tratamiento psicoterapéutico que este requiere para encauzar su conducta, asegurando que la prestación del mismo sea inmediata y continuada, por el tiempo que indique el profesional tratante (arts. 5 y 6, ley 2.785), confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

En atención a la materia sobre la que versa esta causa, y teniendo en cuenta el éxito obtenido, las costas por la actuación en la presente instancia se imponen en el orden causado (arts. 69, 68 2da. parte y 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.- No hacer lugar a la audiencia peticionada por la recurrente.

II.- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación del denunciado, y complementar el resolutorio de fs. 154 vta. /155 vta. disponiendo: a) que se haga saber a la autoridad policial que los dos primeros días o los dos últimos días del periodo de arresto deben coincidir con el fin de semana (sábado y domingo); b) emplazar al señor M. O. A. a someterse a tratamiento psicoterapéutico, con la modalidad y duración que indique el personal tratante, debiendo acreditar tal extremo en autos, en forma mensual, mediante la correspondiente certificación, bajo apercibimiento de aplicar astreintes por cada incumplimiento; c) oficiar al señor Ministro de Gobierno y Justicia de la Provincia del Neuquén a fin de que brinde al señor M. O. A. el tratamiento psicoterapéutico que este requiere para encauzar su conducta, asegurando que la prestación del mismo sea inmediata y continuada, por el tiempo que indique el profesional tratante (arts. 5 y 6 ley 2.785), confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen en el orden causado, en atención a la materia sobre la que versa esta causa, y teniendo en cuenta el éxito obtenido (arts. 69, 68 2da. parte y 71 CPCyC).

III.- Diferir la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES – Secretaria

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

"BENEGAS LUIS GUILLERMO C/ BAKER HUGHES ARGENTINA S.R.L. S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 506133/2015) – Interlocutoria: 442/16 – Fecha: 01/12/2016

DERECHO PROCESAL: Actos procesales.

RESOLUCIONES JUDICIALES. EXCEPCION DE COSA JUZGADA.

1.- Corresponde confirmar la sentencia de grado mediante la que se hace lugar a la excepción de cosa juzgada articulada por la demandada, pues, como se clarificó en la sentencia dictada por la Sala en la causa n° 372709/2008 (resolutorio de fecha 13 de mayo de 2012), lo que el actor pretendió fue el pago de: a) diferencias en las indemnizaciones derivadas del despido incausado y en el SAC como consecuencia del erróneo cómputo de la antigüedad del trabajador, la aplicación del tope previsto en el art. 245 de la LCT y la no inclusión en la remuneración del adicional por disponibilidad; b) el pago del agravamiento indemnizatorio previsto en el Decreto n° 1433/05, que regula la disposición del art. 16 de la Ley 25.562; c) diferencias salariales por erróneo encuadramiento en la categoría laboral, diferencias salariales por omisión de pago del adicional por disponibilidad y por horas extras; d) indemnización por moobing; y en este trámite, lo que reclama es la reincorporación a su anterior puesto de trabajo y el reconocimiento de los salarios caídos, por considerar ese despido como discriminatorio. Tal escenario me lleva a la única conclusión que el tema propuesto en segundo término implica volver a juzgar los efectos y consecuencias del despido del actor, aspecto que como dije, ya fue analizado por la titular del Juzgado Laboral n° 2 y por esta Sala, al decidirse con autoridad de cosa juzgada que el acto rescisorio era incausado, con más una condena a la ex empleadora respecto de créditos provenientes de esa extinción contractual inmotivada. (del voto del Dr. Gigena Basombrío, en mayoría).

2.- El despido es un acto permitido y lícito, traduciéndose la antedicha protección en las distintas indemnizaciones cuando la ruptura de la relación laboral es sin causa o la causa invocada no resulta suficiente para justificar el distracto. Esta protección es la que se debatió –en lo que refiere a su cuantía- en el marco del expediente n° 372.709/2008. En la presente causa, el actor requiere la nulidad de aquél despido, su reinstalación en el puesto de trabajo y la percepción de los salarios caídos, ello con fundamento en la ley 23.592.

No voy a discutir que se trata de un mismo hecho, el despido del trabajador, pero entiendo que el marco de análisis de ese despido, y la imputación jurídica son

diferentes en ambos casos, por lo que no puede hablarse de una identidad de pretensiones, circunstancia que obsta a la configuración de la cosa juzgada. (del voto de la Dra. Clerici, en minoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 1 de Diciembre del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BENEGAS LUIS GUILLERMO C/ BAKER HUGHES ARGENTINA S.R.L. S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS", (Expte. N° 506133/2015), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 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 con el orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La parte actora apela la resolución de fs. 209/212 vta., mediante la que se hace lugar a la excepción de cosa juzgada articulada por la demandada.

En su memorial de fs. 354/356 vta., manifiesta que la causa "Benegas c/ Baker Hughes Argentina s/ Despido otras causales", (Expte. N° 372709/2008) y la presente se tratan de dos pretensiones totalmente distintas.

Dice que lo pretendido en aquella fue el cobro de diversas sumas de dinero con un claro carácter indemnizatorio, mientras que lo que se intenta en este proceso es la declaración de nulidad del despido, por haber sido discriminatorio.

Sigue diciendo que no se tuvieron en cuenta los distintos aspectos de cada acto jurídico, y los explica.

Efectúa citas jurisprudenciales y señala que mal puede concluirse en que su pretensión ha sido obtener un pronunciamiento judicial que cumpliera con la manda constitucional de protección contra el despido arbitrario, dada la diferente identidad de objeto y que, en idéntico sentido, tampoco se cercena el derecho cancelatorio del pago efectuado por la contraria.

Reitera la confusión de las dos reivindicaciones y su postura, y peticiona.

La parte demanda replica los agravios a fs. 358/360 vta. en subsidio, y solicita se declare desierto el recurso.

II.- Preliminarmente, me referiré al pedido de deserción del recurso que solicita la parte demandada, en atención a que carecería de fundamentación.

Al efecto, teniendo presente lo dispuesto por el art. 265 del Ritual y analizados los términos del escrito recursivo, concluyo que exterioriza un mínimo de queja suficiente como para sustentar la apelación, razón por la cual, se procederá a su análisis.

Sentado ello, en función de los elementos de juicio y de los argumentos recursivos, anticipo que su disconformidad no alcanza a revertir lo resuelto por el magistrado de grado.

En efecto, el apelante expone los actos que a su entender darían pie a los distintos reclamos, pero no cuestiona mediante una crítica concreta y razonada el fundamento central del aquo en cuanto a que su intención fue obtener un pronunciamiento judicial que cumpliera con la manda constitucional de protección contra el despido arbitrario, no pudiendo considerar tras el ropaje de diferentes planteos la existencia de diferentes objetos (v. fs. 211 y vta.).

Así, y como se clarificó en la sentencia dictada por la Sala en la causa n° 372709/2008 (resolutorio de fecha 13 de mayo de 2012), lo que el actor pretendió fue el pago de: a) diferencias en las indemnizaciones derivadas del despido incausado y en el SAC como consecuencia del erróneo cómputo de la antigüedad del trabajador, la aplicación del tope previsto en el art. 245 de la LCT y la no inclusión en la remuneración del adicional por disponibilidad; b) el pago del agravamiento indemnizatorio previsto en el Decreto n° 1433/05, que regula la disposición del art. 16 de la Ley 25.562; c) diferencias salariales por erróneo encuadramiento en la categoría laboral, diferencias salariales por omisión de pago del adicional por disponibilidad y por horas extras; d) indemnización por moobing; y en este trámite, lo que reclama es la reincorporación a su anterior puesto de trabajo y el reconocimiento de los salarios caídos, por considerar ese despido como discriminatorio.

Tal escenario me lleva a la única conclusión que el tema propuesto en segundo término implica volver a juzgar los efectos y consecuencias del despido del actor, aspecto que como dije, ya fue analizado por la titular del Juzgado

Laboral n° 2 y por esta Sala, al decidirse con autoridad de cosa juzgada que el acto rescisorio era incausado, con más una condena a la ex empleadora respecto de créditos provenientes de esa extinción contractual inmotivada.

A más de ello, partiendo de la base que el instituto procesal de la cosa juzgada responde a una exigencia de seguridad jurídica, y de seguirse la postura del quejoso, aquella se vería seriamente afectada pues implicaría el replanteo de un mismo asunto a poco que se aprecie que en ambos procesos (el actual y el pasado en autoridad de cosa juzgada) se reclama respecto de un mismo acto disolutorio producido por la demandada.

Entender lo contrario, y a riesgo de repetirme, no solo implicaría desconocer lo ya resuelto y firme, sino que también posibilitaría la reiteración indefinida de reclamos judiciales.

III.- Por los motivos expuestos, propongo al Acuerdo la confirmación de la resolución apelada, con costas de segunda instancia a cargo del vencido actor (art. 68, Código Procesal). Los honorarios profesionales se regularán en el 30% de lo que les ha correspondido por la instancia anterior (art. 15, Ley arancelaria).

La Dra. Patricia Clerici dijo:

Habiendo efectuado un detenido análisis de la resolución del aquo, de las postulaciones de las partes, y de las constancias de la causa, he llegado a la conclusión de que no se encuentra configurada la cosa juzgada a la cual se ha hecho lugar en el resolutorio recurrido, aunque reconozco la complejidad de la cuestión.

En autos "Pozzi c/ Banco de La Pampa" (P.S. 2012-IV, n° 121) sostuve que "Tradicionalmente se requiere que existan tres elementos comunes (sujeto, objeto y causa), a efectos de determinar si media identidad de cuestiones entre la sentencia dictada en un pleito y el nuevo juicio promovido.

"Sin embargo, esta triple identidad no es exigida en disposición legal alguna, ni de forma ni de fondo; en tanto que no siempre esos tres elementos tienen la misma incidencia en todos los casos, ni constituyen una cuestión ineludible, por lo que adhiero a la posición doctrinaria y jurisprudencial que otorga al juez un amplio arbitrio, sin sujeción a criterios rígidos, para establecer si los pleitos son, en su conjunto, idénticos y por ello la sentencia dictada en uno tiene efecto de cosa juzgada en el otro (cfr. De los Santos, Mabel,

"Excepción de cosa juzgada" en "Excepciones Procesales" dirig. por Jorge W. Peyrano, Ed. Panamericana, 1993. pág. 138/140). La jurisprudencia tiene dicho que lo que importa, en materia de cosa juzgada, es que examinada la cuestión integralmente, pueda caracterizarse a la pretensión deducida como coincidente con una situación fáctica o jurídica ya resuelta por el órgano jurisdiccional (cfr. Cám. 1° Apel. Civ. y Com. La Plata, Sala 2°, 10/5/1990, "Jecomi S.C.A. c/

De Tomasso", causa n° 205833, base JUBA), o sea, que la sentencia firme haya decidido ya lo que forma parte de la nueva pretensión (cfr. Cám. Nac. Comercial, Sala B, 24/5/1990, "Jakim H.S. c/ Amparo Cía. de Seguros", cit. por De los Santos, Mabel, op. cit., pág. 168).

"Prefiero hablar, entonces, más que de triple identidad, de límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada. Los primeros aluden a que los efectos de la cosa juzgada alcanzan, en principio, a quienes han revestido el carácter de partes en el proceso en el cual se dictó la sentencia que adquirió aquella calidad. Los que no han sido partes en el juicio no son afectados por la cosa juzgada. Esta es la regla general, y ella no se encuentra vulnerada en autos desde el momento que las partes actora y demandada son las mismas personas que intervinieron en tal carácter en el proceso concluido.

"Los límites objetivos de la cosa juzgada están dados por la norma individual creada por el juez al sentenciar, y agrego que el contenido de la sentencia no se localiza sólo en su parte dispositiva, sino también en todas las declaraciones y afirmaciones que constituyen la premisa lógica necesaria de la decisión. Por ende, los considerandos o fundamentos revisten autoridad de cosa juzgada cuando importan un antecedente lógico de la decisión, formando un todo único e inescindible con la parte dispositiva, pues si hubo una oportuna investigación de la cuestión planteada, no puede dejarse de lado las argumentaciones del magistrado que examinó lo alegado por los justiciables y que sostuvieron la decisión definitiva de la litis (cfr. Cám. Nac. Apel. Civil, Sala I, 7/3/1997, "Litroup S.A. c/ Laboudigue", JA 2001-II, sínt.; Falcón, Enrique M., "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, T. III, pág. 681/686)".

Alfredo Alvarado Velloso habla de comparación de pretensiones a efectos de determinar si se encuentra configurada o no la cosa juzgada o caso juzgado, incluyendo en su análisis a los sujetos, al objeto y principalmente a la causa, desmembrada en hechos e imputación jurídica (cfr. aut. cit., "Lecciones de Derecho Procesal", Ed. Fundación para el

Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2012, pág. 168/170).

En el caso de autos no cabe duda en cuanto a que los sujetos intervinientes son los mismos que los del expediente n° 372.709/2008. Sin embargo, no comparto la opinión del aquo en cuanto a la identidad de causa, toda vez que el objeto no es igual en sendos procesos.

Entiendo que el error en el razonamiento del juez de grado, en mi opinión, es considerar que en ambos expedientes el actor persigue obtener la protección contra el despido arbitrario. Ello no es así.

La protección contra el despido arbitrario que garantiza el art. 14 bis de la Constitución Nacional ha sido plasmada, a nivel infraconstitucional, por la Ley de Contrato de Trabajo. El régimen de estabilidad impropia que consagra la LCT es la protección que ha entendido el legislador como adecuada a la manda constitucional.

En ese marco de análisis el despido es un acto permitido y lícito, traduciéndose la antedicha protección en las distintas indemnizaciones cuando la ruptura de la relación laboral es sin causa o la causa invocada no resulta suficiente para justificar el distracto.

Esta protección es la que se debatió –en lo que refiere a su cuantía- en el marco del expediente n° 372.709/2008.

En la presente causa, el actor requiere la nulidad de aquél despido, su reinstalación en el puesto de trabajo y la percepción de los salarios caídos, ello con fundamento en la ley 23.592.

No voy a discutir que se trata de un mismo hecho, el despido del trabajador, pero entiendo que el marco de análisis de ese despido, y la imputación jurídica son diferentes en ambos casos, por lo que no puede hablarse de una identidad de pretensiones, circunstancia que obsta a la configuración de la cosa juzgada.

La ley 23.592 no alude solamente al despido o al contrato de trabajo. Su alcance es general y su motivación va más allá que la protección contra el despido arbitrario. La finalidad de la ley es prohibir la comisión de actos o conductas discriminatorias, sancionándolas con la nulidad, toda vez que la consecuencia de la calificación de un acto o de una conducta como discriminatorias es dejar sin efecto el acto o hacer cesar la conducta (y sin perjuicio de la reparación de los daños ocasionados).

Eduardo Álvarez señala que la disposición legal referida prevé la posibilidad de declarar la ineficacia del acto reprochable que estaría equiparado al acto jurídico de objeto prohibido al que alude el art. 953 del Código Civil (caracterización que perdura en el Código Civil y Comercial, art. 279), y que si responde al ejercicio de un derecho o de una facultad, será asimilable, incluso, a la figura del abuso (cfr. aut. cit., "Reflexiones acerca del despido por discriminación", Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2008-2, pág. 29).

Son dos calificaciones diferentes. Un despido puede ser incausado o sin causa suficiente, pero no discriminatorio; como así también un despido incausado o sin causa suficiente puede ser también un acto discriminatorio.

Se trata de dos conductas diferentes, la una, despedir sin invocar causa para ello o con una causa que no justifica la decisión adoptada, y sus consecuencias jurídicas; la otra, despedir por razones que importan una discriminación hacia el trabajador, y sus propias consecuencias jurídicas.

En un ámbito del derecho diferente al del derecho del trabajo, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón (Sala I, 19/6/1980, LL 1981, pág. 204) resolvió que no existía cosa juzgada en la acción de nulidad del matrimonio sobre la base del divorcio decretado judicialmente, porque las acciones de divorcio y nulidad de matrimonio son dos pretensiones distintas, no existiendo el riesgo de decisiones contradictorias.

Mutatis mutandi, el razonamiento es igual para el sub lite. En el expediente n° 372.709/2008 se partió del despido sin causa del trabajador, habiéndose discutido la procedencia de las diferencias en los montos de las indemnizaciones abonadas por la empleadora, generadas por el erróneo cálculo de su antigüedad y la no inclusión en la remuneración base del cálculo del adicional por disponibilidad, y por la aplicación del tope previsto en el art. 245 de la LCT; el pago de la indemnización del art. 16 de la ley 25.562; diferencias salariales por erróneo encuadramiento convencional e indemnización por moobing. Como vemos, no se discutió sobre la causa del despido toda vez que la empleadora despidió sin invocación de causa.

Genera dudas la pretensión del actor de la indemnización por daño moral como consecuencia del moobing, pero, como se señaló en el fallo citado de la Cámara de Apelaciones de Morón, son dos acciones distintas, en una se

persigue una reparación del daño moral, en tanto que en la otra se pretende la nulidad del despido. Además de existir diferencias entre el acoso laboral y el acto discriminatorio definido por el art. 1 de la ley 23.592.

Es cierto que la pretensión de nulidad del despido podría haberse planteado conjunta o subsidiariamente con el reclamo sobre diferencias salariales y en las indemnizaciones ya abonadas por el empleador, pero no era una acumulación obligatoria para el actor, ya que se trata, reitero, de dos acciones distintas.

La condena abonada por la empleadora en el proceso ya concluido no impide tampoco considerar que no existe cosa juzgada. En todo caso, y eventualmente, podría ser motivo de una compensación.

Por lo dicho, es que entiendo que no se dan en autos los presupuestos necesarios como para tener por configurada la cosa juzgada, por lo que la resolución recurrida debe ser revocada, con costas, en ambas instancias, en el orden causado, dado la complejidad ya señalada de la cuestión traída a conocimiento de la Alzada, la que, además, es opinable (art. 69, CPCyC).

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. Marcelo J. MEDORI, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto del Dr. Federico GIGENA BASOMBRÍO, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar la resolución de fs. 209/212 vta., con costas de segunda instancia a cargo del vencido actor (art. 68, Código Procesal).

II.- Regular los honorarios profesionales en el 30% de lo que les ha correspondido por la instancia anterior (art. 15, ley 1594).

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. MARCELO MEDORI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

"PAIARECCI ALEJANDRO C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 467754/2012) – Sentencia: 194/16 – Fecha: 20/10/2016

DERECHO LABORAL: Accidente de trabajo.

ACCIDENTE DE TRABAJO. INFORME PERICIAL. FALTA DE IMPUGNACION. VALORACION DE LA PRUEBA. EVALUACION DE LA INCAPACIDAD LABORAL. FORMULA DE BALTHAZARD. GRADO DE INCAPACIDAD LABORAL. CALCULO INDEMNIZATORIO. COMPUTO DE INTERESES.

1.- Cabe confirmar la decisión que luego de valorar la pericial médica concluye que el actor padece una limitación funcional de la rodilla derecha que le produce una incapacidad parcial, permanente y definitiva del 8,9% de la VTO, puesto que si la referida pericia no fue objeto de impugnación alguna por los interesados, las consideraciones generales en la expresión de agravios carecen de relevancia y debe estarse, por consiguiente, a las conclusiones del experto, al no jugar elementos

eficaces de convicción que me autoricen para apartarme de ellas, máxime cuando la parte recurrente tampoco utilizó el momento de los alegatos para cuestionar la eficacia probatoria del dictamen médico.

2.- En autos debe aplicarse la fórmula Balthazar o de incapacidad residual para calcular la indemnización derivada de un accidente. Por consiguiente al aplicar el 8,9% de incapacidad física sobre el 100% de capacidad del actor, nos queda una capacidad restante del 91,1%, y computando el 10% de incapacidad psíquica sobre esta capacidad restante, arribamos a una incapacidad psicofísica del 18,01%.

3.- [...] habiéndose producido la primera manifestación invalidante del accidente el día 13 de diciembre de 2010, antes de la publicación de la Ley 26.773 en el Boletín Oficial, ésta no rige para el caso de autos (art. 17 inc. 5).

4.- [...] se deberá revocar el fallo de grado, al dejarse sin efecto la suma establecida en la anterior instancia correspondiente al 20% del art. 3 Ley 26773 y la que resulta de aplicar el índice de actualización por RIPTE del 5,239.

5.- Respecto de los intereses moratorios, al no existir ya capital actualizado por índice RIPTE, corresponde adecuar la tasa del interés fijándola en la activa del Banco Provincia del Neuquén S.A., desde la fecha de la mora (13 de diciembre de 2010), hasta el 31 de julio de 2015 y desde el 1 de agosto de 2015 se aplicará la tasa que establezca el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido por el art. 768 inciso c) del CCC, o en su defecto hasta tanto se publiquen las mismas se utilizará la tasa activa del BPN S.A. hasta el efectivo pago.

Texto completo:

NEUQUEN, 20 de octubre de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "PAIARECCI ALEJANDRO C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART." (Expte. N° 467754/2012), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 4 a esta Sala III integrada por el Dr. Fernando Marcelo GHISINI y el Dr. Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia de primera instancia (fs. 228/242) hace lugar a la demanda laboral al tener por suficientemente fundada la incapacidad del actor del 18,9% de la VTO, con las pericias psicológica de fs. 155/157 y 170 (10% VTO) y médicade fs. 186/188 y 195 (8,9% VTO). Toma el importe que resulta de la fórmula del art. 14 de la LRT (53 veces el valor mensual del ingreso base -$6.906,58- multiplicado por 65 dividido 35 y aplicado el 18,90%, llega a la cifra de $128.483,11. A este importe le suma el adicional previsto en el art. 3 de la ley 26773.

Así entonces, la suma que resulta asciende a $154.179,74 ($128.483,11 + $25.696,63 del 20% del art. 3 Ley 26773), a ella le aplica el índice de actualización por RIPTE de 5,239 (desde enero de 2010 y hasta diciembre de 2015), y llega de 154.179,74 a $807.747,65.

En consecuencia, hace lugar a la demanda y condena a Prevención ART S.A. a abonar al demandante la suma de $807.747,65, con más los intereses desde la mora –diciembre de 2010- hasta el 31 de diciembre de 2015 (aplicación del Ripte) a una tasa del 12% anual y de allí hasta el efectivo pago, la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén

S.A., e impone las costas a cargo de la demandada vencida.

II.- La parte demandada interpone recurso de apelación a fs. 247/264, contra esa sentencia de grado.

Se agravia en primer lugar, por la valoración que realiza el a quo de la incapacidad dictaminada en la pericia médica, ya que si bien el porcentaje asignado es correcto, la limitación funcional que presenta el actor es producto de una enfermedad inculpable, como lo es la osteocondritis disecante, la cual dice, no guarda ninguna relación con los traumatismos.

Menciona, que la limitación funcional no deriva del accidente de trabajo sino de su enfermedad de origen individual, sin ninguna relación con el accidente denunciado, por lo que no corresponde fijar incapacidad por esta lesión.

En segundo lugar, cuestiona la valoración de la pericia psicológica, porque entiende que el diagnóstico de la licenciada no ha sido fundado ni se sustenta en la realidad, pues se trata de un accidente leve que no evidencia un trauma per se.

Considera, que la perito debió obtener la información necesaria en cuanto al tratamiento indicado por la ART y conocer que es lo que el actor denunció, sin embargo no surge de constancia alguna que el accionante haya denunciado un RVAN.

En tercer lugar, se agravia más allá de entender que no corresponde ponderar secuela psicológica alguna, que el a quo directamente haya sumado las incapacidades, y ha omitido aplicar el criterio de la capacidad restante.

En cuarto lugar, refiere que hubo una violación al principio de irretroactividad al aplicar la Ley 26.773.

Dice, que el inciso 6 del art. 17 de la Ley 26.773 establece que las prestaciones en dinero por incapacidad permanente, previstas en la Ley 24.557 y sus modificatorias, y su actualización mediante Decreto N° 1.694/2009 se ajustarán a la entrada en vigencia de la ley conforme al índice RIPTE publicado por la Secretaría de Seguridad Social desde el 1 de enero de 2010. Y que, esta norma se refiere solamente a las compensaciones dinerarias adicionales de pago único previstas en el art. 11, inciso 4, apartados a), b) y c) de la LRT y sus modificaciones.

Entiende, que el resultado de la fórmula del art. 14 no puede ser potenciado por índice RIPTE, ya que ello no se encuentra consignado en la norma y además porque estas prestaciones se actualizan en función de los incrementos salariales acordados en paritarias.

Agrega, que el art. 17 inc. 5 de la Ley 26.773 establece que las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero y en especie de la ley entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarán a las contingencias cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir del 26/10/2012.

Indica, que el inciso 6 no puede analizarse aisladamente del inc. 5, debiendo concluirse que las compensaciones adicionales que se actualizan a partir del 2010, son las correspondientes a contingencias sucedidas durante la vigencia de la Ley 26.773, y no puede aplicarse a accidentes sucedidos con anterioridad a su vigencia. Y que la única excepción a este régimen es el art. 17 inc. 7 de la Ley 26.773.

Sostiene, que el pronunciamiento de grado contradice la coherencia lógica de la norma que claramente indica que con la actualización de las prestaciones dinerarias se establece una actualización de las alícuotas, buscando de esa manera, un mantenimiento de la ecuación económico financiera y la intangibilidad del derecho de propiedad de ambas partes.

Interpreta, que se viola el derecho de propiedad de la ART y se pretende la aplicación retroactiva de una norma. Cita jurisprudencia.

Argumenta, que no se trata aquí de los efectos no cumplidos de relaciones jurídicas en curso, sino de la ley que gobierna el hecho generador de esa relación, que se consuma en el momento de su acaecimiento y bajo el régimen legal vigente en ese entonces, pues allí es donde nace el derecho pretendido y la obligación que es su correlato con sus alcances y extensión propia.

Considera, que las situaciones jurídicas, y con mayor razón las relaciones jurídicas quedan regidas en su forma, validez y efectos por la ley vigente en el momento de producirse.

Manifiesta, que en este esquema, el efecto inmediato de la ley consiste en que la nueva legislación toma la relación o situación jurídicas en el estado en que se encontraba al tiempo de ser sancionada, pasando a regir los tramos de su

desarrollo no cumplidos, en tanto que a los cumplidos se los considera regidos por la ley vigente al tiempo que se desarrollaron.

Alega, que todo aquello que se ha perfeccionado debe quedar bajo la égida de la misma ley, los hechos pasados que han agotado la virtualidad que le es propia, no pueden ser atrapados por la nueva ley, y si se los afecta, se incurre en retroactividad.

Refiere que en los accidentes de trabajo el consumo jurídico no se produce al tiempo de la sentencia condenatoria que sólo tiene efecto declarativo, ni al tiempo de la cancelación del crédito indemnizatorio, sino que proviene de una situación de hecho, que es la producción del daño al trabajador y que se exterioriza con la primera manifestación invalidante.

En quinto lugar, plantea la errónea interpretación del art. 3 del Código Civil, al decir que el a quo ha realizado una aplicación forzosa de este precepto, modificando pretorianamente la intención del legislador. La regla general es que las normas empiezan a regir hacia el futuro y que sus disposiciones serán aplicadas aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, pero que no tienen efecto retroactivo, salvo por disposición en contrario, que no existe en la Ley 26.773.

En sexto lugar, se queja del perjuicio económico y la afectación al derecho de propiedad de la ART, al imponer el fallo guarismos exorbitantes de lo que en definitiva resultaría de la aplicación de la Ley 24557 y la modificación de la ley 26773.

Aduce, que no puede excederse el límite de los términos del seguro, hecho que se estaría vulnerando con la aplicación retroactiva de la ley 26773, ya que los pagos de las primas tienen un correlato económico – financiero con los salarios de los trabajadores. Así como con los valores de las prestaciones que deban pagarse en caso de tener que responder por un dictamen de comisión, hecho que quedaría concretamente desatendido en caso de aplicación retroactiva de esta ley.

Expresa, que el sinalagma contractual del seguro tiene sus bases fundantes en su carácter financiero y ello no puede de ninguna forma ser afectado por terceros.

Cita el caso Espósito de la Corte Nacional y habla del apego por parte de los tribunales inferiores a la doctrina de la Corte.

Alega que hubo una incorrecta aplicación del Ripte y que se omitió aplicar el Decreto 472/14 y la Resolución 34/13 MTSyS.

Informa que hubo una errónea interpretación y aplicación del art. 3 de la Ley 26.773.

Apela por altos, los honorarios regulados a los letrados de la parte actora como apoderado y patrocinante; y los de los peritos Médico y psicóloga.

Hace reserva del caso federal.

A fs. 267/279 vta., contesta el traslado de la expresión de agravios la parte contraria, y solicita el rechazo del recurso con costas.

III.- Ingresando al examen del planteo de la parte demandada referido a la valoración de la prueba pericial médica, observo que el juez de grado ha explicado que del informe del perito médico acompañado a fs. 186/188 surge que el actor padece una limitación funcional de la rodilla derecha que le produce una incapacidad parcial, permanente y definitiva del 8,9% de la VTO siguiendo el baremo del Decreto 659/96.

Ahora bien, realizada la pericia, corrido el pertinente traslado, la ART demandada la impugna al solicitar su rectificación pues del líbelo de demanda y de los puntos de pericias contenidos en ella se desprende que se trataría de un traumatismo de rodilla derecha, y sin embargo el experto al ponderar la incapacidad del actor indicó: "Limitación funcional del hombro derecho" colocándole 6% VTO de incapacidad, siendo una dolencia totalmente ajena al accidente de trabajo.

El experto evacua el traslado a fs. 195, aclarando que donde se lee "hombro izquierdo" se debió estrictamente a un error de tipeo, ratificando que la lesión como se desarrolla en la pericia es en rodilla derecha, y el número calculado en la incapacidad, corresponde a dicha articulación según examen médico realizado al actor y su valor estimado según

baremo correspondiente. De ello se corrió un nuevo traslado, y recién ahí la demandada impugna el contenido de la pericia que ya conocía desde su primer cuestionamiento, lo cual ya se encontraba firme para ella.

De lo sintéticamente expuesto se desprende que la segunda impugnación de la aseguradora –basada en un informe de radiografía de rodilla derecha que figura en la pericia en la descripción de los antecedentes médicos del actor-, evidentemente no fue considera para la dilucidación del tema por el a quo, quien se ha fundado en las respuestas a los puntos de pericia formulados por las partes, criterio que el suscripto comparte.

Vale decir entonces, que esa ausencia de una oportuna protesta ante el dictamen pericial producido, permite afirmar que si la pericia no fue objeto de impugnación alguna por los interesados, las consideraciones generales en la expresión de agravios carecen de relevancia y debe estarse, por consiguiente, a las conclusiones del experto, al no jugar elementos eficaces de convicción que me autoricen para apartarme de ellas, máxime cuando la parte recurrente tampoco utilizó el momento de los alegatos para cuestionar la eficacia probatoria del dictamen médico.

De la lectura del informe pericial de fs. 155/157 y la respuesta al planteo impugnatorio de fs. 170, surge que asiste razón al sentenciante de primera instancia, y el ataque del recurrente no presenta argumentos suficientemente contundentes para hacer conmover los fundamentos de la experta en psicología en cuanto concluye que el actor presenta un RVAN de Grado II, al cual le corresponde el porcentaje de incapacidad del 10% (v. contestación al pedido de explicaciones de fs. 170).

En el dictamen de la perito psicóloga, luego de enumerar las pruebas practicadas se destaca: "el Sr. Alejandro Paiarecci realizaba mucha actividad física y cuidaba su figura. Ahora limitado en las actividades que puede realizar, siente que su aspecto físico no es el mismo, es decir que cambió negativamente, y esto lo angustia mucho. En sus dichos: "Me afectó el hecho de no poder hacer actividades. La estética me jode, siento que estoy gordo y que no puedo hacer gimnasia para estar bien". "Del resultado de las técnicas evaluadas se puede inferir que es una persona con adecuado desenvolvimiento cotidiano, pero que necesita contención afectiva. Si bien en el área de las relaciones sociales no presenta conflictos en las mismas le cuesta entablar nuevas relaciones de confianza e intimidad. Su estructura psíquica se encuentra bien constituida y no se aprecian alteraciones al nivel cognitivo ni neuronal (se descartan signos de organicidad en el test de Bender). Es una persona que posee buenas herramientas para defenderse de la adversidad, siendo las principales la defensa maniaca y la represión. Sin embargo en los gráficos se aprecia un monto de angustia que se debe a las dificultades que tiene para realizar actividades físicas. Finalmente en el test de Rorschach no aparen fenómenos especiales, lo que concuerda con lo evaluado en el resto de los test".

"Si bien el grado de patología que presenta no perturba su vida de relación ni su aspecto intelectual, si lo afecta a nivel emocional. Es decir que al perder cierta capacidad de realizar actividad física, pierde una fuente de placer y de descarga, así como la alteración de su aspecto físico del cual era muy cuidadoso. Estas pérdidas le generan el monto de angustia observada en la evolución, afectando negativamente su estado anímico".

Recomienda la psicóloga un tratamiento a realizar de acuerdo con el grado de la patología y señala que las conclusiones a las que arribara en su dictamen se basan en los resultados de las pruebas administradas.

Consecuentemente, teniendo en cuenta la situación de angustia que describe la perito en su informe, la que da cuenta que algún tipo de trastorno psicológico se encuentra presente en el accionante, que interfiere en su vida diaria, como así también que resulta razonable que él derive de la disminución en la funcionalidad de la rodilla derecha y su dificultad para recorrer largos trechos como lo hacía habitualmente en su trabajo o en la mayor intensidad que implica la práctica deportiva, entiendo que, al solo efecto de la reparación tarifada, el encuadramiento de la situación psíquica del actor como R.V.A.N. Grado II, asignándole, entonces, un 10% de incapacidad, ha sido correcto.

Ahora bien, ambas partes coinciden en que para determinar el porcentaje de incapacidad total del demandante, se debe aplicar el criterio de la capacidad restante o fórmula de Balthazar, que es lo que indica el decreto N° 659/1996, y en esto sí asiste razón al apelante. Así, al aplicar el 8,9% de incapacidad física sobre el 100% de capacidad del actor, nos queda una capacidad restante del 91,1%, y computando el 10% de incapacidad psíquica sobre esta capacidad restante, arribamos a una incapacidad psicofísica del 18,01%.

Con carácter previo a liquidar el nuevo capital de condena, corresponde analizar el agravio de la demandada

referido a la aplicación de la ley 26.773, extremo en que también le asiste razón.

En efecto, si bien reiteradamente he sostenido la aplicación de la nueva legislación a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes, entendiendo por tales la determinación de la incapacidad definitiva, la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo dictado en autos "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente-ley especial" (sentencia de fecha 7 de junio de 2016), me obliga a rever esta postura.

Es cierto que la aplicación de la Ley 26.773 a accidentes o enfermedades profesionales cuya primera manifestación invalidante se produjo antes de su publicación en el Boletín Oficial la he habilitado a través de la declaración de inconstitucionalidad de su art. 17 inc. 5, y no solamente invocando razones de justicia y equidad, supuesto este último al que refiere el fallo citado de la Corte Nacional; pero, de todos modos los argumentos que desarrolla el máximo tribunal federal, en especial cuando explica el por qué no puede acudirse a los precedentes "Calderón", "Arcuri Rojas" y "Camusso", son contrarios a los esgrimidos por el suscripto para determinar la inconstitucionalidad del precepto legal que delimita la aplicación de la ley en el tiempo, por lo que insistir con mi criterio resultaría un desgaste jurisdiccional inútil, reñido con los principios de economía y celeridad procesales, amén de una falta de respeto al valor moral que entrañan las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el que obliga al acatamiento por parte de los tribunales inferiores.

De lo dicho se sigue que, sin perjuicio de mi opinión personal y en virtud del precedente citado, habiéndose producido la primera manifestación invalidante del accidente el día 13 de diciembre de 2010, antes de la publicación de la Ley 26.773 en el Boletín Oficial, ésta no rige para el caso de autos (art. 17 inc. 5).

Corresponde liquidar el crédito del señor Paiarecci en base a la fórmula del art. 14 apartado 2) de la ley 24.557. Para ello tomo el salario base mensual determinado en la sentencia de grado ($ 6.906,59), el que no se encuentra cuestionado en esta instancia; la edad del trabajador al momento de la primera manifestación invalidante del accidente (35 años) y una incapacidad del 18,01%, y se obtiene un resultado de $ 122.432,84; monto que es superior al piso mínimo establecido por Decreto N° 1.694/2009 ($32.418), por lo que la demanda progresa por aquella suma.

A su vez, se deberá revocar el fallo de grado, al dejarse sin efecto la suma establecida en la anterior instancia correspondiente al 20% del art. 3 Ley 26773 y la que resulta de aplicar el índice de actualización por RIPTE del 5,239.

Respecto de los intereses moratorios, al no existir ya capital actualizado por índice RIPTE, corresponde adecuar la tasa del interés fijándola en la activa del Banco Provincia del Neuquén S.A., desde la fecha de la mora (13 de diciembre de 2010), hasta el 31 de julio de 2015 y desde el 1 de agosto de 2015 se aplicará la tasa que establezca el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido por el art. 768 inciso c) del CCC, o en su defecto hasta tanto se publiquen las mismas se utilizará la tasa activa del BPN S.A. hasta el efectivo pago.

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 recurrido, disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 122.432,84, y estableciendo la tasa del interés mencionada en el párrafo anterior.

Finalmente, al modificarse el monto de condena determinado en la sentencia de grado, se habrán de dejar sin efecto los honorarios regulados por el a quo, debiéndose proceder a una nueva liquidación en el momento previsto por el art. 51 de la Ley 921 y adecuar la regulación honoraria formulada en primera instancia, lo cual torna abstracto el tratamiento del recurso arancelario.

Las costas de Alzada se impondrán por su orden en atención al cambio de postura motivado en el reciente fallo del cimero Tribunal Nacional, y a cuyo efecto se deberán regular los honorarios de los profesionales que participaron en esta Cámara en el 30% de lo que se establecerá en la anterior instancia, con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

Tal mi voto.

El Dr. Medori Dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III,

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia de fecha 22 de junio de 2016, conforme los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de Alzada por su orden.

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes, en el 30% de lo que se establezca en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 LA).

4.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos 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

"MUÑOZ SOTO VICTOR MANUEL C/ CARINAO CARINAO RENE RAFAEL Y OTRO S/ D.Y.P.X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 473183/2012) – Sentencia: 197/16 – Fecha: 27/10/2016

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. PRIORIDAD DE PASO.

1.- Cabe confirmar la sentencia de grado que rechaza la acción de daños y perjuicio intentada por los actores, derivada de la colisión acaecida entre uno de ellos que conducía una motocicleta acompañado de la otra co-demandante, y el demandado que guiaba un automóvil, pues no se ha aportado prueba alguna que permita aún por presunciones atribuir responsabilidad al demandado, vía las excepciones legales que reglamenta la ley, quien en la intersección gozaba de la prioridad de paso por acceder desde la derecha respecto del sentido de circulación de los actores, como tampoco la posibilidad de atribuirle a aquel incidencia causal alguna, aún parcial en la producción de la colisión.

Concretamente, no se probó que el perseguido haya intentado girar hacia la izquierda, ni que circulara a exceso de velocidad, sin luces, o en forma desatenta, como tampoco que los actores hubieran superado la encrucijada cuando fueron embestidos.

2.- Debe confirmarse el decisorio impugnado que rechaza la acción de daños y perjuicio intentada por los actores, derivada de la colisión acaecida entre uno de ellos que conducía una motocicleta acompañado de la otra co-demandante, y el demandado que guiaba un automóvil, por cuanto si bien se discute en doctrina si en el caso de colisión entre rodados rige la presunción del art. 1.113 del Cód. Civil o si por

el contrario se anula, estimo que en el caso concreto se puede afirmar que se ha cumplido con la carga probatoria de ambos supuestos, y en definitiva quedó comprobada la culpabilidad del actor, que guiaba uno de aquellos, y víctima demandante, por violar la regla de prioridad de paso que regula el art. 41 de la Ley de Tránsito en el acceso a la encrucijada dónde se produjo la colisión.

Texto completo:

NEUQUEN, 27 de octubre de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MUÑOZ SOTO VICTOR MANUEL C/ CARINAO CARINAO RENE RAFAEL Y OTRO S/ D. Y. P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (Expte. Nº 473183/2012), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 2 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori dijo:

I.- Que los demandantes interponen sendos recurso de apelación contra la sentencia definitiva del 21 de marzo del 2.016 (fs. 229/232), expresando agravios el actor a fs. 247/253 en la causa MUÑOZ SOTO C CARINAO CARINAO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (EXTE. 473.183/12) y la actora a fs. 245/251 de la causa HENRIQUE MAYRA ALEJANDRA C/ CARINAO CARIAO S/ DAÑOS Y PEJRUICOS (EXTE. 473761/13).

En piezas idénticas, argumentan en primer lugar que al analizar la prueba desde la perspectiva del art. 377 del CPCyC la sentenciante hace una incorrecta aplicación de la normativa sustancial vigente, el art. 1113 del C.C., por el que existe una presunción de responsabilidad en cabeza del demandado sobre el que pesa la carga de probar alguna de las eximentes legales, la que deja de ser igualitaria tratándose de la colisión de un vehículo mayor, y que no basta alegarla; y al respecto, se ha probado que aquel circulaba a excesiva velocidad, sin luces y sin prioridad de paso, intentando realizar una maniobra de giro a la izquierda, cuando su parte ya había finalizado el cruce de la intersección, todo ello a tenor de lo informado por el único testigo y lo dictaminado por el perito.

Consideran que la juez de grado realiza una incorrecta determinación de la prioridad de paso, y que perecería que quien arriba a una esquina desde la derecha goza del derecho a arrasar todo cuanto tuviera adelante sin ningún tipo de reparo; y que imaginó una colisión a baja velocidad en la que el automóvil se detuvo al llegar a la ochava para superar un badén no explicando por qué continuó la marcha para embestir a la motocicleta, que ya había cruzado tres cuartos de la encrucijada, luego de trasponer el carril Este y promediaba el Oeste, asumiendo el vehículo mayor el carácter de embistente, conforme dictamen pericial, que concluye que aquel no atendió a la proximidad del rodado menor.

Subsidiariamente, para el supuesto que se entendiera que mediaron culpas concurrentes de los protagonistas del siniestro, solicitan así de lo declare y haga lugar a las demandas en las medida correspondiente; por último formular reserva del caso federal.

Corrido el pertinente traslado la parte demandada y citada en garantía contestan a fs. 255/257 y fs. 253/255 respectivamente de las causas antes citadas; manifiestan que al contestar la demanda invocaron la eximente de responsabilidad por culpa de la víctima; y que era a cargo de los actores acreditar su prioridad de paso, resultando imposible exigir la prueba de un hecho negativo, es decir, que su parte la había perdido; respecto a los dichos del testigo, la queja se basa en una mera discrepancia del recurrente, no creando persuasión por la discordancia con las propias manifestaciones del actor en sede penal, carente la expresión de agravios de una exposición jurídica que contenga el análisis serio, razonado y crítico para demostrar que es una conclusión errónea absurda.

II.- Que la única sentencia de grado que se dicta, rechaza la acción de daños y perjuicio intentada por los actores, con fundamento en el mismo marco fáctico derivado de la colisión acaecida el día 07.10.2012 a las 00:20 hs. entre uno de ellos que conducía una motocicleta por la Avda. del trabajador en sentido E-O acompañado de la otra co-demandante, y el demandado que guiaba un automóvil desde la calle Godoy de N. a S., al concluir que al detentar

este último la prioridad de paso por circular por la derecha aquellos no acreditaron la excepción alegada a dicha regla, esto es la pretensión de girar a la izquierda en la encrucijada; para ello considera lo admitido por uno de los actores en su declaración en sede penal, que los dichos del único testigo no son convincentes por contrariar aquel, y que el croquis del perito accidentológico demuestra que las calles se cortan en diagonal y no se ha acreditado el exceso de velocidad del demandado.

Que atento a la acumulación de las causas dispuesta con fecha 18.04.2013 y considerando que son iguales los cuestionamientos que se dirigen contra el pronunciamiento definitivo antes citado, habré de abordarlos en forma conjunta, y de corresponder, fijar la compensación económica a cada uno de los actores.

Así, reunidos los mínimos recaudos de admisibilidad del recurso planteado, observo que los actores para fundar su demanda habían alegado que se encontraban finalizando el cruce de la calle Godoy en su intersección con Avda. del Trabajador cuando fueron embestidos por el demandado, a quien le atribuyen que en forma imprevista realizó una maniobra de giro hacia la izquierda para ingresar a la última arteria, haber omitido colocar luz de giro, circular a excesiva velocidad y en forma desatenta y violentar la prioridad de paso, en los términos del apartado g)-3 del art. 41 de la Ley de Tránsito (fs. 3vta y 4 de ambas presentaciones).

Que el Art. 41 de la ley 24.449 expresamente dispone: "Prioridades. Todo conductor debe ceder siempre el paso en las encrucijadas al que cruza desde su derecha. Esta prioridad del que viene por la derecha es absoluta, y sólo se pierde ante: a) La señalización específica en contrario; b) Los vehículos ferroviarios; c) Los vehículos del servicio público de urgencia, en cumplimiento de su misión; d) Los vehículos que circulan por una semiautopista.

Antes de ingresar o cruzarla se debe siempre detener la marcha; e) Los peatones que cruzan lícitamente la calzada por la senda peatonal o en zona peligrosa señalizada como tal, debiendo el conductor detener el vehículo si pone en peligro al peatón; f) Las reglas especiales para rotondas; g) Cualquier circunstancia cuando: 1. Se desemboque desde una vía de tierra a una pavimentada; 2. Se circule al costado de vías férreas, respecto del que sale del paso a nivel; 3. Se haya detenido la marcha o se vaya a girar para ingresar a otra vía; 4. Se conduzcan animales o vehículos de tracción a sangre. Si se dan juntas varias excepciones, la prioridad es según el orden de este artículo.

Para cualquier otra maniobra, goza de prioridad quien conserva su derecha. En las cuestas estrechas debe retroceder el que desciende, salvo que éste lleve acoplado y el que asciende no".

Que 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).

Como bien analiza y concluye la sentenciante, no se ha aportado prueba alguna que permita aún por presunciones atribuir responsabilidad al demandado, vía las excepciones legales que reglamenta la ley, quien en la intersección gozaba de la prioridad de paso por acceder desde la derecha respecto del sentido de circulación de los actores, como tampoco la posibilidad de atribuirle a aquel incidencia causal alguna, aún parcial en la producción de la colisión.

Concretamente, no se probó que el perseguido haya intentado girar hacia la izquierda, ni que circulara a exceso de velocidad, sin luces, o en forma desatenta, como tampoco que los actores hubieran superado la encrucijada cuando fueron embestidos.

Que el croquis de fs. 21 de las actuaciones agregadas por cuerda "Carinao Carinao Rene Rafael s/ Lesiones Culposos Agravadas" (Exp. 62121/12), es elocuente de que los actores a bordo de la motocicleta no habían transpuesto siquiera la mitad de la senda unidireccional por la que se desplazaba el automóvil, conforme a que el impacto se produce a 2,40 mts. de la prolongación de la línea imaginaria E de aquella que tiene un ancho total de 7,90mts., y menos de la mitad de la que llevaba el motociclista (4,10ms en relación al total de 8,30mts. de ancho); es decir, es absolutamente inexacto sostener que los actores ya habían transpuesto la encrucijada.

Las propias declaraciones del conductor de la motocicleta ante la fiscalía describen la mecánica del accidente, y que pudo percibir con toda claridad que el rodado mayor se aproximaba desde su derecha: "antes de llegar al cruce con la calle Godoy, miro hacia los dos lados, siendo una zona de amplia visión y entonces ve que el auto venía bajando por la Godoy, a lo lejos, por lo que el declarante siguió con la mirada al frente y ve que el auto se le viene encima, no frenando, chocándolo al dicente" (fs. 73).

Lo expuesto también desplaza la circunstancia también invocada de que el automóvil circulaba sin luces, cuando admite haberlo visto venir, desplazando así todo análisis sobre tal cuestión.

Más aún, respecto de la velocidad explica que cuando "lo vio primeramente lo hacía a baja velocidad" (fs. 73vta), con lo que la ausencia de huellas que permitan establecerla, vuelve a dejar sin sustento a otro de los recaudos con los que intentó excepcionar la regla de la prioridad de paso que tenía el demandado; y de la misma forma respecto a que éste intentaba girar a la izquierda.

Por ello asombra y constituye absurdo que el experto en accidentología abone una hipótesis semejante que luego es invocada por los actores, como es sostener que gozaban de la prioridad de paso (fs. 124), cuando con sólo ver el croquis se acredita que éstos circulaban por la izquierda del demandado.

Tampoco puede pasar desapercibido la grave incorrección de informar que la prioridad derivaba de que habían avanzado "más de la mitad de la arteria", sin decir a cuál se refiere; y lo sumamente grave es que informe que los actores habían transpuesto casi la mitad de la mano donde venía circulando el vehículo VW Gol, cuando éste ingresaba a la encrucijada (fs. 124), para justificar la prioridad, pretendiendo que aquellos la detentaban desde antes de trasponer la senda Este de la calle Godoy.

No menos inverosímil, que al dar explicaciones haya agregado una supuesta velocidad del automotor de 29km/h en base a una ubicación señalada en el croquis sin especificar velocidad anterior ni existencia de huellas de frenadas, como tampoco un mínimo cálculo o fórmula para determinarla (fs. 141); contradiciéndose con lo inicialmente informado de que la velocidad de los vehículos no era excesiva; y el no menor yerro que en una encrucijada la máxima es de 30km./h. (fs. 122-123).

Corolario de lo expuesto, lo constituye haber señalado que fue la conducta de desatención del demandado la que causó el accidente (fs. 124 y 125) o su conclusión de que la prioridad de paso la detentaban los actores por el grado de avance sobre la senda, tratándose de cuestiones expresamente reservada al sentenciante.

En el mismo sentido las apreciaciones del único testigo, correctamente relativizadas por la juez de grado, porque no sólo se contradicen con la declaración judicial del propio actor y conductor de la motocicleta, sino fundamentalmente porque la apreciación de que el demandado intentaba girar a la izquierda resulta en el caso carente de base fáctica u objetiva, quedando sólo en el ámbito de su subjetividad.

Finalmente, sorprende el interrogante que formulan los actores en la apelación, del por qué el conductor del automóvil siguió su marcha, cuando resulta incuestionable que era él el que debía haber cedido el paso, omisión que se tradujo en un severo déficit en la conducción que permite concluir en la atribución total de la responsabilidad en el episodio.

Tal aspecto debe ser vinculado con el conocimiento de las normas vigentes, entre otras, la propia ley de tránsito en que funda su pretensión, y el actor admite que al momento del accidente "no se encontraba habilitado para conducir motos" (fs. 73) –tampoco demuestra que lo estuviera para otros rodados- agregándose a ello posible incidencia de

transportar a otra persona más en el birrodado, que por otra parte prestó su voluntad para hacerlo.

III.- En punto al cuestionamiento del razonamiento de la sentenciante respecto a la carga de la prueba, y aún cuando la aplicación del art. 1113 del C.Civil la invierte, los recurrentes desatienden en primer punto que se tratan de la colisión entre dos rodados, presupuesto que ninguno de los actores podía desconocer.

Vale recordar el texto expreso del artículo 1.113 del Código Civil: "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. ..". (cfme. arts. 17 y 19 de la Const. Nac.; 23 y 24 de la Const. Prov.; 512, 901 y ss., 1.067, 1.068, 1.069, 1.109, 1.111 y 1.113 del Cód. Civil; 41 y 64 ley 24.449; y 163 inc. 5, 377 y 386 del Cód. Procesal).

Para la atribución de responsabilidad civil, cualquiera sea el supuesto que se trate, exige ineludiblemente: a)la existencia y acreditación del daño causado, b)la antijuridicidad de ese daño producido por una acción u omisión, c)la existencia de factor de atribución, y d)un nexo causal adecuado entre el acto u omisión antijurídica y el daño causado. En la especie de responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa, se encuentra la derivada de accidentes de tránsito.

En particular, el último requisito debe ser dilucidado, analizando cuales son los hechos probados en la causa, y de ellos determinar de acuerdo al curso ordinario de las cosas, cual es más probablemente la causa del daño por el que se reclama indemnización, pudiendo surgir una causal de exención de responsabilidad por falta de relación de causalidad, tal el caso del hecho del perjudicado. En ese caso, la actuación liberatoria no necesariamente debe tratarse de un acto culposo ni de un caso fortuito, bastando para interrumpir el nexo causal con que se trate de un hecho de la víctima que sea objetivamente antijurídico. La culpa de la víctima a la que alude el artículo 1113 del Código Civil no coincide necesariamente con la noción de culpa del artículo 512 del mismo ordenamiento, sino que ha de considerarse a estos fines todo hecho de la víctima que pueda ser considerado concausa exclusiva o concurrente del daño, exista voluntariedad o no de la victima (p. 27, 50 y 553, Responsabilidad civil por accidentes de automotores, Marcelo Lopez Mesa).

En la voz de la jurisprudencia: "Es así que cuando el daño obedece al "riesgo o vicio" de la cosa, estamos ante una responsabilidad objetiva del dueño o guardián, generadora per se del deber de resarcir, salvo que se demuestre que la conducta de la víctima o de un tercero extraño por quien no debe responder interrumpió total o parcialmente el nexo causal entre el hecho de la cosa y el daño producido, o sea que tales procederes se constituyeron en una causa adecuada del perjuicio diferente del "riesgo" o "vicio" de la cosa".(SCJBA, 19.5.92, Novoa c. Moscuzza y Cía., DJBA 143-4841; CNCiv, sala D, 17.5.90, Garcia c. Casasco, LL 1991-C-328; etc.).

En segundo lugar que es la propia ley de tránsito invocada la que regula la grave presunción de responsabilidad que le genera a aquel que viola la regla de la prioridad de paso, y en el caso, llega incuestionado que no la detentaba el demandante conductor de la motocicleta, siendo éste el que actuó contrariándola, resultando suficiente para atribuirle conducta negligente los antecedentes reseñados en el punto anterior.

Luego, como bien analiza la sentenciante y en los presentes, resulta dirimente lo regulado en el art. 377 del CPCyC a los fines de exteriorizar los presupuestos de la responsabilidad civil y, a su respecto, el actor no aportó prueba sobre alguno de los supuesto que invocara respecto de alguna de las excepciones legales a la regla de la prioridad de paso.

En consecuencia, atento los elementos fácticos y jurídicos recolectados, considero que debe confirmarse el decisorio impugnado por cuanto si bien se discute en doctrina si en el caso de colisión entre rodados rige la presunción del art. 1.113 del Cód. Civil o si por el contrario se anula, estimo que en el caso concreto se puede afirmar que se ha cumplido con la carga probatoria de ambos supuestos, y en definitiva quedó comprobada la culpabilidad del actor, que guiaba uno de aquellos, y víctima demandante, por violar la regla de prioridad de paso que regula el art. 41 de la Ley de Tránsito en el acceso a la encrucijada dónde se produjo la colisión.

Por último, en relación a la co-actora, acompañante en la motocicleta, resulta acreditado el supuesto del art. 1113 del

C.Civil que exime al perseguido al haberse acreditado que no medió culpa de su parte y de un tercero por el que no debe responder, tal el que guiaba el mismo birrodado que la transportaba.

IV.- Por las consideraciones expuestas propiciaré al acuerdo el rechazo de los recursos de apelación y la confirmación de la sentencia de grado en todas sus partes, con costas a cargo de los actores en su calidad de vencidos (art. 68 del CPCyC), debiendo regularse los honorarios del letrado del accionado y citada en garantía en el 30% de los fijados en la instancia de grado para la misma intervención profesional, y el 25% para el letrado de los actores (art. 15 L.A., vigente).

V.- Por último, respecto a la tarea del experto en accidentología designado, considero necesario destacar que por el art. 474 del CPCyC, y como auxiliar de la administración de justicia, al perito se le impone presentar su dictamen, conteniendo las explicaciones detalladas de las operaciones técnicas realizadas y de los principios en que se funda, de tal forma que su intervención garantiza un mínimo necesario de imparcialidad científica y objetiva que debe estar reflejado en aquel; a su vez, el mismo cuerpo normativo en su art. 475 último párrafo prevé la pérdida de su derecho a cobrar honorarios de comprobarse un proceder remiso a cumplir su función.

Que cotejando la tarea del aquí interviniente, concretamente los términos de sus presentaciones de fs. 122/125 y 141/142, resulta que no es el resultado de un examen o evaluación científica como el que se le exigía, cuando describió que la prioridad de paso la detentaba el rodado en que se trasladaban los actores y detallando su avance relativo sobre la calle (fs. 124), cuando se expidió sobre la velocidad de uno de los rodados sin fórmula o cálculo, ni huellas, y por la ubicación en un croquis (fs. 141), contradiciendo lo antes afirmado de que no era excesiva y al señalar erróneamente que en una encrucijada la máxima es de 30 km/h (fs. 122/123) e incluso, excediéndose, al opinar sobre la conducta de la parte que derivó en la colisión atribuyéndole "desatención" (fs. 124 y 125), todo ello sin enunciar ningún dato que lo corrobore, y menos aún, de tipo objetivo.

Luego, aun cuando fueron tales pareceres los invocados al fundar el actor su principal agravio, se concluye que tal proceder no concreta ninguno de los presupuestos de la función y actividad regulada en los arts. 458/478 Sección 6ª Prueba de Peritos del CPCyC.

Se concreta esta advertencia por constituir un deber y facultad del juez dirigir el procedimiento previniendo y sancionado todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, según art. 34, inc. 5°-d) del CPCyC, y sólo la omisión de su oportuna denuncia o impugnación de la contraparte obsta a adoptar otro tipo de recaudos o sanción procesal.

Agréguese copia de este pronunciamiento en los obrados acumulados HENRIQUE MAYRA ALEJANDRA C/(CARINAO CARIAO S/DAÑOS Y PEJRUICOS (EXTE. 473761/13).

Tal mi voto.

El Dr. Ghisini dijo:

Por compartir los argumentos del voto que antecede adhiero al mismo, expidiéndome en idéntico sentido.

Por ello esta SALA III

RESUELVE:

1.- Rechazar los recursos de apelación articulados por los demandantes y la confirmación de la sentencia de grado en todas sus partes.

2.- Imponer las costas de Alzada a cargo de los actores en su calidad de vencidos (art. 68 del CPCyC).

3.- Regular los honorarios del letrado del accionado y citada en garantía en el 30% de los fijados en la instancia de grado para la misma intervención profesional, y el 25% para el letrado de los actores (art. 15 L.A., vigente).

4.- Disponer la agregación de copia de la presente en los obrados acumulados HENRIQUE MAYRA ALEJANDRA C/CARINAO CARIAO S/DAÑOS Y PEJRUICOS (EXTE. 473761/13).

5.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente vuelva a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice -Por Organismo

-Por Tema
-Por Carátula

"SZECHENYI ALEJANDRO GABRIEL C/ CLUB BANCO PROVINCIA NEUQUEN S/ COBRO DE HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 381647/2008) – Sentencia: 199/16 – Fecha: 01/11/2016

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

PROFESOR DE TENIS. RELACION LABORAL. PRESUNCION DE CONTRATO DE TRABAJO. RECHAZO DE LA DEMANDA.

1.- Se debe confirmar la sentencia que rechaza la demanda pronunciándose por la inexistencia de relación de empleo con la accionada, pues el vínculo consistió en una concesión de servicio privado dirigido a la prestación de la enseñanza de tenis, el desarrollo de tal deporte con socios y no socios y el uso exclusivo de instalaciones a tal fin, a cambio de un precio determinado en forma fija, y en un porcentaje de lo recaudado por el actor. Dicha modalidad de la contratación no implica por sí misma una actuación en fraude a ley o abusiva; como tampoco que la prueba colectada haya podido evidenciar que se la haya impuesto o que una de las partes se haya visto obligada a aceptar para conservar la relación; por el contrario éste se mantuvo inalterable durante diez años, sin reclamos por incumplimientos, y a tenor de lo informado por los testigos, concretándose los fines u objetivos de las partes en forma consensuada, y el único episodio que lo alteraría consistió en la invocación del actor de que se trataba de una relación laboral.

2.- La prestación del servicio para el desarrollo de una actividad deportiva en el club, que incluye el uso de instalaciones afectadas a ese deporte en forma exclusiva, brindando clases a socios, no socios y adherentes, realización de torneos y eventos, incluso fuera de la institución, por precios que se fijan y en base al porcentaje de ingresos, no define una relación de dependencia.

Texto completo:

NEUQUEN, 1 de noviembre de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SZECHENYI ALEJANDRO GABRIEL C/ CLUB BANCO PROVINCIA NEUQUEN S/ COBRO DE HABERES", (Expte. Nº 381647/2008), 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, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori dijo:

I.- Que a fs. 467/478, el actor interpone y funda recurso de apelación contra la sentencia de fecha 11.04.2016 (fs. 455/461); pide se la revoque y se haga lugar a la demanda en todas sus partes con costas.

Considera aparente la motivación del fallo atento a que sólo recurre un documento (fs. 50), el informe brindado por

una asociación, y de tres testigos propuestos por la demandada, ignorando las declaraciones de los cuatro que ofreciera su parte, e incluso la documental consistente en el contrato de concesión privada de servicios para enseñanza privada de tenis, donde se lo obligaba a realizar actividades, claramente demuestra que era laboral.

Indica que la sentencia es arbitraria y viola numerosos artículos de la LCT -9, 12, 14 y 23- la Const. Nacional y tratados incorporados a ella, los arts. 40 de la Ley 921 y 34 inc. 4º del CPCyC, tratándose de un acto jurisdiccional basado en la sola voluntad del juzgador.

Respecto al art. 9º de la LCT debe estarse a la interpretación de las pruebas en sentido favorable al actor, y en caso de duda, cuando los contratos firmados son la clara muestra de que no se trataba de un vínculo de naturaleza civil, sino que violando los arts. 12 y 14 de la LCT, se intentó encubrir la relación laboral, destacando que uno de ellos siquiera tiene fecha de ejecución, careciendo de absoluta validez como contrato civil, y donde la prepotencia de la demandada obligaba al actor a firmar papeles en blanco en aras a no perder su fuente laboral.

Que el juez no ha aplicado la pauta orientadora de los arts. 9, 12 y 14 de la LCT, porque de haberlo hecho hubieran notado que el actor tenía obligaciones de tipo laboral, al ser encargado de las tareas descriptas en la demanda, que surgen de los propios contratos, corroboradas por los testigos, que exceden los de un simple concesionario y lo transforman en un dependiente.

Que el juez ha dejado de lado considerar que el pago de una suma fija por una tarea en relación de dependencia, conforme el texto las clases de mini-tenis, debiendo cumplir obligaciones de horarios y órdenes, demuestra la subordinación técnica económica y jurídica; destaca que tenía bajo su responsabilidad el cuidado de menores en los viajes dentro y fuera de la ciudad, organizaba equipos de inter clubes, dirigía la escuelita de tenis para menores y cumplía horario y cobraba sueldo.

Critica por tomar sólo parcialmente la declaración de un testigo, cambiando el sentido del relato, tomando un detalle, cuando no surge que los otros profesores fueran sus empleados ni percibían retribución alguna, cuando la facultad de objetar y cambiar a los ayudantes es más parecido a la figura del art. 28 de la LCT, empleados indirectos de la demandada, aún sin cobrar sueldo; que la realidad es que la relación era informal y dejaban que el actor propusiera colaboradores que eran ad honorem, pero en todo caso tenían relación laboral con la demandada y no con el actor.

Que el mismo testigo afirma que inicialmente el actor fue convocado a realizar una tarea, que no había contrato y se le pagaba un sueldo, y a la subcomisión de tenis, que dirigía, daba las indicaciones a principio de año a la actora, y que luego hicieron un contrato; mientras la plata de clases y torneos era cobrada indistintamente por el actor o gente del club, que muchas veces todo lo recaudado era para el club.

Que el juez eligió obviar lo más sustancial de la declaración del testigo, respecto a que el actor era un trabajador y la demandada un empleador, empresa en los términos de los arts. 5 y 26; y que sólo puso énfasis en que tenía ayudantes, demostrando la arbitrariedad de la sentencia, falta de fundamentación y apego al art. 9 de la LCT.

Que el principio de primacía de la realidad, impone la prevalencia de los hechos realmente sucedidos por sobre toda pretensión clasificatoria o documental que pretenda apartarse de ellos, es de muy genérico reconocimiento legal, doctrinario y jurisprudencial en los derechos del trabajo de América Latina.

Que los testigos informan que el actor hacía horas extras los fines de semana cuando había torneos o viajes con los menores y socios, que el ingreso fue en septiembre de 1997, y no se explica qué paso entre 1997 y 2004 que la relación de trabajo fue exclusivamente en el club, y que el club delegaba la responsabilidad que le cabía en el actor cuando viajaba con menores en representación; que también informan sobre la existencia de subordinación técnica, económica y jurídica.

Que desconoce la real motivación, pero de lo que no tiene duda es de la arbitrariedad, la injusticia del fallo y la falla lógica del mismo en la fundamentación, en clara violación de los arts. 34 CPCyC y 40 de la Ley 921.

Que el monto de la remuneración la informa un testigo, y la demandada no ha probado lo contrario, resultando de aplicación el art. 38 de la Ley 921.

Respecto de la pericial contable, resulta importante que la experta diga que al actor se le pagaba con cheques emitidos por la Asociación mutual por servicios prestados durante los años 2001 y 2002, demostrando que ésta

manejaba al club y es solidariamente responsable, y que existía un salario disfrazado, porque no había otro motivo para pagar al actor, si en esa fecha no existía ningún contrato civil firmado entre las partes.

Cuestiona que se hayan considerado válidos los contratos firmados, cuando además uno carece de fecha de ejecución y es inválido, más sirve para demostrar la precariedad del vínculo.

Considera injuriante la atención otorgada a que el actor haya firmado un contrato con otro club y que para ello haya recibido asesoramiento letrado, cuando ello además ocurrió 3 años después de finalizado el vínculo, y se trata de uno de explotación de canchas de tenis y desarrollo de disciplinas deportivas que nada tiene en común con el desarrollado entre las partes en este proceso.

Critica que se considere al actor un empresario, en función de un contrato suscripto en el año 2006 con otro club, y que nada impide que participe en él su mujer; que en éste, que es real, sólo explota económicamente las cachas y debió hacer inversiones por varios miles de pesos, y que el presentado por la demandada es pantalla.

Que el sentenciante resuelve en base a razonamientos que no surgen de la realidad, ni de lo probado, prescindiendo de prueba directa del fraude; las testimoniales ofrecidas por el actor e incluso los contratos presentados por ambas partes, sumado a la falta de los mismos durante los primeros 7 años de la relación.

Que acerca de los ayudantes, el club le había delegado todo lo referente al tenis, incluso la apreciación sobre la conveniencia de que hayan otros ayudantes, los que en todo caso son dependientes de la demandada que autorizó al actora a contar con ellos, pero que tampoco fueron registrados, y si estaban a su cargo, no tendría el club motivo alguno para pedir dicho listado.

Que no existe prueba para afirmar lo que dice la sentencia de que la prestación no era personal ni exclusiva, y que no había prestado intuito personae, cuando todos los testigos manifestaron que las hacia el actor en forma personal, que estaba todo el día en el club, y que se encargaba de todo.

Considera que la respuesta del oficio por otro club es de mala fe, porque se lo intentó perjudicar en función de la mala relación comercial y enemistad que tenían, solicitando se prescinda de esa prueba; agrega que el informe fue contestado con una amplitud increíble, violando la finalidad de la prueba, y sólo debe expresar lo que está registrado en los archivos o registros del requerido, no pudiendo hacerse valoraciones subjetivas, y que fue redactado con encono; y que lo cierto es que dejó de recibir sus haberes en setiembre de 2006 y comenzó sus tares en el otro club en enero de 2007 cuando estuvieron en condiciones las chanchas.

Que el juez prefirió interpretar que todo era un armado de un empresario exitoso, que insólitamente como pantalla se dedicaba a dar clases de tenis desde 1997, para inventar un juicio de 8 años para perjudicar a la demandada.

Considera que la sentencia ha soslayado prueba que resulta imprescindible para tener por acreditada la relación laboral y que se asienta en aquella poco seria y mal valorada, vulnerando la presunción del art. 23 de la LCT, tanto como violado los principios básicos en que se funda el derecho del trabajo.

En segundo agravio cuestiona la imposición en costas, pidiendo se impongan a las demandadas; apela por altos los honorarios de los letrados de las demandadas y perito, y por bajos los del propio; y hace reserva del caso federal.

Sustanciado el recurso (fs. 479), las accionadas no responden.

II.-Abordando la cuestión traída a entendimiento, anticipo que, a los fines de la tarea interpretativa y de aplicación de las normas para atender los agravios del actor, habré de seguir aquellas argumentaciones de las partes que resulten conducentes y posean relevancia para decidir el caso conforme los puntos capitales de la litis, y así lo dicta de nuestro Máximo Tribunal (CSJN-Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", T° I, pág. 824, Edit. Astrea); a su vez, que se considerarán aquellos elementos aportados que se estimen conducentes para la comprobación de los hechos controvertidos, atento a que no es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (CSJN-Fallos 274:113; 280:3201; 144:611, autores y obra citados, pag. 466).

Que partiendo de la sentencia de grado, resulta que, imponiendo las costas al actor vencido, rechaza la demanda pronunciándose por la inexistencia de relación de empleo con la accionada, al considerar que aquel es un empresario autónomo, extremo acreditado por las circunstancias de que contrataba y poseía dependientes o socios, a

los que denomina ayudantes sobre los que decidía su continuidad sin consulta, que negociaba contratos de naturaleza civil con asesoramiento jurídico, que no prestaba los servicios en forma personal ni exclusiva, y que mientras se encontraba contratado por la demandada también lo hacía para otra persona.

Que el actor entabla la acción a partir de considerar que con la demandada medió relación laboral por más de 10 años sin registración y por la que reclama haberes, vacaciones, horas extras, multas y el pago de la liquidación final por despido indirecto, habiendo remitido TCL del 05.12.2006 (fs. 11) para denunciar e intimar que:

"Habiendo ingresado a trabajar para vuestra institución en fecha 1/09/97, desarrollando variadas tareas, a saber: profesor de tenis; organizador de la escuela de tenis para adultos y menores socios de la entidad; representante del club en la Federación de Tenis de Neuquén; director y representante de los planteles de la entidad en todas las categorías en eventos oficiales o no oficiales en los que le club decidiera participar habiendo contribuido en el pasado y el presente a la generación de prestigio deportivo de la institución, así como al incremento de socios de la misma; habiendo sido en el pasado y en el presente quien toma los recaudos necesarios para que los jugadores representantes del club viajen a competir; teniendo la responsabilidad de organizar torneos internos y abiertos de federación seis veces al año y habiendo cumplido con ello, siendo empleado con carácter exclusivo del club, atento la jornada laboral y la prohibición impuesta por su parte de prestar tareas en otras instituciones u otros terceros y teniendo a cargo en forma gratuita el dictado de clases de minitenis a los hijos de los socios del club, desarrollando todas esas tareas en la sede deportiva del club sita en la Avda. Costanera s/n, percibiendo por todo ello la suma de $3100 mensuales, con una jornada diaria de trabajo mínima de ocho horas de 13 horas a 21 horas, de lunes a viernes y 5 horas de 8 horas a 13 horas los días sábados y en caso de torneo u equipos del club las 24 horas de los días que dure el viaje, intímole efectúe registración de la relación laboral conforme artículos 7 y 8 de la Ley 24013.

Asimismo, no habiendo abonado el sueldo del mes de octubre de 2006, ni habiendo abonado horas extras desde el comienzo de la relación, lo intimo a que abone las que corresponden a los últimos dos años calendarios, así como los conceptos de SAC y vacaciones de los últimos dos años, salario familiar y escolaridad de mis hijos, francos compensatorios por feriados y/o días no hábiles trabajados, y viáticos por los viajes, todos rubros que nunca fueron percibidos por mi persona. Por todo ello solicito se aclare situación laboral y lo intimo a que en término de 48 horas de notificado de la presente, deposite los haberes adeudados en la Subsecretaría de trabajo, Delegación Regional Este. Mientras no cumpla con sus deberes realizaré retención de tareas. En caso de que no cumpla con alguna de la intimaciones, me consideraré despedido en forma indirecta conforme art. 246 LCT".

La intimación es rechazada por el club negando la relación laboral y actividades cumplidas, así como estar obligados a la registración y a pagar lo reclamado, recordándole que había suscripto un contrato de concesión privada de servicio para la enseñanza de tenis, que lo inhabilita a remitir la intimación, y lo intiman a que cumpla con las obligaciones pactadas, en especial la cláusula décimo cuarta (fs. 12).

Que por misiva del 19.12.2006 se considera despedido en forma indirecta y por exclusiva culpa de la demandada, por el desconocimiento de la relación, falta de pago de lo reclamo, sumado al hecho de no haberle proveído tareas (fs. 13), intimación que es nuevamente rechazada (fs. 14).

Que el artículo 23 LCT prescribe que "El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aún cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar el contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio" (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 de la Const. Prov.; 21 y ss. de la L.C.T.; y 377 y 386 del C.P.C.C.); esta regla establece una presunción "iuris tantum" a partir de la demostración cierta de la prestación de servicios, cuya existencia hace presumir que también existe contrato de trabajo, y para desvirtuarlo la denunciada debe probar que la actividad la desarrolla bajo una estructura empresarial.

Que el artículo 386 del Código Procesal le permite al juez formar su convicción en relación a la apreciación de la prueba sobre la base de las reglas de la sana crítica, y por las que no debe expresar en la resolución la valoración de todas las producidas, sino sólo de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa.

Sabido es que las reglas de la sana crítica conforman un sistema que concede al Juez la facultad de apreciar libremente la prueba, pero respetando las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia (Roland Arazi, "La prueba en el proceso civil, Ed. La Rocca, 1991, pág. 102 y sgts.); además, la sana crítica resulta un complejo estimativo que no corresponde ni se confina a una lógica rigurosa o absoluta; más bien, con flexibilidad y captación realista de la penetración en el análisis psicológico de las declaraciones de las partes, se vale de los testigos y las explicaciones de los peritos, insertándolas en un cuadro más amplio, que se abastece en la totalidad de las circunstancias que son pertinentes (Cfr. Augusto M. Morello, "La Prueba", Ed. Abeledo Perrot, 1991, pág. 114).

Siguiendo tales reglas en el análisis de las declaraciones testimoniales, resulta que coinciden en haber visto al actor desde el año 1997 organizando y dictando clases en la escuela de tenis, a menores y adultos, a socios y no socios, de lunes a sábados, en diferentes horarios de mañana y tarde, brindándoles también el acompañamiento en los torneos que organizaba y los que se realizaban fuera del club y de la ciudad, asumiendo también la logística de los viajes, se por las autorizaciones y hospedaje; y que ejercía la representación que del club ante la Federación de Tenis de Neuquén (Tizziano, Belloral, Rivera, Ruiz Rueda, Olave, Berzano, Muñoz, y Pombo fs. 173/189.

También admiten que los alumnos acordaban con el actor los días y horarios de las clases y se las pagaban, y cuatro de ellos, Ruiz Rueda, Pombo, Olave y Muñoz, agregaron que en algunas oportunidades también hicieron pagos al club.

Ante esta evidenciada era a cargo de las demandadas acreditar que las prestaciones habían sido cumplidas bajo circunstancias que calificaban al prestador de empresario.

De todas formas, y como punto de partida, resulta de la prueba colectada que las partes desarrollaron actos y conductas consecutiva y regulares que se mantuvieron inalterables durante más de 10 años, sin que se haya aportado información acerca de discrepancias, sanciones o incumplimientos a lo largo de todo ese período, hasta que el actor formula su reclamo de índole laboral.

Y en función de investigar y desentrañar los hechos para determinar a qué especie de las relaciones resulta afín, en el caso, tal aspecto impone analizar en principio la modalidad contractual que en definitiva decidieron instrumentar las partes, conforme a que la doctrina alerta sobre los excesos que podían seguirse de interpretaciones latas de la presunción contenida en el art. 23 de la LCT, habida cuenta que "(...) no todos los servicios se realizan en función de un contrato de trabajo. Hay infinidad de ellos que lo son en virtud de otras formas jurídicas propias del derecho civil o comercial; adoptar ese criterio significaría subsumir todo el universo jurídico del derecho privado bajo el derecho laboral". (S.T.J. de RIO NEGRO Sala LABORAL.SODERO NIEVAS-LUTZ-BALLADINI L., N. J. c/ RADIO LUJAN s/RECLAMO S/INAPLICABILIDAD DE LEY-Sent. 0000000012 del 13 DE ABRIL DE 2006-Fallo N° 06053012-SAIJ: F0030680 SUMARIO CONTRATO DE TRABAJO-PRESUNCIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO:ALCANCES-LOCACIÓN DE SERVICIOS-LOCACIÓN DE OBRA).

A tal fin las demandadas afirmaron y dirigieron toda la prueba en el sentido de su postulación de que el vínculo consistió en una concesión de servicio privado dirigido a la prestación de la enseñanza de tenis, el desarrollo de tal deporte con socios y no socios y el uso exclusivo de instalaciones a tal fin, a cambio de un precio determinado en forma fija, y en un porcentaje de lo recaudado por el actor.

Así aparece bajo el título "CONTRATO DE CONCESION PRIVADA DE SERVICIOS PARA LA ENSEÑANZA DE TENIS" un contrato sin fecha (fs.41/43, y dos correspondiente a los períodos 2004/2006 (fs.4/9), en los que el club y el actor asumen respectivamente el carácter de concedente y concesionario, bajo la estipulación inicial (Cláus. 1°) de que su destino era servicio de enseñanza de tenis a cuyo fin, el segundo dispondría de dos canchas de tenis de lunes a viernes durante todo el día y dos por las mañanas de los sábados y domingos, avisar al encargado de mantenimiento de las cachas los horarios en que no las utilizaría para ofrecerlas a los socios, y ceder una si no se pudieran utilizar todas las otras (Cláus. 4°).

Para ello debía y le fue delegado:

-informar al club sobre los alumnos y tipo de clases que tomo, además de representar al Club en la Federación de Tenis de Neuquén (Cláusula 3°);

-dirigir y representar a los planteles de la entidad en todas sus categorías federadas en todo evento oficial o no, y para

el supuesto de tener que viajar debe tomar los recaudos necesarios, autorizaciones de los padres, seguros, obra social y seguros de los transportes (Cláusula 4º);

-organizar torneos internos y abiertos de federación en un mínimo de 6 por año, y lo recaudado se repartía en proporción del 50% entre las partes, una vez descontados los gastos que demandara, más dos torneos abiertos al añocuya recaudación era íntegra para el club;

-conseguir esponsoreo para los torneos que se organizaran y para la escuela de tenis y minitenis (Claus. Cuarta);

-promocionar la escuela de tenis, impartir enseñanza en todos los niveles (Claus. 4º);

-promover cursos, clínicas, presentar videos y actividades que favorezcan la formación de los alumnos (Cláus. 4º);

-realizar un informe semestral de la marcha de la actividad (Cláus. 5º);

-verificar el buen estado de las instalaciones y comunicarlo para que el club adopte las medidas necesarias, respetar y hacer respetar el reglamento interno del Club (cláus. 5º)

-asumir la responsabilidad en el ámbito comercial, la laboral previsional, impositivo y civil por las cuestiones derivadas de la explotación del presente servicio; el pago de remuneraciones, cargas sociales, impuestos, patentes, derechos, tasa y cualquier otro concepto nacional provincial y/o municipal; así como de cualquier infracción que pudiera cometer relacionada con la explotación del servicio (Cláus. 6º);

-ser reemplazado por los profesores o del personal auxiliar, para el supuesto de enfermedad, vacaciones e impedimentos, manteniendo la responsabilidad por las relaciones laborales (Cláus. 7º);

-reunirse en forma semestral para evaluar la marcha de la concesión y acordar pautas para el ciclo entrante. Y si no se efectúa la reunión anual ambas parte renuncian a los reclamos que corresponden (Cláus. 8º):

-pagar como precio de la concesión, el alquiler de las canchas, y percibir el precio del concedente por el dictado de clases a los hijos de socios del club en la etapa inicial de minitenis, durante una hora los días sábados a la mañana, bajo la modalidad que preveía 3 grupos de un máximo de 12 niños por grupo, asignándole a cada grupo a cargo de un profesor, y en el receso escolar, de lunes a viernes en la mañana, y por la tarde en el receso invernal, previendo que esta obligación era hasta que promocionaran a la escuela de tenis (Cláus. 11º y 12º);

-abstenerse de transferir ni ceder la prestación del servicio objeto de este acuerdo, y era causal de rescisión (Cláus. 14º);

Para 2006 las partes acordaron modificar lo relacionado al precio, elevando al 80% lo recaudado en forma bruta para el concesionario y 20% para el club; y del producto de la concesión, consistente en lo percibido por clases de tenis en general, el 12% para el club que lo rendiría semanalmente al actor reteniendo de las cobranzas dicho porcentaje(Cláus. 11º); también se aumentó el monto a pagar por el dictado de clases gratuitas para la escuela de minitenis. (Cláus. 12º), mientras el club se obligaba a mantener en buen estado de utilización y conservación, proveer espacio para guardar elementos necesarios (Cláus. 13º).

En primer punto, el cotejo del contenido de los citados contratos con la descripción que aportaron los testigos acerca de las prestaciones de las partes a lo largo de toda la relación, habilita concluir en su coincidencia, y a partir de ello, resulta indiferente distinguir entre las actividades desarrolladas en los períodos documentados y aquellos que no lo están; máxime si no se ha informado la existencia de cambios o alteraciones de tales conductas.

A tenor de lo instrumentado, resulta que el principal destino que tenía la contratación era delegar el servicio en la especialidad deportiva en el club, indiferente la calidad de socio o no del destinatario de aquel, que estaba bajo su dirección y organización, sea bajo la modalidad escuela o individual, sin control de horarios, de lunes a viernes, y a la mañana de los días sábados y domingo, y con el personal que él contratara; para ello se le garantizaba el uso exclusivo de dos chanchas por las que, primero, abonaba un precio fijo y luego por un porcentaje del precio que cobraba por las clases e ingreso de los torneos, mientras que por un precio se le garantizaba disponer en forma exclusiva de al menos dos canchas de tenis para desarrollar la actividad; a su vez se lo facultaba a organizar y esposorear torneos –internos y abiertos- sobre los que sólo debía informar y aportar un porcentaje de lo recaudado; e incluía a su cargo dar una hora de clases de minitenis los sábados a la mañana, representar los intereses del club ante la autoridad deportiva y en los torneos acompañado a aquellos deportistas que desearan participar.

Frente a tal contexto, el juez de grado ha dirimido en el sentido de estar en presencia de un contrato privado como lo postularon las demandadas en que el actor obró como empresario, y no de una relación laboral como pretende el último, quien le reprocha haber incurrido en los vicios de autocontradicción, desatender prueba relevante y absurdo en su valoración al no aplicar el principio pro operario que rige en la materia, además de cuestionar los alcances que pudieran otorgarse al contrato de concesión que denuncia haber sido otorgado como una imposición y frente a la necesidad de aceptarlo para conservar el trabajo.

Por razones metodológicas, y a los fines del abordaje de la crítica central formulada por el actor por la consideración que el sentenciante le otorgó a esta prueba, partiré de atender a la naturaleza de esta vinculación, de tal forma de desentrañar si fue o no la que ergió el vínculo.

Vale recordar que el contrato de concesión, recientemente definido en el art. 1502 del C.C.yC como aquel en que "el concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros, se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresaria para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido", regulación que evidencia su actualidad y que no constituye un anacronismo, luego al haber sido reconocido entre los tipificados como innominado y aplicado a un vasto espectro de situaciones en los que las partes advertían su utilidad como instrumento de colaboración en la prestación de servicios.

Juan María Gastaldi lo define como el "contrato por el cual una parte se obliga a otorgar autorización a otra para la explotación de un servicio que le compete y desea prestar a terceros, obligándose esta otra parte a realizar tal explotación en su propio nombre, por su cuenta y a su riesgo, por tiempo limitado y bajo el control de aquella", y para ello es "necesario que la tal explotación se separe, se independice, de la persona que la autoriza, que la otorga en concesión. Es decir, que sea asumida en primer grado, directamente, por el concesionario. Resultará entonces que este deberá realizar la explotación por su cuenta y a su nombre. Ello implica también soportar las eventualidades de la explotación del servicio, ya que la concedente se limita simplemente a delegar esta. Quiere decir entonces que el concesionario debe actuar a su riesgo" (El contrato de concesión privada. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1974, pág. 98/99).

Y el elemento causal del contrato, según el mismo autor, reside en que el "El concedente decide separar una actividad que le compete y otorgar esa autorización al concesionario, que actuará como tal mientras ella subsiste"; sin embargo "sigue siendo titular del servicio concedido, y por tal razón, se reserva la facultad de controlarlo, así como la de modificarlo en ciertos aspectos. En tal sentido, puede hablarse de cierta 'dirección' del servicio por parte del concedente" con la aclaración que el "control no significa subordinación técnica, ni económica, ni jurídica. El concesionario actúa en la forma independiente que se dejó indicada" (autor y obra citados, pág. 129/133).

Se ha reconocido pacíficamente entre sus variantes que junto al de concesión pública y comercial, está el de concesión privada, por el que se autoriza a una persona física o jurídica a explotar un servicio en favor de terceros, obligándose el prestador, a realizar tal explotación en su propio nombre, por su cuenta y riesgo, por tiempo determinado, bajo el control del que le delega la actividad y con derecho a cobrar una comisión; se distingue de aquellos su función de colaboración, alejado del imperio estatal o de la finalidad distributiva propia de la actividad mercantil; más ello no obsta a la finalidad de lucro del concesionario, que lo obtiene del precio que pagan los terceros que usan los servicios, menos el que tiene que pagar al concedente, con lo que el precio no es un elemento esencial ya que la remuneración del concesionario proviene del éxito de su gestión entre los usuarios y de la calidad de los servicios que presta.

Que en consecuencia, la modalidad de la contratación que invocan las demandadas no implica por sí misma una actuación en fraude a ley o abusiva; como tampoco que la prueba colectada haya podido evidenciar que se la haya impuesto o que una de las partes se haya visto obligada a aceptar para conservar la relación; por el contrario éste se mantuvo inalterable durante diez años, sin reclamos por incumplimientos, y a tenor de lo informado por los testigos, concretándose los fines u objetivos de las partes en forma consensuada, y el único episodio que lo alteraría consistió en la invocación del actor de que se trataba de una relación laboral.

Sobre el particular sólo el testigo Olave declara haber recibido comentarios del propio actor en el sentido de que recibía órdenes, que le pagaban una remuneración y que le imponían horarios, y fue a partir de ello que supuso que se trataba de un trabajador.

Luego, sobre la supuesta infracción a leyes laborales, que según se invoca al demandar habría derivado en la intervención de la entidad sindical y en su reclamo (fs. 17), no se ha aportado prueba alguna al respecto vinculada a inspecciones o reclamos.

Por ello, se comparte el análisis del juez de grado cuando para evaluar la conducta del actor acerca de lo que entendió estaba contratando y ejecutó, y no menos, lo que hubo evidenciado como de su interés a la otra parte, considera su intervención al negociarse un contrato de explotación de canchas de tenis y desarrollo de disciplinas deportivas el que luego se terminó celebrando el 05.09.2006 con otro club, máxime si ello aconteció cuando todavía se desenvolvía en el club demandado, y fundamentalmente, si a la postre, desde el mes de enero de 2007, resultó ser el profesor en las instalaciones concesionadas, también junto a su esposa, inmediatamente al distracto que comunica a las demandadas el 19.12.2006 (fs. 13); y no ajeno a que en el vigente desde el 02.11.2009 pasara a ser parte bajo la denominación "EMPRESA" (fs. 362/365).

Tales contratos prevén como primer cláusula la recepción "en concesión" por parte de la Empresa de canchas de tenis de propiedad del club para la práctica de tenis de socios, no socios e invitados, la formación de escuela de menores y adultos y la realización de torneos y demás eventos afines, equivalente a las Cláusulas 1°, 4° y 11° de los contratos anteriores suscriptos con la demandada (fs. 4/9 y 41/43).

Para luego reseñar un conjunto de conductas a su cargo, que indudablemente se equiparan a las concertadas con la aquí demandada respecto a la prestación del servicio para el desarrollo de una actividad deportiva en el club, que incluye el uso de instalaciones afectadas a ese deporte en forma exclusiva, brindando clases a socios, no socios y adherentes, realización de torneos y eventos, incluso fuera de la institución, por precios que se fijan y en base al porcentaje de ingresos, y en tal carácter se obliga a:

-responde por los daños que pudieran sufrir las personas a su cargo y terceros durante el uso y en los eventos (Cláus. 3º equivalente a las anteriores cláus. 5º y 8º de los contratos anteriores);

-desempeñar la actividad deportiva con carácter personal y exclusivo, con profesor de enseñanza de tenis en las áreas de la concesión, constituyéndose en única responsable del normal y buen funcionamiento de las canchas de tenis (Cláus. 4º equivalente a las anteriores cláus. 1°, 4°, 8°, 9°, 12º y 13º);

-responder ante los poderes públicos con motivo de cualquier infracción que cometiere relacionada con la actividad, cumpliendo con las reglamentaciones vigentes en la materia; y labrar las fichas médicas a todas las persona que practiquen la disciplina objeto del presente contrato, incluyendo las clases a menores y adultos (Cláus. 5º equivalente a la cláus. 3º);

-cumplir con las cargas tributarias, laborales, previsionales y de seguros que pudiere corresponderle con motivo de la actividad que desarrolla, y la institución no tendrá el deber o responsabilidad alguna; exhibir toda la documentación que le sea requerida por la institución, acreditando el cumplimento de cargas y obligaciones (Cláus. 6º equivalente a las anteriores Cláus. 5º, 6º y 7º);

-que toda persona que sea contratada o esté vinculada los fines del cumplimiento propio de las actividades objeto del presente será designada bajo su exclusiva responsabilidad y será considerada dependiente de aquel y no de la institución, a quien deslinda de toda responsabilidad laboral y/o previsional que surgiere con motivo de esa relación, obligándose solidariamente sus miembros a mantener indemne a la institución por cualquier reclamo administrativo, judicial y/o de cualquier casusa, y solidaria por toda obligación emergente del contrato. (Cláus. 7º equivalente a la anteriores Cláus. 6º y 7º);

-abonar un canon mensual por contraprestación por la concesión de las canchas de tenis, y abonar el 10% por cada torneo que organice deducidos los gastos ocasionados. El 10% de los ingresos por escuela de tenis. (Cláus. 9º equivalente a la anterior Cláus. 4º);

-ocuparse de los gastos generales del mantenimiento, pago de sueldo y cargas, compra de materiales, y el gasto

necesario para instalar el medidor interno de energía; y por el servicio de Buffet mantendrá informado al encargado del Salón de Eventos a fin de que pueda brindar un adecuado servicio durante el desarrollo de la actividad (Cláus. 10º equivalente a la anterior Cláus. 13º);

-organizar libremente la escuela de tenis para menores y adultos sean estos socios o no socios. Los socios tendrán un precio diferencia para la utilización de las canchas con un descuento (Cláus. 11º equivalente a las anteriores Cláus. 1º, 4º y 11º);

-realizar torneos externos e internos y si se realizan eventos que impliquen traslados de personas fuera del recinto de la institución, ello será a su cargo, deslindado a la institución de todo tipo de responsabilidad y costo (Cláus. 12º equivalente a las anteriores Cláus. 4º y 5º);

-utilizar los espacios dentro del perímetro concesionado con destino a publicidad estática, estándole prohibido hacia el exterior sin convenio previo (Claús. 13º equivalente a la anterior Cláus. 4º);

-no ceder total o parcialmente el presente contrato de concesión, transferirlo, permutarlo, o darle un destino distinto al prefijado (Cláus. 14º equivalente a la anterior Cláus. 14º).

Que en el posterior celebrado en el año 2009, se incorpora como obligaciones de la empresa, dar prioridad a los socios en el alquiler de por lo menos una de la cachas de tenis, sea que el socio tome clases de tenis o no, con una reserva mínima de 6 horas; y asociar bajo la categoría SOCIO ADHERENTE de tenis a toda persona de la edad que fuera que represente a la institución en los torneos (Cláus. 4º equivalente a la anterior Cláus. 1º).-

En punto a lo expuesto, en definitiva, resulta ineficaz la invocación del recurrente respecto a la conducta abusiva que le atribuye a las demandadas, al no existir la prueba ni indicios para calificar a los instrumentos de "contrato pantalla" ni que se haya utilizado un "ardid" para desvirtuar una relación laboral, no existiendo ningún antecedente del que pueda inferirse a su vez que su rúbrica sea el resulta de una "imposición".

Tampoco se informa en el recurso cómo operaría la presunción favorable al trabajador al tiempo de valorarse esta prueba, conforme el art. 9 de la LCT.

Tratándose además de reglas de organización para una actividad semejante, resultaría impropio privar de eficacia a las mismas que antes había pactado con las demandadas, considerando su aceptación durante largos años, sea por su silencio como por la realización de actos materiales que importaron su ejecución sin reserva alguna, como manifestaciones de voluntad aptas para obligarlo en los términos de los arts. 914, 915, 918, 919 y cctes. del Código Civil; cuando además, como ya se destacó, no se ha producido prueba acerca de que dicha voluntad se encontrara viciada.

El análisis hasta aquí desarrollado debe integrarse con lo que aportan los testigos, como también lo concreta el juez de grado, y a su respecto no se comprobó que haya incurrido en errores graves y manifiesto que pudieran haber conducido a conclusiones inconciliables con las constancias objetivas de la causa:

Tizziano, Belloral y Rivera afirman que el club aportaba las canchas y el actor era independiente de aquel en cuanto desarrollo del deporte, minitenis y escuela; mientras que Ruiz Rueda, Pombo, Tizziano y Belloral informan que toda la organización de la práctica del deporte era proyectada e informada en forma anual por el actor.

Tizziano, Belloral y Rivera sostienen que los horarios y días de clases los coordinaba con cada uno de los alumnos, a quienes le cobraba por ello y luego entregaba un porcentaje al club, igual que de lo recaudado en los torneos; y agregan que el actor llevaba ayudantes para desarrollar la actividad.

Todo lo anterior se confirma con el instrumento emitido por el propio actor, consistente en una nota que le dirigió al club y agregada a fs. 50, por la que admite que tiene ayudantes para desarrollar la actividad y los identifica ("ayudantes que colaboran en la escuela de tenis").

Luego indica que los horarios que utiliza "son los estipulados en el contrato" -lo que no requiere más explicación-, más si revela que no estaba sujeto a días y horarios, ni recibía instrucciones, y que su concurrencia o habitualidad era de su propia voluntad y autonomía, cuando afirma que:

"No obstante al día de la fecha por las mañanas los martes y jueves no están siendo utilizados sistemáticamente".

Así, en relación la organización y gestión empresarial propia, en la que resulta decisiva la provisión de todos los factores,

aquel por el que decidía la contratación y remoción del personal, lo exterioriza al dar "como información extra" seguida a la identificación de sus ayudantes, que una persona que había sido indicada como tal oportunamente "dejó de serlo por no cubrir con las expectativas".

También avala el análisis de su conducción autónoma lo que describen Bellora, Tizziano y Pombo acerca de que si por inundación, los socios no podían disponer de las otras canchas, se debía consultar o solicitar permiso al actor para que diera la posibilidad de usar alguna de las que detentaba el uso exclusivo.

Finalmente, y concomitante con lo anterior, se acreditó que a tal fin y como lo preveía el contrato, el actor se inscribió como prestador de servicios autónomo ante los organismos tributarios y previsionales (fs. 348).

Que a tenor del marco fáctico y jurídico expuesto, y en orden al análisis que imponen los agravios introducidos, resulta ajustado concluir como lo hizo el juez de grado, en que los demandados pudieron demostrar que fue de la principal actividad del actor su desarrollo a través de contratos de concesión privada que se dirigen a poder acceder a clubes al que concurren muchos asociados interesados en la práctica deportiva de su especialidad, para brindarles enseñanza y entrenamiento, incorporando además a no socios y adherentes, con los que se vincula directamente a cambio de un precio.Y que para ello dispone en forma exclusiva de un área de las instalaciones, esto es una cantidad de canchas, mediante el pago o no de un canon, que es fijo o en forma de porcentaje de lo que obtiene de terceros, es decir, que comparte con el club, y de igual forma respecto de los torneos que organiza y se le otorga la posibilidad de sponsorear.

Y que para promocionar el desarrollo de su actividad y en su propio interés, asume generar una escuela inicial –mini tenis- y el desarrollo de torneos, con acompañamiento de los deportistas en ellos, incluso fuera de la institución, además de la representación en el organismo rector de la actividad, y hace a su gestión el avance de las personas derivado de la competitividad, generando mayor afluencia de interesados en la disciplina.

Y de ello, por la envergadura y carga horaria de la actividad, o por tener que desplazarse fuera de la ciudad por torneos, contrata a ayudantes, situación que también fue evidenciada con la integración de la empresa con la que se generó el posterior vínculo con otro club, desplazando así el recaudo que tiene todo contrato de trabajo –art. 22 LCT.- de que la prestación sea cumplida en forma personal, y no menos exteriorizar su autonomía.

Los testimonios colectados y la nota antes reseñada dan cuenta de dicha autonomía, resultando improcedente confundir la subordinación jurídica que se debe perfilar en un contrato de trabajo con haberse convenido consensuar semestral o anualmente los programas, o con la información que debía brindar, porque el control es precisamente un elemento esencial de la concesión, y razonable, considerando su aspecto económico, al haberse acordado precios o la distribución de los ingresos generados, de los que se derivaban liquidaciones.

Tampoco existe prueba que señale habérsele impartido órdenes o instrucciones, o que se le hayan impuesto exigencias distintas a las acordadas a lo cargo de los diez años, en que se comprobó la coordinación para intermediar y promocionar la actividad deportiva, ámbito en el que se advierte definido que la actividad se desarrollaría a su propio riesgo; mientras que la única referencia en la causa la trae el testigo Olave, más admite que suponer que se trató de un contrato de trabajo se derivó de los propios dichos del actor.

Con lo que se acreditó en relación al actor que, para disponer de todos los actos vinculados con la actividad contratada y, en su caso, la eventual limitación de su libertad, ello siempre estuvo enderezado a su directo interés del negocio que gestionaba en beneficio propio.

Las argumentaciones traídas por el recurrente resultan manifiestamente insuficientes para alterar el razonamiento y conclusión de la instancia de origen, donde se ha concretado un pormenorizado examen de los hechos y la relación existente entre las partes, dándole su auténtico sentido, luego de desentrañar que el vínculo estuvo regido por la figura jurídica del contrato de concesión privada, equiparable al que aplicó para desarrollar semejante actividad por su propia cuenta y riesgo, a través de personas contratadas o directamente, para cumplir con la prestación a favor de terceros de los que cobraba un precio, previamente pactado o incluso, el que comparte en proporción con el concedente que brinda el uso de sus instalaciones, contexto en el que resulta indiferente para calificar el vínculo las obligaciones a los que voluntariamente consintió y que desarrolló bajo una forma de organización autónoma que

resulta lícito calificar de empresa.

Precisamente no obsta al análisis que el actor percibiera un precio por organizar y dictar clases en una escuela de mini tenis ni la representación del club y los deportistas, atento a que allí tampoco se evidenció que quedara sujeto a órdenes del club, y por el contrario, todo fue habilitado en función de su propio interés y promoción de sus servicios, al redundar en beneficio directo la mayor afluencia de interesados en la actividad, que podían ser o no asociados, mientras que a tal categoría sólo debía dedicarle una hora los días sábados a la mañana.

Resulta entonces que el actor tuvo total autonomía en relación con la demandada concedente en el manejo interno de su administración y recursos, así como respecto su ejercicio frente a terceros; y la circunstancia de haberse comprometido a proyectar las actividades anuales o informar sobre los que practicaban el deporte o la representación que se le delegó ante la autoridad deportiva, no implicaron interferencia en el manejo interno que detentaba el actor ni el desplazamiento de su poder de decisión de acuerdo a una personalidad jurídica independiente, confirmando ello con la propia registración como tal ante los organismos tributarios y previsionales; se insiste en este punto que la necesaria coordinación de actividades que conllevaba el contrato de concesión privada que unió a las partes nunca significó que la gestión del patrimonio del actor como concesionario perdiera su calidad de independiente y autónomo.

Que en definitiva, la crítica introducida no resulta suficiente para tachar a la sentencia de grado de apartamiento de la ley y de arbitrariedad, cuando concluyó que la actividad del actor respondió a una contratación que tipifica el contrato de trabajo, por ausencia de subordinación jurídica, económica y técnica, que además podían desarrollarse a través de otras personas que eran designadas por aquel, que desplazó su caracterización de intuito personae, y en tanto sólo reedita su postulado inicial e insiste con la ejecución de diversas tareas, cuando ello por sí solo no autoriza a tener por probada la existencia de una relación laboral.

"Ante los contundentes elementos de convicción que ratifican la legitimidad al contrato de locación celebrado entre la concursada y la incidentista, esta última no ha acreditado debidamente el principal extremo que hacía a su posición, esto es, la existencia de dirección por parte de la concursada y subordinación de aquel respecto de esta última, sin que enerve esta conclusión el hecho de que prestara sus servicios dentro de una estructura organizada, ya que ello implicaba necesariamente el cumplimiento de ciertas normas o reglamentos que instruye la misma. Así, no se advierte acreditada la relación de dependencia invocada por el incidentista. (En el caso, del expediente laboral obran agregadas copias del contrato suscripto entre las partes, por el cual se acordó que el incidentista prestaría servicios profesionales a efectos de dirigir un proyecto y emitiría facturas por sus trabajos; el acuerdo tendría una duración de 36 meses contados a partir de la firma de aquel pudiendo ser renovado por idéntico periodo o menor por acuerdo de ambas partes; y por otro lado de la prueba informativa surge que el apelante se encuentra inscripto por ante la AFIP como trabajador autónomo)". (CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL-Sala A – "PRODUCTOS MAINUMBI SA s/ INCIDENTE DE VERIFICACIÓN PROMOVIDO POR ALONSO, GUILLERMO" Sent.del 13 DE NOVIEMBRE DE 2007 Nro.Fallo: 07131004 Identificación SAIJ: N0015630 SUMARIO CONCURSOS-DEMANDA DE VERIFICACÓN-PRESUNCIÓN DE CONTRATO DE TRABAJOLOCACIÓN DE SERVICIOS-CREDITO LABORAL: PROCEDENCIA-PRUEBA).

III.-Respecto a la crítica que introduce el actor contra la imposición en costas a su cargo, los antecedentes fácticos y jurídicos analizados no habilitan atender alguna causal para eximirlo de aquello que es derivación del principio de la derrota que receptan los arts. 17 Ley 921 y 68 del CPCyC, del que se deriva cargar con las consecuencias que genera a la contraparte haber tenido que concurrir a la instancia judicial y los gastos que se derivan de ello.

En relación a los honorarios que considera altos, cabe atender que en el caso el monto fue determinado y el art. 7 de la Ley 1594 señala una escala de porcentuales máximos y mínimos, siguiéndole que a los fines de establecer la base regulatoria el nuevo art. 20 de la citada norma, autoriza a estimar los accesorios derivados del transcurso del tiempo (Dic. 2006); realizado entonces el cotejo bajo tales pautas, a las que se agregan la de los arts. 6, 10, 39 s.s. y c.c., resulta que los montos fijados no resultan elevados.

IV.- Conforme todo lo expuesto, se habrá de rechazar el recurso de apelación del actor, confirmándose el

pronunciamiento de grado, con expresa imposición en costas a su cargo en su calidad de vencido (arts. 17 Ley 921 y 68 del CPCyC).

Tal mi voto.

El Dr. Ghisini dijo:

Por compartir los argumentos del voto que antecede adhiero al mismo, expidiéndome en idéntico sentido.

Por ello, esta SALA III

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia de grado, en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al accionante perdidoso.

3.- Regular los honorarios del Dr. ..., letrado apoderado de la actora, en el 30% de lo establecido a su favor en la instancia de grado –art. 15 LA.

4.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente vuelva a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

"LANDEROS ROBERTO ELIASAR C/ CASTAÑARES TOMAS S/D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 474131/2013) – Sentencia: 201/16 – Fecha: 01/11/2016

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

CUANTIFICACION DEL DAÑO. DAÑO FISICO. DAÑO MORAL. TRATAMIENTO MEDICO FUTURO.

1.- Para la cuantificación del daño físico en un proceso de daños y perjuicios como el presente, no corresponde solo atenerse estrictamente al resultado que pueda arrojar una fórmula, cualquiera que sea la utilizada (Vuoto o Méndez), ya que si bien éstas proporcionan pautas para la cuantificación de dicho daño, sólo son orientativas y no necesariamente el juzgador debe apegarse estrictamente a su resultado, pues en definitiva es el juez quien en cada caso particular tiene que evaluar en función de la prueba producida y de las especiales circunstancias de cada caso, utilizando las facultades conferidas por el Código Procesal (art. 165 CPCyC), la cuantificación del daño.

2.- Para la liquidación del rubro daño físico tendré en cuenta, -tal como se hizo en origen- la incapacidad sobreviniente estimada pericialmente en el 19,25% VTO, la edad de la víctima al momento del accidente -34 años- y los ingresos mensuales de $2.400; y considerando como pauta orientativa por un lado, la fórmula de matemática financiera de uso común en nuestros tribunales, el monto resarcible asciende a $86.917, que resulta ser la suma que, puesta a interés del 6% anual permitiría extraer

mensualmente el equivalente al porcentaje de incapacidad, agotándose a los 65 años, estimados como tope de la aptitud laboral; mientras que por el otro, según el cálculo por la fórmula Méndez debo tomar también el salario mensual del accidentado, su edad al momento del infortunio y el porcentaje de incapacidad, sólo que varía el interés, que aquí es del 4% y la edad límite, que es hasta los 75 años, ascendiendo por tanto a la suma de $220.158. Así el promedio de ambos extremos es la suma de $153.537. Por lo que, en función de los términos de la apelación propondré elevar este rubro, de modo tal de acercarme más a la suma promedio, en virtud de las características del caso, arribando de conformidad con las facultades conferidas por el art. 165 del Código Procesal, a la suma de $100.000, con más los intereses determinados en el instancia de grado.

3.-Teniendo en cuenta las circunstancias del hecho traumático, las lesiones sufridas en el cuerpo de un joven que al momento del infortunio contaba con 34 años de edad, como también los padecimientos experimentados como consecuencia de los tratamientos posteriores, la repercusión anímica comprensible en función del estado del paciente, encuentro atendible elevar la indemnización del daño moral a la suma de $30.000, que se estima suficiente para proveer satisfacciones alternativas, susceptibles de mitigar el impacto a las afecciones legítimas del damnificado.

4.- Si bien el actor reclamó en su demanda por tratamiento médico futuro la suma de $15.000, en dicha oportunidad hizo reserva que dicho monto sea modificado en función de las probanzas de autos, utilizando la expresión: "y/o en lo que en más o en menos surja de las probanzas de autos...". Tal circunstancia, habilita a apartarse de la suma reclamada si de la prueba colectada en la causa surge que el monto indemnizatorio por este rubro debe ser mayor. En función de lo expuesto, se hará lugar a dicho agravio y en consecuencia se elevará la suma correspondiente a tratamiento psicológico, a $20.000.

5.- En lo que respecta a los gastos por "tratamiento médico futuro", considero que en autos, a través de la pericia médica, el actor ha logrado acreditar la necesidad de la realización de tratamiento médico. [...] el tratamiento de rehabilitación del tobillo izquierdo insume un costo aproximado que ronda entre los $9.000 (30 sesiones) y los $12.000, (40 sesiones), por lo que estimo que dicho rubro debe ser acogido favorablemente y en función de las facultades que me confiere el art. 165 del CPCyC., lo fijo en la suma de: $10.000.

6.- Habré de disentir con el voto que antecede en relación a la cuantificación del daño derivado de la incapacidad física determinada. En "Mendez" si bien para satisfacer las necesidades de indemnización actuales de los damnificados por los accidentes laborales, se eleva la vida productiva a 75 años de edad (antes en la

fórmula Vuotto era de 65 años) y reduce la tasa de interés al 4%, cuando antes se justificaba el empleo de una tasa de interés de 6%, porque existían depósitos bancarios a dicha tasa mirando siempre de mantener el poder adquisitivo original". Conforme lo expuesto, y por estimar aplicable esta última fórmula de cálculo, cabe atender en el caso el porcentaje de incapacidad determinado en el 19,25%, la edad de la persona, que en el caso contaba con 34 años, y el ingreso mensual estimado en $2.400,00, obteniéndose la suma de $211.902,83.

En conclusión, se hará lugar al agravio del actor elevando el monto de la condena por este rubro a dicha suma, con más los intereses fijados en la sentencia. (del voto del Dr. Medori, en disidencia).

Texto completo:

NEUQUEN, 1° de noviembre de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "LANDEROS ROBERTO ELIASAR C/ CASTAÑARES TOMAS S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (Expte. N° 474131/2013), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 5 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia definitiva de primera instancia que luce a fs. 159/167, hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios promovida por el Sr. Roberto E. Landero, condenando a Tomás Castañares a abonar al actor la suma de $103.000, con más los intereses especificados en los considerandos respectivos y costas del juicio al demandado vencido.

Esa sentencia es apelada por la parte actora a fs. 168 y vta., siendo concedido libremente el recurso y fundado en la pieza procesal que corre agregada a fs. 192/197.

II.- Agravios de la parte actora.

Considera insuficiente el monto otorgado por daño físico de acuerdo con las características personales de la víctima, las lesiones y secuelas sufridas, y los detrimentos padecidos en el ámbito de su relación social.

Sostiene que la incapacidad no sólo debe fijarse con relación al aspecto laborativo sino que se deben tener en cuenta todas las actividades del sujeto y la proyección que la secuela tiene sobre la personalidad integral de la víctima, debiendo tenerse en cuenta el buen estado de salud general que presentaba antes del siniestro.

Afirma, que la suma establecida para resarcir este rubro resulta alejada de toda idea de reparación del daño cierto que le produce el accionar ilícito del demandado.

Señala que la a quo no especifica la fórmula utilizada a los fines de arribar a una indemnización por este rubro. Efectúa los cálculos de acuerdo a la fórmula matemática financiera y llega a la suma de $86.917; por lo que solicita se eleve a su justa medida la indemnización para reparar la incapacidad física sufrida.

En segundo lugar, cuestiona por insuficiente la suma de $15.000 determinada en concepto de daño moral, ello en virtud de los padecimientos y las lesiones a la integridad física, soportados por el actor.

En tercer lugar, ataca por bajo el monto otorgado por gastos de tratamiento psicológico futuro.

Menciona, que en la sentencia se le concede la suma de $15.000, pero lo cierto es que el perito dice que el costo del tratamiento psicológico que debe realizar el actor es de $20.000. Y, la jueza no da razones para apartarse del importe determinado en la pericia y si bien su parte reclamó la suma de $15.000, lo hizo "o en lo que en más o en menos surja de las probanzas de autos"; por lo que interpreta que se debe estar a los dichos de quién informa sobre el gasto del tratamiento que deberá realizar el actor, es decir, el perito psicólogo.

En cuarto lugar, se agravia por el rechazo de los gastos por tratamiento médico futuro.

Corrido traslado a la contraria del memorial de agravios mediante providencia de fs. 198, el mismo no es contestado.

III.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones traídas a resolución de esta Alzada, las que en esencia se reducen al escaso monto otorgado en la sentencia en crisis, en concepto de daño físico, daño moral y gastos por tratamiento psicoterapéutico; y al rechazo de los gastos por tratamiento médico futuro.

En cuanto al agravio referido a la insuficiencia de la suma determinada en concepto de daño físico, debo decir que comparto los fundamentos expuestos en la sentencia de grado, vinculados a la procedencia de este rubro, como así los parámetros utilizados para su determinación, tales como: salario denunciado: $2400, edad del actor al momento del accidente: 34 años y porcentaje de incapacidad: 19,25, sin embargo considero que en este caso particular, el importe fijado resulta bajo.

Ello es así, toda vez que para su cuantificación en un proceso de daños y perjuicios como el presente, no corresponde solo atenerse estrictamente al resultado que pueda arrojar una fórmula, cualquiera que sea la utilizada (Vuoto o Méndez), ya que si bien éstas proporcionan pautas para la cuantificación de dicho daño, sólo son orientativas y no necesariamente el juzgador debe apegarse estrictamente a su resultado, pues en definitiva es el juez quien en cada caso particular tiene que evaluar en función de la prueba producida y de las especiales circunstancias de cada caso, utilizando las facultades conferidas por el Código Procesal (art. 165 CPCyC), la cuantificación del daño.

Consecuentemente, para la liquidación de este ítem tendré en cuenta, -tal como se hizo en origen- la incapacidad sobreviniente estimada pericialmente en el 19,25% VTO, la edad de la víctima al momento del accidente -34 años- y los ingresos mensuales de $2.400; y considerando como pauta orientativa por un lado, la fórmula de matemática financiera de uso común en nuestros tribunales, el monto resarcible asciende a $86.917, que resulta ser la suma que, puesta a interés del 6% anual permitiría extraer mensualmente el equivalente al porcentaje de incapacidad, agotándose a los 65 años, estimados como tope de la aptitud laboral; mientras que por el otro, según el cálculo por la fórmula Méndez debo tomar también el salario mensual del accidentado, su edad al momento del infortunio y el porcentaje de incapacidad, sólo que varía el interés, que aquí es del 4% y la edad límite, que es hasta los 75 años, ascendiendo por tanto a la suma de $220.158. Así el promedio de ambos extremos es la suma de $153.537.

Por lo que, en función de los términos de la apelación propondré elevar este rubro, de modo tal de acercarme más a la suma promedio, en virtud de las características del caso, arribando de conformidad con las facultades conferidas por el art. 165 del Código Procesal, a la suma de $100.000, con más los intereses determinados en el instancia de grado.

En otro orden, también es motivo de apelación el monto determinado por daño moral ($15.000), al considerarlo bajo.

En referencia a la cuantificación de este rubro, esta Cámara ha tenido ocasión de señalar que en la difícil tarea de fijar el resarcimiento de este item inmaterial, se ha seguido en innumerables antecedentes análogos las pautas dosificadoras aconsejadas por Mosset Iturraspe en "Diez Reglas sobre

Cuantificación del Daño Moral" (diario La Ley del 3 de febrero de l994) que, en definitiva, se resumen en la necesidad de que no se trate de una indemnización meramente simbólica, no debe generar un enriquecimiento injusto, no admite tarifación ni topes, no cabe referirlo a un porcentaje del daño material, debe diferenciarse en función de la gravedad del daño y a las peculiaridades de la víctima y del victimario, armonizar con reparaciones concedidas en casos semejantes, procurar "placeres compensatorios" y consistir en sumas que puedan pagarse dentro del contexto económico del país y el standard de vida general.

Desarrollando tales conceptos, el autor citado destaca que "atento a los avances unificadores de los cambios de la responsabilidad, debe estarse, igualmente, ante cualquier daño moral, conforme al ex art. 522 del Código Civil, al tipo de agravio, a la índole del hecho generador y, por sobre todo, a "las circunstancias del caso.

Ahora bien, debo decir que comparto los fundamentos brindados en la sentencia de origen en lo referente a la procedencia del daño moral, no obstante que en este caso en particular el importe fijado debe ser elevado en mérito a las constancias de la causa, a saber: edad del actor a la fecha del accidente (34 años) y la incapacidad (19,25%) determinada en la pericia médica que luce a fs. 142/143.

Es sabido que la fijación del importe por daño moral no es de fácil determinación, que se encuentra sujeto a una prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas del perjudicado, a los padecimientos que se experimentan a raíz de las lesiones sufridas y a la incertidumbre sobre un futuro incierto, es decir, que los agravios se

configuran en el ámbito espiritual de quien los padece y no siempre se exteriorizan.

Teniendo en cuenta las circunstancias del hecho traumático, las lesiones sufridas en el cuerpo de un joven que al momento del infortunio contaba con 34 años de edad, como también los padecimientos experimentados como consecuencia de los tratamientos posteriores, la repercusión anímica comprensible en función del estado del paciente, encuentro atendible elevar la indemnización del daño moral a la suma de $30.000, que se estima suficiente para proveer satisfacciones alternativas, susceptibles de mitigar el impacto a las afecciones legítimas del damnificado.

En cuanto al agravio relativo al importe determinado ($15.000) en concepto de "tratamiento psicológico futuro"; vale decir, se fijó el monto reclamado en la demanda, cuando se debió otorgarle el determinado en la pericia psicológica ($20.000), ello en función de la reserva efectuada en el escrito inicial.

Advierto que si bien el actor reclamó en su demanda por tratamiento médico futuro la suma de $15.000, en dicha oportunidad hizo reserva que dicho monto sea modificado en función de las probanzas de autos, utilizando la expresión:

"y/o en lo que en más o en menos surja de las probanzas de autos...". Tal circunstancia, habilita a apartarse de la suma reclamada si de la prueba colectada en la causa surge que el monto indemnizatorio por este rubro debe ser mayor.

Precisamente, en la pericial psicológica que obra a fs. 135/138, el perito en el punto 5, dice: "Creo que, efectivamente, una psicoterapia le es imprescindible para poder zanjar este hecho, colocándolo en una dimensión más acorde a la realidad y, por lo tanto, influyendo menos en su psiquismo. Estimo que con 50 sesiones tal situación puede estar elaborada. En cuanto a costos, si sabemos que el promedio de costo de una sesión oscila en los 400 pesos, el dinero que el actor necesita para cubrir dicho tratamiento rondará los $20.000, habida cuenta que las Obras Sociales no cubren tratamientos de esta índole..."

En función de lo expuesto, se hará lugar a dicho agravio y en consecuencia se elevará la suma correspondiente a tratamiento psicológico, a $20.000.

En lo que respecta a los gastos por "tratamiento médico futuro", considero que en autos, a través de la pericia médica de fs. 142/143 vta., el actor ha logrado acreditar la necesidad de la realización de tratamiento médico.

Así el perito al responder el punto 6) expresó: "Puede ser sometido a rehabilitación física por dolencia crónica a nivel de su tobillo izquierdo. La duración del tratamiento y por ende su costo, dependerá de la evolución del paciente. Se estima al menos 30 a 40 sesiones; costo por sesión de $300, y no se garantiza la total recuperación con dicho tratamiento".

De ello se desprende que el tratamiento de rehabilitación del tobillo izquierdo insume un costo aproximado que ronda entre los $9.000 (30 sesiones) y los $12.000, (40 sesiones), por lo que estimo que dicho rubro debe ser acogido favorablemente y en función de las facultades que me confiere el art. 165 del CPCyC., lo fijo en la suma de: $10.000.

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo que se haga lugar al recurso de apelación interpuesto por el demandante, y en consecuencia, elevar el monto de condena a la suma de $160.000, con más los intereses establecidos en la sentencia de grado.

En relación a las costas correspondientes a esta instancia, en función del resultado obtenido, las mismas serán a cargo de la demandada (art. 68 CPCyC).

III.- Por lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar a los agravios del actor, elevando en consecuencia el monto de condena a la suma total de $160.000, con más los intereses en la forma dispuesta precedentemente.

Las costas de Alzada serán a cargo de la demandada en atención a su condición de vencida (art. 68 del CPCyC), manteniendo los honorarios de la anterior instancia por adecuarse a este pronunciamiento y regular los correspondientes a esta instancia conforme art. 15 LA.

Tal mi voto.

El Dr. Medori dijo:

I.- Que habré de disentir con el voto que antecede en relación a la cuantificación del daño derivado de la incapacidad física determinada, que estimo debe ser más elevado, y la improcedencia de los agravios respecto a los tratamientos psicológicos y médicos futuros.

A.- Que acerca del primero, en la causa CERVERO ROCAMORA ROSER Y OTRO C/HIDALGO CLUDIO ELIZABETH Y OTOR S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXTE. 422.099/10-Sent. 28.06.2016) sostuve :

"… el daño resarcible, más allá de la denominación que le puedan dar las partes, no está representado por la lesión en sí misma, sino por los efectos que ella produce, ya que no es resarcible cualquier daño, sino únicamente aquel que trae aparejado un resultado disvalioso que la reparación procura subsanar o compensar.

De allí que, la indemnización que se pueda otorgar como consecuencia de la incapacidad generada, debe atender primordialmente a mantener incólume una determinada calidad de vida cuya alteración, disminución o frustración constituyen en sí un daño susceptible de mensura patrimonial. Para su evaluación se deben apreciar las actividades del sujeto aun fuera del ámbito económico o productivo, abarcando aspectos de la vida social, de relación y esparcimiento, vale decir, que la reparación para que sea plena no debe ceñirse únicamente al aspecto laborativo, sino que además, se debe evaluar el estado del damnificado previo al infortunio que generó la incapacidad, sin que quepa estimarla únicamente recurriendo a la aplicación de fórmulas matemáticas, sino determinándola también en función de pautas relevantes, tales como las circunstancias personales del reclamante.

En función de lo expuesto, debe evitarse la superposición de los rubros reclamados que impliquen duplicar la indemnización por un mismo concepto, tal como sería que se reclame bajo una misma pretensión indemnización por incapacidad y a la vez por afectación de la calidad de vida.Y en particular el análisis de las secuelas que ambos actores pretenden deben ser reparadas vinculadas a las cicatrices, se cumplirá atendiendo a que siempre que de ellas deriven daños físicos deben ser objeto de indemnización, considerando las particularidades que en cada caso concurran.

La intrascendente o la que no afecta las actividades sociales, ni reduce las posibilidades económicas ni implica una desfiguración del rostro o sea que no afecta en modo alguno el desenvolvimiento normal de las tareas habituales, no constituye un daño susceptible de ser indemnizado (art. 1069 Cód. Civil). Sobre la naturaleza del daño estético, mientras unos sostienen que se trata de un daño material, porque incide sobre las posibilidades económicas y sobre la vida de relación de quien lo padece, siendo ambos conceptos acumulables, otros aducen que sólo lesiona las afecciones legítimas del damnificado, por lo que integra el concepto del daño moral. En realidad la lesión estética provoca intrínsecamente daño a un bien extrapatrimonial; la integridad corporal, lesión que siempre, provocará un agravio de tipo moral y que puede, o no, afectar el aspecto patrimonial del individuo. Si lo provoca, se está en presencia de un daño patrimonial indirecto, toda vez que -además de la afección extrapatrimonial- indirectamente se traduce en perjuicios patrimoniales que pueden ser tanto daños emergentes (gastos insumidos en la curación de las lesiones), cuanto lucros cesantes (pérdida de la fuente de trabajo o disminución del mismo)." (CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL Y MINERIA, SAN JUAN, SAN JUAN, Sala 03 (Caballero, Humberto Cuneo de García, Catalina Celia Moya, Moisés), Martinez Enrique Víctor y Otra c/ Eguaburo Diego José y Otros s/ Daños y Perjuicios -Sumario y Acumulado N° 52558 (4° Juz. Civil) (8634 Sala III) "Gómez Dolores Beatriz C/ Eguaburo Diego José y Otros Cesar José Eguaburo -Daños y Perjuicios (Sumario)", SENTENCIA del 26 de Septiembre de 2007, -© 2008 - SAIJ en WWW v 1.9)".

Y que "…. a los fines cuantificar la incapacidad sobreviniente en orden al porcentaje fijado, se habrá de atender a las perspectivas que recepta la fórmula matemática aplicada en la causa "Méndez Alejandro Daniel c/ MYLBA S.A. y otro s/Accidente" (Sentencia N° 89.654 – Sala III de la CNAT) que sigue el esquema de una fórmula de matemática financiera como lo exige el nuevo art. del CCyC, y por la que se incluyeron nuevas variables para mejorar y eliminar las falencias de la aplicada por el mismo tribunal en "Vuotto c/ AEG Telefunken Argentina" (Sentencia N° 36010), que resultaba insuficiente porque no contemplaba la totalidad del daño ocasionado a la víctima, en este caso trabajador, al no incluir la pérdida de la chance, déficit observado y subsanado por la CSJN en el fallo "Arostegui" (28/04/2008), reconociendo la afectación de las relaciones sociales, deportivas, artísticas, además de poder sufrir lo que se llama "posibilidad futura de ascenso en su carrera", que debe estar comprendido en todo valor indemnizable.

En "Mendez" si bien para satisfacer las necesidades de indemnización actuales de los damnificados por los accidentes laborales, se eleva la vida productiva a 75 años de edad (antes en la fórmula Vuotto era de 65 años) y reduce la tasa

de interés al 4%, cuando antes se justificaba el empleo de una tasa de interés de 6%, porque existían depósitos bancarios a dicha tasa mirando siempre de mantener el poder adquisitivo original".

Conforme lo expuesto, y por estimar aplicable esta última fórmula de cálculo, cabe atender en el caso el porcentaje de incapacidad determinado en el 19,25%, la edad de la persona, que en el caso contaba con 34 años, y el ingreso mensual estimado en $2.400,00, obteniéndose la suma de $211.902,83.

En conclusión, se hará lugar al agravio del actor elevando el monto de la condena por este rubro a dicha suma, con más los intereses fijados en la sentencia.

B.- En relación al tipo y cuantificación de los tratamientos psicológicos y médicos, que fueron abordados por la juez de grado como "Gastos futuros" siguiendo los postulados en la demanda (fs. 7vta/8 puntos F1-2) que ahora se agravia porque no se atiende lo recomendado por los peritos a fs. 137 (pto. 5) y 143 (pto. 6).

Que en el agravio no se confrontan los fundamentos dados por la juez de grado de no haberse acreditado la necesidad de otros tratamientos que los reclamados, con lo que incumple los recaudos de admisibilidad del recurso previstos en el art. 265 del CPCyC.

En tal sentido, por un lado el dictamen psicológico no justifica el abordaje o modalidad para aconsejar la prolongada terapia de 50 sesiones que estimó; y el médico cuando se refiere a la rehabilitación sólo expresa que "puede ser sometido a rehabilitación física" más con ello "No se garantiza la total recuperación", análisis razonable porque antes había aseverado la consolidación de la incapacidad que fijó como permanente.

II.- Conforme lo expuesto, propiciaré al acuerdo que, haciendo lugar parcialmente al recurso de apelación del actor, se eleve el monto de la condena a la suma de $ 259.902,83, manteniéndose los accesorios.

Las costas de Alzada se imponen al demandado en su calidad de vencido (art. 68 del CPCyC), fijando los honorarios del letrado interviniente en el 30% de los fijado para la instancia de grado (art. 15 L.A. vigente).

Tal mi voto.

Existiendo disidencia en los votos que anteceden, integrase Sala con el Dr. Jorge Pascuarelli, y dice:

Por compartir los argumentos del Dr. Ghisini, adhiero a su voto, pronunciándome en idéntico sentido.

Por ello, POR MAYORÍA, esta SALA III

RESUELVE:

1.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 159/167, elevando el monto total de condena a la suma de PESOS CIENTO SESENTA MIL $160.000, con más sus intereses en la forma dispuesta en los considerandos respectivos.

2.- Mantener los porcentajes fijados en concepto de honorarios, por adecuarse a este pronunciamiento.

3.- Costas de Alzada a cargo de la vencida.

4.- Regular los honorarios de Alzada en el 30% de lo establecido en la anterior instancia.

5.- Regístrese, notifíquese 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

"ORTIZ MIGUEL ANGEL C/ PECOM SERVICIOS ENERGIA S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 424237/2010) – Sentencia: 202/16 – Fecha: 03/11/2016

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

DESPIDO INCAUSADO. INDEMNIZACION POR DESPIDO. REMUNERACION DEL TRABAJADOR. FORMAS DE PAGO. PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS. CUANTIFICACION. BONO POR OBJETIVOS. ANTIGUEDAD. SUELDO ANUAL COMPLEMENTARIO. CERTIFICADO DE TRABAJO. MULTA.

1.- […] en función de la categoría que detentaba el actor –cargo gerencial-, los elementos proporcionados por la empresa (vehículo, celular y computadora) si bien son a los fines de que pueda ejecutar su tarea, ello de manera alguna implica que no formen parte de su salario en especie - art. 105 de la LCT-, […]

2.- […] que ampararse en el distracto a fin de justificar el no pago del bono- que era otorgado por la empresa, de acuerdo al logro de objetivos particulares de cada trabajador-, cuando la propia empresa consideró que se trató de un despido sin causa, constituye una conducta que, por aplicación de la doctrina de los actos propios, no puede ser considerada para justificar la improcedencia del pago de los bonos reclamados en autos, […]

3.- ES procedente el cuestionamiento formulado por la parte demandada en orden a que no debe incluirse el SAC para el cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, en función del criterio que viene sosteniendo esta Sala, entre otros en autos: "CARRASCO JORGE HUMBERTO CONTRA TEXEY S.R.L. SOBRE DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", (Expte. Nº 420662/2010), que establece que para el cálculo de la indemnización por antigüedad es necesario que el salario sea abonado de manera mensual.

4.- […] al no existir constancias de la entrega del "certificado de trabajo", se encuentra acreditado el supuesto de hecho que da nacimiento a la multa prevista en el artículo 80, […]

Texto completo:

NEUQUEN, 3 de noviembre de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ORTIZ MIGUEL ANGEL C/ PECOM SERVICIOS ENERGIA S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", (Expte. Nº 424237/2010), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 4 a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini, dijo:

I.- Vienen las presentes actuaciones para el tratamiento del recurso de apelación articulado por la parte demandada a fs. 488/494 y vta., contra la sentencia definitiva que luce a fs. 459/471.

En primer lugar, se agravia la accionada por la falta de decisión sobre la excepción de prescripción que planteara. Aclara que este agravio tiene dos aspectos: uno, por la falta de decisión propiamente dicha y el otro, por el aparente rechazo de dicha excepción, por cuanto se condena a su mandante a abonar conceptos devengados durante el año 2007.

Por otro lado, dice, que si se considera que el a quo rechaza la excepción, debe revertirse tal situación por cuanto resulta patente que los créditos a los que pudiera haber tenido derecho el actor y que se habrían devengado durante el 2007 se encuentran absolutamente prescriptos.

Aduce, con relación al reclamo del 19/02/2010, que el mismo suspendió la prescripción de los conceptos devengados

hasta esa fecha, razón por la cual los anteriores han quedado prescriptos.

En segundo lugar, interpreta que el a quo se ha apresurado al considerar que ciertos elementos de trabajo integraban el salario del Sr. Ortiz; y no tuvo en cuenta los extremos alegados por algunos de los testimonios aportados, que dan cuenta que los elementos que el juez considera salario no revestían tal carácter.

En tercer lugar, califica de arbitraria la cuantificación del salario en especie. Así, sostiene que a pesar de que el magistrado manifestó que no existen pruebas con relación a cual sería el valor mensual de la notebook, el celular y el moden, sin razón aparente toma como ciertos los valores que solicita la actora.

En cuarto lugar, refiere que en la sentencia se efectúa una incorrecta apreciación de la prueba producida en autos. Por un lado, considera probado el extremo manifestado por los testigos respecto al objeto del bonus reclamado, en tanto los mismos fueron contestes en aseverar que aquél era otorgado por la empresa, en forma individual y racional, de acuerdo al logro de objetivos particulares de cada trabajador. Sin embargo, luego razona que su mandante no ha logrado acreditar la no consecución de los objetivos requeridos para el otorgamiento del bonus de marras por parte del trabajador, manifestando además que no existe sustento para acreditar su fracaso respecto de aquellos. No tiene en cuenta que el mencionado bonus constituye una liberalidad por parte de la empresa, atento a que no se encuentra legislado en convenio colectivo alguno y no existe normativa que lo regule.

Menciona, que claramente no ha existido un cumplimiento cabal de los objetivos intrínsecos a las tareas desarrolladas por el actor, incumplimiento cuya consecuencia última fue el despido, y la previa fue la merma de los incentivos liberalmente otorgados por su mandante en razón de la eficiencia del personal.

Remarca, que el a quo olvida nuevamente aquí considerar aspectos probados por su parte respecto de la improcedencia del reclamo del actor.

En otro orden, alega que resulta arbitrario el calculo que realiza el magistrado respecto al valor de los bonus, mediante el cual se le adeuda al trabajador la suma de $41.611,40, en concepto de diferencia por bonus año 2008; $251.961,60, en concepto de bonus del año 2009. Ello, por cuanto no especifica, cómo ha arribado a dichas sumas, sin perjuicio de todo lo expuesto sobre la improcedencia de los mismos. Y que, párrafo aparte merece la absurda consideración de que debe abonarse SAC sobre dichos bonus.

En quinto lugar, cuestiona que el magistrado de grado haya condenado a su representada a abonar la suma de $34.667,95 en concepto de vacaciones correspondientes al año 2008, al apartarse de lo dispuesto por el art. 157 de la LCT, y jurisprudencia aplicable al caso, en cuanto en dicha norma se establece la caducidad del derecho a goce de las vacaciones.

Manifiesta, que si el empleador no notifica con la antelación que manda la LCT el comienzo de las vacaciones correspondientes, es obligación del trabajador avisar el período en el cual hará uso de las mismas, de forma que terminen antes del 31 de mayo (art. 157 de la LCT). Así, las vacaciones correspondientes al año 2008, las debió tomar entre el 01 de noviembre de 2008 y el 30 de abril de 2009 (conforme art. 154, primer párrafo de la LCT). Y si al vencer los plazos que establece el art. 157 de la LCT, el empleador no hubiere otorgado o comunicado el periodo de vacaciones, el trabajador debe hacerlo de forma tal que finalicen antes del 31 de mayo (en este caso, antes del 31 de mayo del año 2009).

En sexto lugar, el magistrado se equivoca por cuanto incurre en exceso al cuantificar el importe correspondiente a las vacaciones por el año 2009. En efecto, la remuneración del actor no estaba compuesta por salario en especie, sino que los elementos brindados para su trabajo no constituían una remuneración en ningún sentido.

En séptimo lugar, considera improcedente la inclusión del SAC en la base de cálculo del art. 245 de la LCT. Cita jurisprudencia en tal sentido.

En octavo lugar, indica que resulta improcedente la indemnización del art. 80 de la LCT, pues conforme las constancias de autos, el certificado ha sido puesto a disposición del actor, fue retirado y solo intimó a su entrega.

Afirma, que si bien el a quo consideró que no habría entregado la certificación de trabajo, el mismo actor la acompaña con el escrito de demanda, no habiéndose solicitado en ningún momento corrección o enmienda de los mismos, motivo por el cual resulta sumamente irracional y reñida con los hechos de marras la condena al pago de la

indemnización prevista en el art. 45 de la Ley 25.345.

Advierte, que no se dio en el caso actitud maliciosa de su parte, necesaria para aplicar cualquier tipo de sanción y mucho menos para la reclamada por el demandante, por lo que cabe descartar la multa.

Hace reserva del caso federal.

Corrido el pertinente traslado del recurso, a fs. 497/506 vta., el actor contesta los agravios. En primer lugar, pide la deserción por no cumplir con los requisitos del art. 265 del CPCyC. Y, subsidiariamente, solicita se rechacen los agravios, con costas.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, en primer lugar, respecto de la prescripción, debo decir que si bien la sentencia de grado no resulta demasiado clara al respecto, observo también que el recurso bajo análisis -al igual que su planteo en la anterior instancia- carece de precisiones en lo que respecta a los rubros y fechas que entiende prescriptos.

Así pues, de manera general expone que plantea la excepción de prescripción de los períodos 2007 y que el plazo de prescripción ha sido interrumpido con la interposición de la demanda el 19/02/2010, encontrándose por lo tanto, prescripto el año 2007 reclamado. Ello, sin indicar a que rubros se refiere concretamente, ni detallar por qué considera que el plazo de prescripción consagrado en el art. 256 de la Ley de Contrato de Trabajo, se encuentra cumplido.

Por otra parte, la prescripción no puede resolverse de oficio, por lo que tampoco las deficiencias argumentativas que se realizan respecto de esta materia, pueden ser introducidas de ese modo.

Esa falta de precisión observada en la instancia de grado, si bien no ha sido advertida por el juez, se reitera en oportunidad de expresar agravios, circunstancia ésta que resulta suficiente para declarar desierto el primer agravio, atento a no cumplir con los recaudos exigidos por el art. 265 del Código Procesal.

En cuanto al segundo de los agravios, referido a la improcedencia de incluir la vivienda, camioneta, celular, moden y notebok, como salario en especie, el art. 105 de la Ley de Contrato de Trabajo, establece: "El salario debe ser satisfecho en dinero, especie, habitación, alimentos o mediante la oportunidad de obtener beneficios o ganancias. Las prestaciones complementarias, sean en dinero o en especie, integran la remuneración del trabajador...".

A su vez, se ha definido al salario en especie como toda remuneración que no consiste en dinero y suele consistir en el alojamiento (uso de habitación), la alimentación, la entrega de comestibles, etcétera. (Etala, Carlos Alberto,
Contrato de Trabajo, Pág. 342, ed. Astrea- 5ta. Edición Actualizada).

Vale decir, que como parte integrante del salario, es factible que el empresario proporcione al trabajador elementos que no solo pueden ser utilizados para ejecutar el trabajo, sino también para uso personal del operario. Tal como ocurre cuando el celular, la camioneta, la computadora, son proporcionados por el empleador no solo para facilitar o permitir la ejecución del trabajo sino también para uso de las necesidades personales del mismo.

Si bien en el caso particular de autos, del testimonio brindado por el Sr. Alberto Daniel González (fs. 264), surge que el vehículo y el celular son herramientas de trabajo que solo pueden utilizarse para las tareas laborales, dicha declaración se contrapone con la pericia contable que obra a fs. 349/354, en donde la contadora Gisela Carina Santella, al responder a la pregunta g) -Indique las remuneraciones mensuales en especie percibidas por Ortiz, en el período 2008/2009 (vivienda, vehículo, notebook, MODEN, celular), expresó: "La demandada ha manifestado que le proveía a la actora de vivienda, alquiler depto. de $3.500, vehículo, notebook, MODEM y celular".

Tengo presente que dicho informe no ha sido impugnado por las partes.

Del testimonio mencionado en el párrafo anterior, se desprende que al Sr. Miguel A. Ortiz la empresa le proveía de vivienda, computadora y vehículo, y que en ese caso particular se le pagaba el alquiler.

Dentro del contexto analizado, se puede inferir que si bien no todos los operarios podían utilizar los elementos en especie proporcionados por la empresa (celular, vehículo) de manera personal, en el caso de Miguel A. Ortiz atento al cargo gerencial que detentaba, dichos elementos formaban parte de la remuneración en especie que percibía en los términos del art. 105 de la LCT.

En tal sentido la jurisprudencia ha dicho: "Podría discutirse, en cierta forma, la inclusión del uso del automóvil en el concepto de remuneración, si el vehículo se suministra al trabajador para que cumpla con su tarea o incluso para

agregar un grado que conforma su calidad de vida acorde con sus ingresos.

Pero ello no ocurre cuando, como en la especie, se trató de un alto ejecutivo que por su posición social, derivada de su cultura e ingresos, tenía elautomóvil incorporado necesariamente a su estilo de vida. En tal contexto, la adjudicación del vehículo evitó el gasto que de todos modos el actor hubiera realizado y, en consecuencia, importó una ventaja patrimonial que puede y debe considerarse contraprestación salarial en los términos de los arts. 103 y 105 TORCT. (Auto: Cabrera, Antonio c/ Lloyds Bank s/despido. Ref.: Uso del automóvil. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala: Sala IV. Mag.: Perugini. Corach. - N° Sent.: S/D 73442 - Fecha: 14/08/1995 - Nro. Exp.: 73442/95).

"Si el actor gozó del beneficio de usar un automóvil suministrado por la empresa, no sólo los días laborales, sino también los que no lo eran, tal beneficio debe encuadrarse como una remuneración en especie, integrativa del sueldo, que tiene proyección a los efectos salariales e indemnizatorios y también sobre el cálculo del pago de las vacaciones". (Auto: Van Gelderen, Federico c/ Lloyds Bank s/despido. - Ref.: Uso del automóvil. Incidencia. Carácter salarial. Vacaciones. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala: Sala III. Mag.: Eiras. Guibourg. N° Sent.: S/D 69537 - Fecha: 31/05/1995 - Nro. Exp.: 69537/95).

"Si la empresa demandada concedió al trabajador el uso de un vehículo no sólo para ser afectado a su desempeño en la misma sino para el uso personal y el de su familia, resulta innegable que el uso del automóvil ha constituido salario en especie integrativo de la remuneración, pues el uso particular del rodado no ha tenido carácter "accesorio, residual e inevitable" (conf. Sala VI, sent. del 27/2/86 "Wilson L.M.E. c/ Cía. Química", del voto en minoría del Dr. Morando).

Argumento tampoco compartido desde la tesis que considera salario a las prestaciones que suponen un ingreso efectivo o evitan un gasto al dependiente". (Auto: Canedo, Pedro c/ Atanor SA s/ despido. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala: Sala X. Mag.: Corach. Scotti. Simon. Tipo de Sentencia: definitiva. - N° Sent.: 769. Fecha: 29/11/1996 - Nro. Exp.: 769/96).

De lo expuesto se desprende que en función de la categoría que detentaba el actor, los elementos proporcionados por la empresa (vehículo, celular y computadora) si bien son a los fines de que pueda ejecutar su tarea, ello de manera alguna implica que no formen parte de su salario en especie, salvo que el empleador hubiera demostrado lo contrario a través de los medios de prueba fehacientes que ameriten que tales instrumentos han sido proporcionados pura y exclusivamente para el uso laboral.

Tal como lo analizara, los dichos del Sr. Alberto Daniel González (fs. 263/264), a mi entender han sido insuficientes para acreditar que, por lo menos en el caso del actor, los elementos proporcionados, como así el pago del alquiler, no formaran parte de su remuneración (art. 105 LCT), por lo que este agravio será rechazado.

En orden a la cuantificación del salario en especie, al haberse acreditado su existencia, teniendo en cuenta el reconocimiento efectuado por la propia empresa en lo que respecta al pago de alquiler ($3.500) y en función de los elementos tenidos en cuenta por el a quo, como ser el informe brindado por Transac Renta Car, del cual surge que el alquiler de una camioneta 4x2 D/C año 2007, es de $4.600 más IVA, como así las facultades que el propio art. 165 del CPCyC, le otorgan al juez para determinar el valor de los demás elementos que conforman el salario en especie percibido por el actor, el valor estimado en la sentencia resulta correcto, por lo que propiciare su confirmación.

Respecto a la procedencia del bonus PPR, adelanto que dicho agravio no resulta procedente, pues observo que la empleadora despidió al trabajador sin causa por lo que resulta improcedente que en esta etapa alegue que el despido se debió a que el operario no tuvo el desempeño esperado en los años 2008 a 2009 y fue consecuencia inevitable de su falta de eficiencia (arts. 242 y 243 de la LCT).

De allí, que ampararse en el distracto a fin de justificar el no pago del bono, cuando la propia empresa consideró que se trató de un despido sin causa, constituye una conducta que, por aplicación de la doctrina de los actos propios, no puede ser considerada para justificar la improcedencia del pago de los bonos reclamados en autos, por lo que dicho agravio será rechazado.

En cuanto al monto determinado en concepto de pago de bonos, diré que de una lectura atenta de la sentencia (ver fs. 466 vta. y fs. 467) surge claramente los parámetros que ha tenido en cuenta el juez de grado para su cuantificación.

Así, la sentencia expresa: "En relación al monto de cada uno corresponde tener en cuenta que conforme las

declaraciones de TASSIN (fs. 437) y González (fs. 823 y vta.), el mismo era equivalente a 12 salarios mensuales. Por lo que entiendo razonable la pretensión del actor de percibir por el año 2008, el equivalente a 6,6 sueldos mensuales y en el año 2009, 9,6 sueldos.

Entiendo que cuando refiere a sueldos y realiza los cálculos, el actor se refiere a las remuneraciones en dinero, sin incluir la remuneración en especie, por lo que solo tomaré el primero para estimar lo que debió percibir el actor en concepto de bonus. En relación al año 2008 percibió la suma de $102.361,00 cuando debió percibir la de $143.972,40 ($21.814,00 x 6,6), adeudándosele el importe de $41.611,40. En relación al año 2009 le correspondía 9,6 sueldos por lo que debió percibir la suma de $251.961,60 ($26.248,00 x 9,6)".

Por lo tanto, dicho agravio será rechazado.

En cuanto al calculo del SAC sobre el importe de los bonus, observo que el recurrente se limita a manifestar solamente lo siguiente: "Párrafo aparte merece la absurda consideración de que debe abonarse SAC sobre dichos bonus", sin indicar clara y concretamente los motivos de su disconformidad con el criterio sustentado en la resolución de grado, y esto no constituye una critica concreta y razonada en los términos del art. 265 del CPCyC, por lo que no será abordado en esta instancia.

Sobre las vacaciones del año 2008, el demandado recién en esta instancia efectúa una serie de consideraciones sobre la improcedencia del rubro en cuestión, invocando la falta de cumplimiento de lo dispuesto por el art. 157 de la LCT.

Así expone, que si el empleador no comunica con la antelación que manda la LCT para el comienzo de las vacaciones correspondientes, es obligación del trabajador comunicar el período en el cual hará uso de las mismas, de forma que terminen antes del 31 de mayo (art. 157 de la LCT). Y agrega que las vacaciones correspondientes al 2008, debieron gozarse entre el 01 de noviembre de 2008 y 30 de abril de 2009, y si al vencer los plazos que establece el art. 157 de la LCT, el empleador no hubiere otorgado o comunicado el periodo de vacaciones, el trabajador debe comunicar las mismas de forma que finalicen antes del 31 de mayo (en este caso del año 2009).

Estas consideraciones, como ya lo adelantara, no han sido debidamente introducidas en la instancia de grado, al contestar la demanda, ya que, conforme surge del escrito de fs. 156/165, el demandado en relación a las vacaciones año 2008 expresó: "Niego que no se le permitiere gozar de las vacaciones del año 2008"; "Niego que se devenguen licencias vacacionales no gozadas", pero de manera alguna ha cuestionado la falta de procedencia del pago de las vacaciones en función de los incumplimientos del art. 154, primer párrafo y del art. 157 de la LCT, cuestiones, que reitero, recién introduce en esta instancia.

Por lo tanto, en función del art. 277 del Cód. Procesal, al no haber sido esta cuestión introducida debidamente en la instancia de grado, no corresponde ingresar a su tratamiento, por lo que deberá estarse a lo decidido en la instancia anterior.

En lo que respecta a la cuantificación de las vacaciones del año 2009, diré que en función de lo expuesto al tratar los agravios relativos al salario en especie, el presente agravio será rechazado.

En orden al cuestionamiento del SAC para el cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, le asiste razón al apelante en función del criterio que viene sosteniendo esta Sala, entre otros en autos: "CARRASCO JORGE HUMBERTO CONTRA TEXEY S.R.L. SOBRE DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", (Expte. N° 420662/2010), que establece que para el cálculo de la indemnización por antigüedad es necesario que el salario sea abonado de manera mensual.

Así, en el antecedente citado, hemos dicho: "En relación a la apelación subsidiaria, diré que ya me he expedido, apoyando la posición del plenario N° 322 DE LA CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO: 'TULOSAI, ALBERTO P. c/ BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA s/ LEY 25.561" (19/11/2009), in re "MOLINA ITALO JAVIER CONTRA PRIDE INTERNATIONAL S.R.L. S/DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", (Expte. N° 352439/7), sent. del 27 de diciembre de 2012, a cuyos fundamentos me remito por razones de brevedad. Considero que es el criterio más actualizado y comprensivo del texto legal vigente del art. 245 de la LCT, especialmente, en cuanto al recaudo de que el salario sea mensual, lo que descarta otro tipo de percepción, no habiendo la reforma N° 25.877 modificado tal módulo, no coincidiendo con el criterio del magistrado de origen".

Consecuentemente, al tomar los parámetros expuestos en la sentencia de primera instancia, con la salvedad de no

incluir el SAC para el cálculo de la indemnización por antigüedad (art. 245 LCT), la misma arroja la suma de $195.198,64 ($21.951,88 x 13 = 90.175,80), a cuyo importe se le deberán adicionar los intereses fijados en origen.

En cuanto a la multa del artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo, debo decir que la obligación prevista en la mencionada norma, hace referencia a la entrega por parte del empleador de dos certificados y que la multa procede en caso de la falta de entrega de ambos o sólo de uno de ellos.

La norma aludida en su primer párrafo regula: una "constancia documentada" del ingreso de los aportes y contribuciones a la seguridad social y relativo a los de carácter sindical. Seguidamente, en el párrafo segundo, prevé un segundo tipo de instrumento al que llama "certificado de trabajo" y debe contener cinco datos: a) indicación sobre el tiempo de prestación de servicios (fecha de ingreso y de egreso); b) naturaleza de los servicios (tareas, cargo, categoría profesional, etc.); c) constancia de sueldos percibidos; d) constancia de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social (nótese que en este documento la ley no requiere, a diferencia de lo previsto en el primer párrafo, constancia de los depósitos hechos en materia de aportes y contribuciones sindicales), y e) la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación. Este último dato surge obligatorio a consecuencia del sexto artículo incorporado, sin enumerar, en el Capítulo VIII por la Ley 24.576 en materia de "Formación profesional", dispone: "en el certificado de trabajo que el empleador está obligado a entregar a la extinción del contrato de trabajo deberá constar además de lo prescripto en el artículo 80, la calificación profesional obtenida en el o los puestos desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación" (Conf. "Derecho del Trabajo on Line, La Ley Comentario al artículo 80 de la ley 20.744. Antonio Vázquez Vialard-Claudio Sebastián Virgili")."

Sentado lo anterior, la sola circunstancia que el empleador incumpla con la entrega de uno de los certificados mencionados, siempre y cuando se cumpla con las demás formalidades legales como ser la intimación previa por el plazo establecido en la ley, es suficiente para la procedencia de la multa del art. 80 de la LCT.

Confrontando el artículo mencionado con las constancias obrantes en la causa, observo que el accionante ha dado cumplimiento al requisito de intimar de conformidad con la LCT y el decreto 146/01, a través del telegrama de fecha 22/11/06. Asimismo, la empleadora, a pesar de dicha intimación, ha hecho entrega de uno de los certificados requeridos por la ley: "certificación de servicios y remuneraciones", pero no lo hizo del certificado de Trabajo, ni el de aportes y contribuciones.

Por lo tanto, al no existir constancias de la entrega del "certificado de trabajo", se encuentra acreditado el supuesto de hecho que da nacimiento a la multa prevista en el artículo 80, por lo que, la decisión del Sr. Juez deberá ser confirmada.

III.- Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo se modifique la sentencia de grado en lo que respecta al rubro antigüedad, que se fija en la suma de:

$285.374,44, a cuyo importe se le deberá restar lo abonado por la accionada ($90.175,80), por lo que adeuda actualmente por este item la suma de $195.198,64, con más los restantes rubros confirmados y los intereses fijados en la instancia de grado. Las costas de Alzada serán impuestas a la demandada en atención a su condición de vencida, debiéndose regular los honorarios correspondientes a esta instancia, conforme art. 15 L.A.

Tal mi voto.

El Dr. Ghisini dijo:

Por compartir los argumentos del voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA III

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia de fs. 459/471 en lo que respecta al rubro antigüedad, que se fija en la suma de: $285.374,44, a cuyo importe se le deberá restar lo abonado por la accionada ($90.175,80), por lo que adeuda actualmente por este item la suma de $195.198,64, con más los restantes rubros confirmados y los intereses fijados en la instancia de grado.

2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada en atención a su condición de vencida.

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes, en el 30% de lo que se establezca en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 LA).

4.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente vuelva a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

"GARCIA ROSA AMELIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 407940/2010) – Sentencia: 203/16 – Fecha: 03/11/2016

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

CAIDA DE ALTURA. ESTADO VEGETATIVO. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. RELACION DE CAUSALIDAD. INDEMNIZACION POR DAÑO. DAÑO FISICO. FORMULA MATEMATICO FINANCIERA. CAUSA MENDEZ. DAÑO CIERTO Y FUTURO. DAÑO MORAL. DAMNIFICADO INDIRECTO. CUANTIFICACION DEL DAÑO.

1.- Corresponde revocar la sentencia de grado y resposabilizar al Estado provincial por la indemnización por daños y prestaciones por derecho propio y en calidad de curadora de su hijo, derivadas de afecciones sufridas e incapacidad total irreversible que afecta a este último derivado de la deficiente y precaria atención médica que recibió por el servicio público de salud luego de una caída de altura, y que de haberse manejado médica, clínica y quirúrgicamente de manera diferente, otro hubiera sido el resultado.

2.- Cabe atribuir responsabilidad a la provincia por los daños sufridos y actual estado de salud del actor, por la caída de altura que sufriera, que pudieron haberse evitado o mitigado su gravedad, al conectarse causalmente con la impericia en que incurrió al prestar el servicio que estaba a su cargo, concretamente en el insuficiente diagnóstico de la afección de aquel derivado de omitir actuar con cuidado y suficiente previsión, comprendido en la garantía de salud asumida, que derivó en la demora de otorgarle el eficaz tratamiento que correspondía (cfme. arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 512, 902, 909, 1.068, 1.069 y 1.109 del Cód. Civil; y 377 y 386 del Cód.Procesal).

3.- Llega incólume sin cuestionamiento la cuantificación de la incapacidad que afecta al actor, del 100%, encontrándose inhabilitado para satisfacer sus propias

necesidades mínimas, sino también por no tener contacto con su entorno social, ni poder vivir como lo haría cualquier ser humano, conforme los pronósticos negativos respecto a que su estado vegetativo es irreversible, y en orden al porcentaje a reparar se habrá de atender a las perspectivas que recepta la fórmula matemática aplicada en la causa "Méndez Alejandro Daniel c/ MYLBA S.A. y otro s/Accidente" (Sentencia Nº 89.654 – Sala III de la CNAT) cuando sigue el esquema de una fórmula de matemática financiera que exige el nuevo art. 1746 del CCyC, y por la que se incluyeron nuevas variables para mejorar y eliminar las falencias de la aplicada por el mismo tribunal en "Vuotto c/ AEG Telefunken Argentina" (Sentencia Nº 36010), que resultaba insuficiente porque no contemplaba la totalidad del daño ocasionado a la víctima, en este caso trabajador, al no incluir la pérdida de la chance, déficit observado y subsanado por la CSJN en el fallo "Arostegui" (28/04/2008), reconociendo la afectación de las relaciones sociales, deportivas, artísticas, además de poder sufrir lo que se llama "posibilidad futura de ascenso en su carrera", que debe estar comprendido en todo valor indemnizable.

4.- En "Mendez" si bien para satisfacer las necesidades de indemnización actuales de los damnificados por los accidentes laborales, se eleva la vida productiva a 75 años de edad (antes en la fórmula Vuotto era de 65 años) y reduce la tasa de interés al 4%, cuando antes se justificaba el empleo de una tasa de interés de 6%, porque existían depósitos bancarios a dicha tasa mirando siempre de mantener el poder adquisitivo original.

Luego en tanto la fórmula contempla el porcentaje de incapacidad -100%-, la edad de la persona, que en el caso contaba con 32 años, y el salario mensual que debe ser multiplicado por 13 (inclusivo del SAC), respecto a este último se habrá de adoptar la pauta del Mínimo Vital y Móvil vigente al momento del accidente que ascendía a $260,00, toda vez que no se ha aportado información sobre los ingresos del actor que justifique uno mayor (conf. Decreto Nº 388/2003). En consecuencia, aplicando a la fórmula "Méndez C=a*(1-Vn)*1/i donde: Vn = 1/(1+i)n; a = salario mensual x (75/ edad del accidentado) x 13 x porcentaje de incapacidad; n = 75 – edad del accidentado; e, i = 4% = 0,04, se obtiene la suma de $129.099,91.

5.- En el rubro enderezado a satisfacer un daño cierto y futuro incluirá una suma destinada a la erogación del costo de la asistencia diaria de una persona constatado el Estado Vegetativo Permanente que constatan los expertos, con el fin de colaborar en los quehaceres de asistir al actor en su higiene personal, la ropa –incluso de cama- y el ambiente donde se encuentra. Previendo una asistencia diaria no inferior a cuatro horas, la demandada abonará en forma mensual un Salario Mínimo Vital y Móvil, el que será anticipado trimestralmente a la actora, contra entrega del comprobante de

pago del servicio. En relación a la particular modalidad de cumplimiento de la prestación que se le impone a la obligada, estimo que es la que mejor se adecúa a las circunstancias acreditadas, y de acuerdo a lo previsto en el nuevo art. 1740 del CCyC, cuando se dispone que la reparación del daño debe ser plena y que ello consiste en restituir la situación de la víctima al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie, pudiendo aquella optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero.

6.- En relación al daño moral, cabe destacar que mientras el art. 1078 C.Civil, luego de la reforma de la ley 17711 admitió reparar la afectación de la esfera espiritual de la persona, el nuevo art. 1741 CCyC prevé de manera más amplia la "Indemnización de las consecuencias no patrimoniales", legitimando a título personal, según las circunstancias, a los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían o recibían trato familiar ostensible del damnificado directo, si del hecho resulta su muerte o sufriera gran discapacidad; para finalmente dirigirse al aspecto cuantitativo: "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

7.- En orden al daño moral, de lo informado resulta que la actora (madre y curadora de la víctima) ha visto truncado su proyecto de vida, ha dejado de trabajar, y su realización como persona ha quedado sujeta a la condición en que se encuentra su hijo, derivándose conflictos con el resto del grupo familiar, carente de herramientas para superarlo, a los que se suman signos de depresión, y que su abordaje es a través de prestaciones especializadas. Las lesiones contra la intangibilidad psicofísica de un ser humano desencadenan siempre un daño moral, resultando relevantes las repercusiones subjetivas de la lesión en los sentimientos de la víctima, con lo cual averiguar la entidad del daño moral supondrá una acentuada apreciación de las circunstancias objetivas del caso a fin de esclarecer de que modo y con que intensidad el hecho ha presumiblemente influido en la personalidad de la víctima y su equilibrio espiritual.

8.- Las satisfacciones sustitutivas y compensatorias a las que se refiere el nuevo art. 1741 del CCyC, aluden al denominado "precio del consuelo" que procura "la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias"; se trata "de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado", de permitirle "acceder a gratificaciones viables", confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena. Esta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para

compensar, restaurar o reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etc que le permitan a la victima, como lo decidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales".

9.- A través de la pericia y testimonio transcriptos, se informa suficientemente acerca de la grave afección emotiva y espiritual que experimentaron la actora, que han derivado en sentimientos de angustia y depresión, repercutiendo en su estabilidad personal, la percepción de sí misma y modo de vincularse, situación a la que se ha visto expuesta a largo de más de una década, y la somete a la ansiedad de ignorar su desenlace. Por lo expuesto estimo ajustado fijar el monto de la condena a la suma a favor de la actora por el daño no patrimonial a la suma de $50.000, que le permitirá obtener una satisfacción sustitutiva y compensatoria del padecimiento que podrá aplicar a la realización de un viaje de esparcimiento por un mes para percibir con mayor perspectiva su rol, o la obtención de bienes que la gratifiquen y mejoren la realización de actividades habituales, o en su caso, la adecuación de su situación habitacional.

Texto completo:

NEUQUEN, 3 de noviembre de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "GARCIA ROSA AMELIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO", EXP N° 407940/2010), 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 actora interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva de fecha 04.08.2015 que rechazó la demanda (fs. 761/769), expresando agravios a fs. 793/800; pide se la revoque y se haga lugar a la acción con costas a la contraparte.

En primer punto denuncia el error de fundamentación, arbitrariedad e incongruencia en la que incurre la juez de grado, estableciendo como premisa un criterio de restricción en la atribución de responsabilidad y que el error de diagnóstico para poder considerarlo como factor imputable de responsabilidad, debe obedecer a una apreciación grosera por parte del médico que atendió al hijo de la actora, cuando está probado e incluso admitido, el origen del traumatismo –caída- y el estado de alcoholismo o el cursado de una intoxicación enólica fue conocida por el galeno, y su yerro debe atribuirse a una lectura ligera y apresurada de la prueba rendida, y ello implicaba que debía extremar los recaudos.

En segundo lugar, cuestiona la incorrecta valoración y contradecir los informes periciales cuando ninguno de los peritos médicos informó que una complicación neurológica en la primera atención, y que las reglas del arte indicaban que frente al cuadro de un TEC debían haberse hecho otros estudios omitidos, que es precisamente lo debatido, es decir el apego o no a las reglas del arte del galeno en aquella ocasión, que tuvo como punto de partida una caída de altura; en contrario a lo resuelto, el médico legista es lapidario que frente al cuadro clínico debía realizarse una radiografía de cráneo y una TAC para poder observar si existían lesiones, y si en la sala o centro periférico de atención primario no estaban preparados para esos casos, se debía derivar al paciente en forma inmediata.

En última crítica considera un agravio autónomo que se haya utilizado doctrina legal contenida en sentencias que

fueron dictadas hace más de 50 años, que lo persuade de falta de actualización del a quo, cuando lo que se está juzgado es el apego o desapego de un galeno a las reglas del arte y un error de diagnóstico para un paciente traumatizado, mientras que la TAC que señala el perito debió realizarse no se había inventado como técnica al momento del dictado del fallo que se cita (1965), y que la ciencia médica es quizás la más dinámica aún que la jurídica, y así como la aplicación de un método médico científico caduco puede ser fuente de responsabilidad fundar una sentencia en un fallo dictado hace 50 años tampoco aparece como de buena praxis.

Como colofón resalta que el hijo de la actora no recibió la atención adecuada y que existió un error de diagnóstico, y sólo queda indagar si el mismo pudo tener una relación causal directa con los gravísimos daños y evitarlos, y a ello le ha dado respuesta el médico forense que si se le hubiera realizado cirugía descomprensiva probablemente se hubiera evitado, y que la presencia de secuelas neurológicas post traumáticas y su gravedad está ligada no sólo a la magnitud del trauma inicial sino al lapso de tiempo transcurrido entre el evento y la asistencia médica recibida, cuando la búsqueda de una lesión ocupante del espacio craneano debe ser el objetivo inicial en un trauma craneal y su identificación indicar la intervención quirúrgica en la forma más urgente posible.

Finalmente planeta reserva del caso federal (art. 14 ley 48).

Sustanciado el recurso (fs. 801 -30.10.2015), responde la demandada a fs. 803/808), pide se lo rechace con costas; denuncia incumplimiento de los recaudos del art. 265 del CPCyC, por no especificarse ni desarrollar algún error en la sentencia y que no procede presuponer un yerro genérico estructurando una endeble teoría basada en relativa prueba; señala que la decisión aplica criterios de razonabilidad y doctrina legal pacífica unánime y vigente y correcto el juzgamiento que se focalizó en el servicio médico prestado y recibido, no debiendo recurrirse a presunciones ni a reiteraciones caprichosas, sin hacerse cargo de la falta de prueba sobre la caída de una altura considerable, ni que ello haya sido informado al ingresar en el centro de salud.

II.-Abordando la cuestión traída a entendimiento, anticipo que, a los fines de la tarea interpretativa y de aplicación de las normas para atender los agravios de la actora, habré de seguir aquellas argumentaciones de las partes que resulten conducentes y posean relevancia para decidir el caso conforme los puntos capitales de la litis, y así lo dicta de nuestro Máximo Tribunal (CSJN-Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", T° I, pág. 824, Edit. Astrea); a su vez, que se considerarán aquellos elementos aportados que se estimen conducentes para la comprobación de los hechos controvertidos, atento a que no es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (CSJN-Fallos 274:113; 280:3201; 144:611, autores y obra citados, pag. 466).

Que partiendo de la sentencia de grado, resulta que rechaza la demanda de la actora por la que, con fundamento en la responsabilidad del Estado, reclama la indemnización por daños y prestaciones por derecho propio y en calidad de curadora de su hijo B., derivadas de afecciones sufridas e incapacidad total irreversible que afecta a este último derivado de la deficiente y precaria atención médica que recibió por el servicio público de salud luego de una caída de altura, y que de haberse manejado médica, clínica y quirúrgicamente de manera diferente, otro hubiera sido el resultado.

Que centrado el marco fáctico en lo acontecido el día 02 de agosto de 2003, en ocasión que F.B.N. fue hallado lesionado frente a su casa y la atención que recibiera en la Sala de Atención "Progreso" que en dicho barrio posee el Ministerio de Salud Provincial, se puede advertir que a pesar del profuso desarrollo documental en sede policial y jurisdiccional evidenciado en el proceso "Cría.21 s/Inv.Ptas.lesiones Vma.F.B.N." –Expte. AFGAP IPP 13551/3 -agregado por cuerda- no se ha aportado la historia clínica, y de ello que a los fines de obtener la necesaria información acerca de la condición de salud evaluada y la asistencia con motivo del episodio acontecido en la unidad de atención primaria, sólo quede recurrir a los testimonios de los protagonistas.

Así el médico guardia que atendió a F.B.N., describe: "Que el día 02-08-03 a las 03:55 hora aproximadamente es llevado un hombre con una herida cortante en el arco superciliar derecho, totalmente alcoholizado. Estaba acompañado de un amigo que fue el que informó que el herido se llamaba O.F. Que se lo suturó, con un poco de resistencia de parte de él, ya que se quería ir y tuvo que ayudarle a sujetarle la cabeza un enfermo llamado R. así como una enfermera de

nombre N. Que una vez suturado el deponente le entrega al amigo de este muchacho medicación para que tomara por el término de una semana. Siendo estos antibióticos y antiinflamatorios, que normalmente se hacen como profilaxis." Al preguntársele sobre si B. le había hecho alguna manifestación, contestó que no;

"Que el único que habló fue su amigo, diciendo que se lastimó cuando intentó ingresar a su casa, como su madre no lo deja entrar porque estaba borracho, subió a una verja o a un paredón y luego se cayó provocándose este corte", y sobre si la lesión se condecía con el relato del amigo, contestó que sí "efectivamente es compatible con la de una caída. Que esta persona estaba borracha siendo del tipo enólico, o sea con vino. Que a pesar de que no hablaba el paciente, su estado era normal, no presentaba compromisos neurológicos, no estaba soporoso, estuporoso o comatoso. Que en realidad esta persona balbuceaba algunas palabras como "me quiero ir" y su amigo lo calmaba diciéndole que se quedara quieto. Que luego de ser asistido, se paró y caminando con su amigo, ambos se retiraron en la ambulancia que los había llevado. Que a los dos días el deponente se enteró que nuevamente es llevado por una ambulancia a este hombre F al Hospital Heller y luego derivado al Castro Rendón".

Luis Vázquez, vecino que esa madrugada vio a la policía frente al domicilio de F.B.N., relata éste que estaba tirado en el sueldo, en la entrada del garaje pero en el interior de la propiedad, que "uno de los agentes le menciona que B. se había tirado del techo", que llamaron a la ambulancia y que lo acompañó a la salita de Progreso porque presentaba una herida cortante en el ojo derecho bastante grande por donde perdía mucha sangre. El médico de guardia lo suturó y una ambulancia lo trasladó hasta el domicilio, que cuando le hablaba se quedaba tranquilo pero que no le constaba, estaba muy ebrio, porque es habitual que así estuviera. Agregó que "le pareció raro el corte y le preguntó al médico por esto, contestándole que ese corte no es por una caída", y que por señas le insinuó la posibilidad que se derivaran de la actuación de los policías; que le entregó calmantes y antiflamatorios, y que en ambulancia lo llevaron hasta el domicilio donde le abrió la puerta su hermana e ingresó (fs. 52/53).

Cristian A. Vázquez el policía que primero llega al lugar relata que a F.B.N. lo encuentra sentado, apoyado contra la pared, inconsciente, con signos de ebriedad, que por el pelo no se podía observar de dónde venía, pero sangraba y que se había formado una mancha en el suelo, que allí fue cuando se presentó el vecino, Luis Vazquez, que intentaron despertarlo y no lo lograron, que llamaron a la casa y no los atendió nadie (fs. 31/32) en el mismo sentido Lucas Rodriguez describe además que la sangre era mucha (fs. 15/16).

También el vecino Monsalvez que poco antes de llegar el móvil policial lo observó sentado contra el paredón del otro vecino, y como episodios frecuentes relata que F.B.N. para ingresar a la vivienda B. se trepaba allí o a su reja lo que le permitía acceder a la ventana porque la familia no le abrían (fs. 56), proceso que también informan las vecinas Leiva (fs. 35/36) y Ruixo (fs. 40/41).

Que a fs. 117/123 obra el croquis del lugar dónde fue hallada la víctima, específicamente en el frente y acceso la vivienda, en cuyo piso de cemento se observa una macha de color anaranjado claro, lo que permite ubicar el lugar de la caída y sangrado, conforme la mecánica habitual que tenía la víctima para ingresar a su vivienda, y a tenor de los testimonios expuestos, y fundamentalmente el del vecino Vazquez que lo acompañó al hospital.

Conforme también lo relatado por los testigos, resulta que a la hora 05,00 aproximadamente fue conducido a su casa acompañado del vecino Vazquez, donde lo recibe su hermana que ve que se va a su dormitorio y ser hallado recién a la hora 11 tirado en el piso rodeado de una importante mancha de sangre (fs. 4 y 55), y a requerimiento de éste ser conducido por una ambulancia hasta el Hospital Castro Rendón, centro de salud que informa el 05/08/2003 (fs.57):1.- B.N.F.G, internado en la Unidad de Terapia intensiva del Hospital Castro Rendón desde el día 02/08/03, fue examinado en el día de la fecha, por el Dr. J.F.F. de conformidad a lo requerido mediante oficio de referencia.

2. Del examen clínico practicado y los antecedentes presentados por los médicos tratantes, ha sido posible constatar:

-Herida contuso cortante, con excoriaciones, frontotemporal derecha (suturada) de 5cm.

-Traumatismo encéfalocraneano grave, en estado de coma con respuesta confusa al estímulo motor.

-TAC: Hematoma subdural frontotemporoparietal derecho con desviación de la línea media y signos de comprensión de tronco (enclavamiento).

-Fractura del hueso occipital.

-Midriasis derecha fija (paralítica).

Se efectuó craneotomía descompreNsiva.

-Mal pronóstico.

-Herida quirúrgica extensa en zona frontoparietoccipital derecha.

3. El mecanismo de producción es compatible con fuere traumatismo con o contra superficie roma y de consistencia dura.

4. Está en peligro real la vida

5. El tiempo para su curación es indeterminado.

Lo informado con mayor detalle coincide con el diagnóstico del ingreso inmediato informado a fs. 2: "Traumatismo encéfalo craneal grave – Hematoma subdural posterior – Hematoma subdural témporo parietal derecho – Ingresa a neurocirugía – lesión cortante en región superciliar derecho suturado de 5 cm.".-

Que las pericias médicas producidas en estas actuaciones, destacan sobre dicho ingreso: "en situación de coma, con un puntaje de GCS (Glasgow Como Scale) de 7 puntos, es intubado (tubo indotraqueal) y puesto en asistencia respiratoria mecánica, (ARM), la TAC craneal indica la presencia de una, LOE; (lesión ocupante de espacio) para el caso, hematoma subdural fronto temporal parietal derecho, con contusión hemorrágica parenquimal temporal, y edema hemisférico.

Se realizo extensa craneotomía descompresiva, evacuación del hematoma subdural, colocación de dispositivo para monitorización de PIC (Presión intracraneana); posteriormente es necesario realizar traqueostomía; se incluye toda la intervención de UTI, para control de su edema cerebral, por medios farmacológicos, asistencia respiratoria y cardiovascular, para mantener presión arterial; a través de ulteriores estudios de TAC se verifica la ocurrencia de Hidrocefalia, lo que requiere el uso de sistemas derivativos, válvula de derivación ventrículo peritoneal, para drenar el LCR del sistema ventricular al peritoneo; eventualmente y en razón de infección del mismo es necesario retirar, efectuar drenaje externo del LCR, tatar con ATB vía parenteral y,o intratecal, y recambiar los dispositivos de drenaje en cinco oportunidades por infecciones múltiples de los miso, se agrega tratamiento médico de infecciones pulmonares, renales y sepsis" (fs. 429).

En relación al abordaje o tratamiento indicado para un caso de lesión ósea (fractura de cráneo), explica que "pueden ocurrir en base o en la bóveda craneal, estas últimas pueden ser identificadas por radiografía de cráneo, la primeras, de la base, requieren el uso de TAC craneal, con ventana ósea, si son multifragmentarias, deprimidas requieren intervención quirúrgica, sin son lineales, no es necesario, y su hallazgo es un indicador de la magnitud del traumatismo, y un señal de alarma de la posible producción de hematomas intracraneanos en los minutos inmediatos al trauma o en forma más lenta o diferida. De cualquier forma la presencia de una lesión ocupante de espacio intracraneano, hematoma extradural, o subdural, o intracerebral, que constituye la lesión secundaria posttraumática, es tan deletérea sobre el tejido cerebral, que su búsqueda (diagnóstico) debe ser el objetivo inicial en el manejo de un trauma craneal y su identificación indicar la intervención quirúrgica en la forma más urgente posible. La cirugía para estas lesiones está muy reglada técnicamente, para el caso de edema cerebral concomitante se usa una amplia craneotomía, como se efectuó en el Sr,. B.F., dejándose un dispositivo para el control de la presión intracraneana. Bajo estas condiciones la evolución de un paciente traumatizado craneal, en cuanto a supervivencia o presencia de sueleas neurológicas pos-traumáticas cuya gravedad está ligada no solo a la magnitud el trauma inicial, sino al lapso de tiempo transcurrido ente el momento traumático y la asistencia médica efectiva sobre el paciente." (fs.429vta).

Agrega: "las lesiones ocupantes de espacio intracraneano, (Hematomas post-traumáticos agudos), como el caso del Sr.B.F. deben ser detectadas los más precozmente posible, ya que no solo la cirugía para evacuar la lesión debe ser de indicación inmediata, sino los tratamientos de índole médico (no quirúrgico), deben ser utilizados para tratar el edema posttraumático focal y difuso del tejido encefálico, como asimismo la hipertensión Endocraneana consecutiva, cuyo efecto deleterio sobre la perfusión del tejido cerebral es bien conocido, conllevando ello la aplicación de monitoreos de las funciones vitales, gases en la sangre, Presión Arterial Media, Presión Intra Craneana, y demás intervenciones apropiadas realizada en UTI." (fs. 429vta/430)

Sobre la atención recibida, considera que -como había mencionado antes- "si bien hay caso en que la lesión traumática es muy grave de entrada, la estricta aplicación de una normatización en todos los centros de atención médica, seguramente contribuirá a disminuir la tasa de morbimortalidad del traumatismo craneano" (fs. 430).

Respecto al curso de su evolución sostuvo que: "Presentó convulsiones repetitivas (epilepsia post-traumática) bajo tratamiento continuo y que una vez egresado, su ocurrencia requirió de la reinternación en múltiples oportunidades. Para su nutrición se procedió a la colocación de un dispositivo de gastronomía, y su recambio en tres oportunidades. Siempre asistido con kinesioterapia respiratoria y motora desde los primeros períodos. Como complicaciones presento escaras sacras y trocantereas extensas y profundas. Su estado clínico-neurológico no varió, permaneciendo en estado vegetativo, con muy escasas respuestas motoras y sin ninguna evidencia de actividad mental psicológicamente comprensible. (fs. 429 y vta).

Sobre el estado actual de F.B.N explica: "se puede resumir en Estado Vegetativo (E.V.) Permanente, secundario a coma por traumatismo encefalocaraneano. Inicialmente y frecuentemente consecutivo a una lesión encefálica grave, seguida de coma prologando se establece una etapa denominada Estado Vegetativo Persistente en el cual un paciente no demuestra ningún tipo de actividad consciente, ni repuesta a estímulo externos ni comunicación, las funciones vegetativas, como actividad respiratoria, presión arterial, regulación térmica, ciclos sueño vigilia, se encuentran intactas, ocasionalmente el paciente ríe, llora o emite sonidos sin que ello implique que presente una actividad consciente voluntaria, bajo estas condiciones se denomina Estado Vegetativo

Persistente cuando está presente a partir de un mes de la lesión desencadenante en adelante. Se denomina Estado Vegetativo Permanente a partir de los 3 meses si la causa es anoxia u otro mecanismo no traumático, si la causa es un traumatismo craneal deben transcurrir 12 meses antes de que pueda considerarse Estado Vegetativo Permanente. Estado Vegetativo Permanente es un pronóstico e implica irreversibilidad. Excepcionalmente algunos pacientes pueden demostrar escasa recuperación, pero esto se suele ver casi únicamente en sujetos asistidos por coma no traumático. En el E.V.P. el Tronco Encefálico se encuentra mayormente preservado, mientras que la sustancia gris y blanca de ambos hemisferios cerebrales está amplia y severamente dañada, correlativamente la tasa metabólica cerebral sufre una caída de hasta un 40-50% de su valor normal, resultado de la degeneración Walleriana y trans-sinaptica progresiva, visible en estudios de IRM cerebral como pérdida tisular difusa (como es visible en los estudios del Sr. B.N.F.) la relativa preservación del metabolismo del tronco encefálico, y estructura afines como hipotálamo, y formación reticular ponto peduncular, es característico del E.V.P. y explican la conservación de las funciones autónicas en estos pacientes. (fs. 430)

Finalmente, respecto a los cuidados médicos que demanda el cuadro y su costo, reseña que "requiere asistencia permanente por equipo multidisciplinario, que incluya fisioterapeuta, clínico, nutricionista, neurólogo, gastroenterólogo, infectólogo, enfermería y eventualmente en caso de complicaciones, internación cirujano general, neurocirujano, cardiólogo, terapista. El costo no puedo determinarlo pero si se puede estimar en muy alto, dadas las características del caso" (fs. 429vta).

El perito médico legista informa que "Ante un traumatismo de cráneo con pérdida de conocimiento debe realizarse una radiografía de cráneo y una TAC para poder observar si existen lesiones óseas y si hay hemorragias, hematomas o masas ocupantes en cráneo. Si la atención se realiza en una sala o centro periférico de atención primaria, que no están preparados para estos casos, deben derivar al paciente en forma inmediata a un centro de complejidad suficiente para la atención." y "Si al paciente se le hubiera practicado la cirugía descompresiva en forma inmediata o con más premura, probablemente se hubiera evitado el evento dañoso" (fs. 461 y vta).

Respecto a la incapacidad del actor, la estima en el 100% (fs.461), al igual que el neurólogo que se remite al Baremo General para el Fuero Civil Altube Rinaldi, Item 13. Daño Cerebral orgánico, Pag. 116.117. Requiere supervisión permanente" (fs. 428vta).

Que el memorial de la actora importa la crítica a la decisión que libera de responsabilidad al Estado que, a través de un establecimiento médico asistencial, asumió la obligación de seguridad frente a los pacientes que concurren a él, resultando correcto entender que aquella comprende la garantía de que no sufrirán daños por una deficiente

prestación.

Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y debe afrontar las consecuencias de su incumplimiento o ejecución irregular, y la idea objetiva de la 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 del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Código Civil, sin que se trate de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.

(CSJN, Reynot Blanco, Salvador Carlos c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios. Sent.12.08.2008 Nro.Fallo: 08000186-Mayoria: Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Argibay Voto: Disidencia: Lorenzetti, Petracchi Abstencion).

Y si bien es directa la responsabilidad de la demandada, se requiere examinar si existió culpa o negligencia del profesional médico al que se le había asignado la tarea asistencial, imponiendo ello comparar la conducta cumplida con la esperable de un profesional diligente, prudente que pueda ser considerada como derivada de una conducta normal.

Respecto de los alcances del régimen de la responsabilidad regido por el C.Civil al momento de los hechos, la doctrina jurídica sostenía que la culpa médica, como la de cualquier profesional carece de autonomía, consiste en la omisión de diligencias exigidas por la naturaleza del deber profesional asumido de acuerdo a las circunstancias de las personas, del tiempo y del espacio (cf. art. 512). Por lo demás éste es uno de esos casos en que se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes (art. 909), y finalmente, el criterio de culpabilidad resultará de la comparación del comportamiento obrado por el médico, con el que habría realizado un médico prudente colocado en las mismas condiciones externas que aquel, atendiendo a las exigencias del deber incumplido y a las circunstancias particulares. Cuando de esa comparación surja un juicio de reproche adverso al médico actuante éste deberá ser declarado culpable." (Llambias, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones IV-B, p. 144 y 145).

Que los elementos fácticos y jurídicos expuestos habilitan concluir que la correcta evaluación del caso derivado del traumatismo en el cráneo sufrido por el actor que había evidenciado por un importante corte de 5 cm en el área frontotemporal derecha del que emanaba mucha sangre y originado en una caída de un muro o reja, tal como le fue informado al médico tratante a través del testigo y los policía que habían concurrido a auxiliarlo, le imponía al galeno, al menos, prescribir la realización de una radiografía del área que hubiera permitido detectar fracturas o hematomas; o a través de una tomografía computada, tal como lo indican los peritos cuando se aborda un trauma en el cráneo.

De tal forma que, luego de la sutura -que bien podía ser el tratamiento para que deje de emanar sangre- si el establecimiento no contaba con equipamiento para realizar aquellos estudios que requerían equipamiento, debió haberlo derivado a aquel de mayor complejidad (Hospitales Heller o Castro Rendón) encontrándose acreditado que contaba con medios de transporte –ambulancia- para concretarlo en forma inmediata.

De todas formas, también la mayor atención o cuidado lo define el desconocimiento de la cantidad de sangre que el actor había perdido y su estado (alcoholizado), al estar impedido de transmitir con palabras su condición o dolencias, extremos que con el antecedente de una caída, y todo ello habilitaba presumir el ocultamiento de otras afecciones, tanto como, que no se garantizaba tratamiento alguno al enviárselo a la casa con medicamentos cuando se desconocía quién podía administrárselos o si le darían cuidados (familiares), y un error suponer como suficiente las indicaciones de pautas a su acompañante sin verificar su compromiso (art. 471vta).

No caben dudas respecto este análisis que se apoya en el devenir normal de las cosas y la propia opinión médica del perito oficial, quedando a la luz la falta de asistencia apropiada por omisión de la dedicación personal y la aplicación de la ciencia y arte de curar, prudencia y diligencia propias de la profesión, acreditándose de modo fehaciente la relación de causalidad entre el obrar culposo del profesional y el daño actual, al concretarse aquellos riesgos que eran predecibles.

Resulta ajustado entonces que el titular del servicio responda por tales consecuencias negativas atento a que se ha acreditado que la acción esperada a la que estaba obligada el Estado hubiera evitado probablemente el resultado dañoso, y acreditado el nexo causal porque el acto que debió realizarse tuvo incidencia directa en el acaecimiento de lo injusto.

Volviendo a aquel episodio inicial, que se trataba de un "golpe de caída" lo admite incluso el mismo médico tratante cuando declara en esta causa (décimo primera), aunque no recuerde qué recaudos tomó con el actor (décima segunda-fs. 471vta).

Y si bien pudo haber relativizado lo relacionado con la caída por el comentario vinculado a posibles apremios policiales (testigo Vazquez, fs.52/53), o que los enfermeros de la ambulancia no le hubieran colocado un cuello cervical (Décimo séptima-fs. 472), no se justifica la insuficiente atención, porque en su caso se le imponía tratarlo como un politraumatizado, habiendo respondido que desde la sala se hacían derivaciones para efectuar estudios de alta complejidad en los casos de duda en pacientes con golpes en la cabeza (ampliación Décimo Octava-fes. 472vta).

Aún así todos los testigos inmediatos del episodio informan que se trataba de una herida muy importante, por su dimensión y sangrado (Rodriguez, Vazquez y Luis Vazquez –fs. 15/16, 31/32 y 52/53).

Frente a ello, y ausente todo registro (historia clínica), de ninguna prueba resulta que se le haya hecho al actor una evaluación suficiente y adecuada en relación a lo acontecido, antes de darle el alta; sobre ello, mientras el galeno no recuerda (Décimo primera), antes había afirmado que en situaciones en que un paciente se golpea la cabeza, y para definir si ello requiere de estudios de mayor complejidad o no, " se hacen pruebas, a partir del análisis de los síntomas como vómitos, mareos, somnolencia, irritación o excitación, fiebre" (Novena-fs. 471vta).

De todas formas, ello difícilmente lo hubiera podido concretar atendiendo al estado de obnubilación derivado del estado alcohólico de la víctima.

Luego confunde describiendo una posterior caída (Décimo cuarta-fs. 472), y lo cierto es que ella no fue acreditada, como tampoco lo relativo a los apremios ni que las lesiones resultaran de una riña en el barrio (fs.8, 34, 31/32, 15/16).

En definitiva, cabe atribuir responsabilidad a la demandada por los daños sufridos y actual estado de salud del actor, que pudieron haberse evitado o mitigado su gravedad, al conectarse causalmente con la impericia en que incurrió al prestar el servicio que estaba a su cargo, concretamente en el insuficiente diagnóstico de la afección de aquel derivado de omitir actuar con cuidado y suficiente previsión, comprendido en la garantía de salud asumida, que derivó en la demora de otorgarle el eficaz tratamiento que correspondía(cfme. arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 512, 902, 909, 1.068, 1.069 y 1.109 del Cód. Civil; y 377 y 386 del Cód.Procesal).

III.-En relación a los rubros reclamados por el actor F.B.N., cabe distinguir:

A.-Que en primer punto persigue la reparación integral del daño sufrido, el que, manifiesta, abarca la disminución de rendimiento funcional para el trabajo, sino también todas aquellas manifestaciones intelectuales, económicas y sociales que se han visto perjudicadas, presentando el actor una incapacidad absoluta (100%), encontrándose inhabilitado para satisfacer sus propias necesidades mínimas, sino también por no tener contacto con su entorno social, ni poder vivir como lo haría cualquier ser humano, conforme los pronósticos negativos respecto a que su estado vegetativo es irreversible.

Que en la causa "CERVERO ROCAMORA ROSER Y OTRO C/HIDALGO CLAUDIA ELIZABETH Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C-LESION O MUERTE" (Expte. N°422099/2010, Sent. 28.06.2916), sostuve que: "respecto a la reparación del daño sufrido, cabe atender que el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral está expresamente garantizado en el art. 5° de la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que tuvo recepción legislativa a través de la Ley N° 23054, y adquirió la misma jerarquía que las propias cláusulas de la Constitución Nacional por imperio de su art. 75, inc. 22), conforme reforma del año 1994.

"Constituye un derecho no enumerado y garantizado implícitamente por la Constitución Nacional (art. 33), que la víctima de un menoscabo a bienes jurídicamente tutelados, como en el caso, la integridad psicofísica, perciba una compensación económica por el daño sufrido si se da el supuesto de que resulta imposible volver las cosas a su estado anterior.

"La CSJN ha inferido el derecho a la reparación del principio general de no dañar a otro (alterum non laedere) también ínsito en el primer párrafo del art. 19 de la Constitución Nacional ("Santa Coloma" Fallos, 308:1160, "Aquino" Fallos 327:3753), así como en sus arts. 17 y 18 C.N.

"La reparación de los daños sufridos lícitamente corresponde al derecho que las personas tienen a verse libres y, por ende protegidas de toda interferencia arbitraria (o ilegal) en el ejercicio de sus derechos, sea que ésta provenga de particulares o del Estado. Este derecho básico a la autonomía e inviolabilidad de la persona subyace a la lista del art. 14 y al principio enunciado en el artículo 19, mientras que el derecho a reclamar su protección se encuentra establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional" (CSJN, "Diaz, Timoteo" Fallos 329:473 Voto Dra. Argibay).

"Los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil consagran al principio general establecido en el art. 19 CN que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la ideade reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica". (CSJN "Günter"-Fallos 308:1118).

"Oscar Puccinelli expresa que el derecho a la reparación es un derecho perfectamente extraíble de las normas que explicitan algunos de sus contenidos, ya sea por la vía de los arts. 17 y 41; la del art. 75, inc. 22 (por los tratados sobre derechos humanos jerarquizados); o la del art. 33, que haría confluir a todas ellas a la vez. También entiende que la existencia concreta y palpable de un derecho fundamental a la reparación, surge de lo establecido en el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Derecho constitucional a la reparación", E.D. 167-969).

"La Corte Suprema ha señalado que indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento (Fallos 283:212, "Aquino" Fallos 327:3753- Petrachi–Zaffaroni, "Cuello" Fallos 330:3483,Lorenzetti).

"La acción enderezada a obtener la reparación por la lesión al derecho personalísimo como lo es la integridad psicofísica, está contemplada tanto en el C.Civil como en el actual CCyC dentro de la genérica función resarcitoria regulada por la responsabilidad civil, antes extracontractual y contractual, ahora unificada, comprensiva de la reparación del daño moral, y que actualmente con mayores alcances fue regulado bajo la denominación "consecuencias no patrimoniales".

"El deber genérico de no causar daño a otros en su persona y en sus bienes, "alterum non laedere", con rango de "deber jurídico" latente en el C.Civil (arts. 1066, 1068, 1072, 1086, 1109, 1113), es confirmado en la nueva redacción del art. 1716 del CCyC al imponer de manera más categórica, bajo el título "Deber de reparar", que "La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme a las disposiciones de este Código", y particularmente en punto al recaudo de la antijuridicidad, al disponer en su art. 1717 que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada, superando los alcances del anterior art. 1066 del C.Civil que la equiparaba con la transgresión de una prohibición expresa dispuesta por una norma.

"Por ello, atendiendo al fundamento constitucional de la función reparadora del daño, el nuevo CCyC ha unificado ambas órbitas de responsabilidad –contractual y extracontractual- y ha incorporado importantes cambios dirigidos a ampliar la caracterización y mejorar la enunciación de los elementos de la responsabilidad civil, siempre en relación al daño resarcible (art. 1737), los factores de atribución (arts. 1721 y 1724), la antijuridicidad (art. 1717), y el nexo de causalidad (art. 1726), se han mantenido los mismos recaudos que se exigían bajo el régimen del C.Civil y que, por otra parte, fueron aplicados en la sentencia de grado.

"Con mayor precisión, respecto a la indemnización del daño, el actual art. 1738 del CCyC prescribe que aquella comprende: "la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances.

"Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida"."Mientras el C. Civil sobre el daño patrimonial estipulaba que: "Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o

indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades" (art. 1068) , el actual art. 1737 del CCyC prescribe que lo hay "cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva".

"Por ende, el daño patrimonial reside en un resultado económico, y no en la preexistente lesión del derecho o del interés que genera ese resultado. ¿Acaso se dirá que un hecho sin consecuencia económica disvaliosa (perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria) produce daño patrimonial? El daño patrimonial provendrá de la lesión de un interés económico vinculado con la preservación de un bien (patrimonial o extrapatrimonial); pero la lesión del interés no es el daño sino su causa generadora. ..no deben confundirse las lesiones que puede inferir un determinado hecho(en el caso, las ocasionadas a la integridad somática y síquica de la persona) con el o los daños resarcibles que aquellas lesiones pueden producir. La lesión entraña la afectación de determinada esfera de la persona.

"El daño versa sobre las concretas consecuencias o efectos disvaliosos, es decir, consiste en el producto o resultado negativo de la violación del derecho, bien o interés de la víctima. No siempre surge un perjuicio resarcible a pesar de la causación de determinadas lesiones. Por ejemplo, no existe daño material alguno, a pesar del menoscabo de la integridad sicofísica, para quien ha visto cubiertos sus gastos terapéuticos por un ente mutual, no ha sufrido pérdida de ganancias durante el período de curación y no experimenta secuelas incapacitantes o aminorantes ulteriores." (p. 48 vta. y 73 Matilde Zabala de Gonzalez, Resarcimiento de daños 2a, daños a las personas, integridad sicofísica).

"El actual ordenamiento, a partir del art. 1746 da un paso significativo adoptando los criterios que la doctrina y jurisprudencia ya sostenían cuando se demandaba la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica, permanente, total o parcial, señalando que debía ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades.

"También receptaba lo sentado respecto que deben presumirse los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad.

"… Finalmente, el nuevo ordenamiento en su art. 1740 impone que la reparación del daño debe ser plena y que ello consiste en restituir la situación de la víctima al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie, pudiendo aquella optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero."

Conforme las consideraciones expuestas, llega incólume sin cuestionamiento la cuantificación de la incapacidad que afecta al actor, del 100%, y en orden al porcentaje a reparar se habrá de atender a las perspectivas que recepta la fórmula matemática aplicada en la causa "Méndez Alejandro Daniel c/ MYLBA S.A. y otro s/Accidente" (Sentencia N° 89.654 – Sala III de la CNAT) cuando sigue el esquema de una fórmula de matemática financiera que exige el nuevo art. 1746 del CCyC, y por la que se incluyeron nuevas variables para mejorar y eliminar las falencias de la aplicada por el mismo tribunal en "Vuotto c/ AEG Telefunken Argentina" (Sentencia N° 36010), que resultaba insuficiente porque no contemplaba la totalidad del daño ocasionado a la víctima, en este caso trabajador, al no incluir la pérdida de la chance, déficit observado y subsanado por la CSJN en el fallo "Arostegui" (28/04/2008), reconociendo la afectación de las relaciones sociales, deportivas, artísticas, además de poder sufrir lo que se llama "posibilidad futura de ascenso en su carrera", que debe estar comprendido en todo valor indemnizable.

En "Mendez" si bien para satisfacer las necesidades de indemnización actuales de los damnificados por los accidentes laborales, se eleva la vida productiva a 75 años de edad (antes en la fórmula Vuotto era de 65 años) y reduce la tasa de interés al 4%, cuando antes se justificaba el empleo de una tasa de interés de 6%, porque existían depósitos bancarios a dicha tasa mirando siempre de mantener el poder adquisitivo original.

Luego en tanto la fórmula contempla el porcentaje de incapacidad -100%-, la edad de la persona, que en el caso contaba con 32 años, y el salario mensual que debe ser multiplicado por 13 (inclusivo del SAC), respecto a este último se habrá de adoptar la pauta del Mínimo Vital y Móvil vigente al momento del accidente que ascendía a $260,00, toda vez que no se ha aportado información sobre los ingresos del actor que justifique uno mayor (conf. Decreto N°

388/2003).

En consecuencia, aplicando a la fórmula "Méndez C=a*(1-Vn)*1/i donde: Vn = 1/(1+i)n; a = salario mensual x (75/ edad del accidentado) x 13 x porcentaje de incapacidad; n = 75 – edad del accidentado; e, i = 4% = 0,04, se obtiene la suma de $129.099,91.

En conclusión, atendiendo al análisis precedente que justifica la incapacidad física del 100%, el monto de la indemnización a favor del actor asciende a $129.099,91, suma a la que se adicionarán intereses desde la fecha de acontecido el daño hasta el 31.12.2007 a la tasa promedio del Banco de la Provincia del Neuquén, y a la activa de la misma entidad hasta el 14 de agosto de 2015, y de allí hasta el efectivo pago, a la que fije el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) del C.Civil, debiéndose utilizar aquella hasta que la última sea publicada (TSJ-Ac. 1590/2009 "ALOCILLA LUISA DEL CARMEN Y OTROS C/MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. nº 1701/06).

B.-Reclama también se condene por los gastos orientados al restablecimiento o cuidado de la integridad psicofísica de la víctima, que no pose obra social, de tal forma que se le provea en forma mensual: Medicación y equipamiento descartable o renovable: cama especial, pañales, jeringas, sondas, apósitos, cremas medicinales, tampón gástrico; Atención médica; Internaciones periódicas por complicaciones y Transportes especiales; Enfermería con vigilancia las 24 horas para suministrarle medicamentos alimentación cuidos e higiene.

Reclama como gastos futuro aquellos necesarios por tratamientos curativos y para afrontar las necesidades psicofísicas. A los fines de fijar su monto, postula que se fije una suma ($600.000) en concepto de capital que bajo una técnica liquidatoria produzca rentas periódicas a favor del actor.

Destacaré que la procedencia de los gastos futuros invocados por tratamientos médicos y provisión de medicamentos e insumos como el alimento y la higiene, así como el necesario para el cuidado personal se funda en que "el actor tiene derecho a que el responsable de las consecuencias de la conducta antijurídica se haga cargo no solo de resarcir el daño ya causado sino también de que tome sobre si el costo de las medidas necesarias para cohibir la agravación del daño en tanto relacionado causalmente con el hecho por el que debe responder" (Autos: TARDON VICTOR CECILIO C/ ESTADO NACIONAL MINISTERIO DEL INTERIOR GENDARMERIA NACIONAL S/ DAÑOS Y PERJUICIOS. CAUSA N° 2549/98. - Magistrados: VOCOS CONESA - MARIANI DE VIDAL - Fecha: 20/10/2000).

Coincido asimismo en que "El daño emergente "futuro" es un daño cierto que se producirá con posterioridad a la sentencia.

En el caso, puede perfectamente suponerse que a consecuencia del estado en que queda, la víctima requiera en el futuro nuevas operaciones, tratamientos permanentes, etc. Estos daños son futuros y además ciertos.

Ellos deben ser reconocidos ya que nada autoriza a aceptar la indemnización de lucro cesante "futuro" cierto y negar la indemnizabilidad del daño emergente, también cierto, aunque fuere futuro.

La certidumbre del daño constituye una cuestión librada a las pruebas -en su caso periciales- que el reclamante deberá producir "y en tal caso corresponderá estimar y tasar o liquidar al momento de la sentencia, la cuantía patrimonial del perjuicio cierto que representará erogaciones o gastos para atender, en el tiempo, la reparación del daño. - (Conf. Zannoni, "Temas de Responsabilidad Civil - Indemnización, P. 123)" (CASTRO, CARLOS A. c/ZAZ, ISIDORO s/SUMARIO S/CASACION S STRNSC VIEDMA 00CC 000180 17-11-93 SD LEIVA).

Que en relación a este rubro, la demandada, acredita que en la actualidad es la que le provee al actor de todo lo necesario para su subsistencia, tal como lo denunciara en el punto VI (fs.31vta y 32).-

Al respecto la documental aportada a fs. 237/245, 298/323, 355/377, 406/412, 442/446, 546/550, 606/634 y 707/755, así como lo informado por los peritos designados en la causa, dan cuenta que la actual atención integral brindada ha resultado suficiente y adecuada, comprobándose que fueron renovándose y adecuándose los tratamientos e insumos a la evolución considerando su estado y en todas las especialidades, no resultando acreditado en la causa que bajo otro prestador ello pueda mejorar o representar una mejora.

Que el médico neurólogo explicitó que el actor: "requiere asistencia permanente por equipo multidisciplinario, que incluya fisioterapeuta, clínico, nutricionista, neurólogo, gastroenterólogo, infectólogo, enfermería y eventualmente en

caso de complicaciones, internación cirujano general, neurocirujano, cardiólogo, terapista. El costo no puedo determinarlo pero si se puede estimar en muy alto, dadas las características del caso" (fs. 429vta) y el médico legista la importancia de cuidados médicos para evitar infecciones, escaras y la desnutrición (fs.461vta).

En consecuencia la modalidad y condiciones hasta aquí concretadas se habrán de mantener, ello sin perjuicio de que los órganos del área de la demandada y bajo la modalidad de contratación que estime adecuada, y en orden a la asistencia permanente de un equipo interdisciplinario que fue prescripto, procede que la obligada incorpore las siguientes prácticas regulares:

1.-Atención personal durante una hora, tres veces por semana con enfermeros de la especialidad, satisfaciéndolo prioritariamente con los de la especialidad que sea demandada en cada oportunidad.

2.-Atención personal dos veces por semana, durante una hora con un profesional, satisfaciéndolo prioritariamente con los de la especialidad que sea demandada en cada oportunidad.

A tal fin las partes coordinarán semanalmente la actividad específica, a cuyo fin se llevará el registro correspondiente.-

Finalmente, en el rubro enderezado a satisfacer un daño cierto y futuro incluirá una suma destinada a la erogación del costo de la asistencia diaria de una persona constatado el Estado Vegetativo Permanente que constatan los expertos, con el fin de colaborar en los quehaceres de asistir al actor en su higiene personal, la ropa –incluso de cama- y el ambiente donde se encuentra.

Previendo una asistencia diaria no inferior a cuatro horas, la demandada abonará en forma mensual un Salario Mínimo Vital y Móvil, el que será anticipado trimestralmente a la actora, contra entrega del comprobante de pago del servicio.-

En relación a la particular modalidad de cumplimiento de la prestación que se le impone a la obligada, estimo que es la que mejor se adecúa a las circunstancias acreditadas, y de acuerdo a lo previsto en el nuevo art. 1740 del CCyC, cuando se dispone que la reparación del daño debe ser plena y que ello consiste en restituir la situación de la víctima al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie, pudiendo aquella optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero.-

IV.-Demanda la actora la indemnización del daño moral por la afección de sus sentimientos con motivo del deterioro vital que padece su hijo, postulando una fórmula de cálculo, y por la perturbación psicológica que le ha generado dicho estado que ha debido afrontar.

Que el testigo Luis Vazquez, luego e describir el estado vegetativo en que se encuentra F.B.N. declara que lo están llevando constantemente al hospital, porque sufre "picos", se pone mal, y queda internado otra vez, va y viene, que lo cuidan en la casa la mamá y su hermana, toda la familia; que la madre está muy mal anímicamente, hace semana atrás fue operada del corazón (fs. 220vta).-

El informe de la perito en psicología aporta respecto de la vida de la actora se detuvo a partir del episodio que sufrió su hijo, que dedica todo su tiempo a cuidarlo, dejó de trabajar, provocándole dificultades en las relaciones con sus otros hijos y con su pareja, al ver que ellos siguen con su vida; que en su psiquis hay un gran monto de angustia sin disponer de herramientas para confrontarlo; puede inferir que posee una organización de funcionales tal que comprometen a su pensamiento y a sus afectos y la claridad del pensamiento se ve alterada.

Que de las pruebas resulta que toda su subjetividad está avocada al cuidado de su hijo y al padecimiento que le produce saber que está vivo pero que ya no es el mismo, y además que no se recuperará; y que aparecen indicadores de depresión.-

En relación a los rubros reclamados, describe alteraciones psíquicas, con indicios de un grado moderado de trastorno depresivo mayor, e indica tratamiento psicológico para elaborar la situación que vive con su hijo, mediante 2 sesiones individuales semanales, durante el primer año, 1 semanal, durante el segundo año, una sesión individual quincenal durante el tercer año, con un costo por sesión de $100,00 (fs.500/503).-

De lo informado resulta que la actora ha visto truncado su proyecto de vida, ha dejado de trabajar, y su realización como persona ha quedado sujeta a la condición en que se encuentra su hijo, derivándose conflictos con el resto del

grupo familiar, carente de herramientas para superarlo, a los que se suman signos de depresión, y que su abordaje es a través de prestaciones especializadas.-

En cuanto a la autonomía consagrada en relación a los rubros: "daño psicológico y daño moral" diré que si bien ambos afectan el equilibrio espiritual del damnificado, su diferencia radica en que el primero reviste connotaciones de índole patológica. Por otra parte cabe expresar que mientras el daño moral esta dirigido a compensar los padecimientos, molestias y angustias sufridas por la víctima a consecuencia del accidente, el psicológico apunta a las efectivas disfunciones y trastornos que alteran la personalidad integral de la víctima y su vida de relación.

Parte de la Jurisprudencia sobre éste tema ha dicho que: "No procede integrar en un mismo rubro el daño moral y el daño psicológico atento a la diferencia existente entre ellos, puesto que el daño moral afecta los sentimientos en cuanto al dolor que experimenta la víctima o los familiares de esta como consecuencia de un agravio; mientras que el daño psíquico es susceptible de ser apreciado científicamente por sus síntomas que se exteriorizan mediante diferentes formas, pero que evidencian siempre una situación traumática" (L.D.T. Autos: ALUCEN MARCELO C/ SEGURADO EDUARDO S/ SUM. MURUA NORMA C/SEGURADO EDUARDO S/ SUM. - Mag.: GUERRERO - ARECHA - Fecha: 16/02/1996) y "El daño psicológico se diferencia del daño moral por cuanto, mientras aquél compromete una función, éste altera un estado. Lo psíquico comprende las áreas intelectiva, afectiva y volitiva del hombre, que a su vez representan funciones que son por lo general las que gobiernan todas sus actividades físicas. Es a la vez independiente del daño cerebral - cuyo tratamiento queda reservado al psiquiatra o al neurólogo o a ambos a la vez- en tanto las alteraciones psíquicas pueden obedecer a un sinnúmero de causas que nada tienen que ver con la lesión orgánica. Tal el caso de la angustia que diagnostica la experta o de los miedos, que por lo común derivan de experiencias negativas vividas y no elaboradas ni superadas, totalmente ajenas a una afección de orden físico, siendo ésta, precisamente, el área de incumbencia de los psicólogos. (L.D.T. autos: "José, Alfredo IváN C/ Bartolomé, Miguel Angel Y Otros S/ Daños Y Perjuicios").

1.-Que el reclamo por daño psicológico formulado por derecho propio en base a la previsión del art. 1079 del Código Civil por el que la reparación de los efectos perjudiciales de un delito alcanzan no solo al damnificado directo sino también a quien sufre un daño por repercusión o reflejo, esto es, el damnificado indirecto quien invoca un daño propio (Conf: Fallos:318:2002, 318:2003, entre muchos otros).

Estimo en consecuencia que procede admitir el reclamo que se persigue como resarcimiento del costo médico apropiado para cubrir el tratamiento aconsejado con el fin de restituir el equilibrio emocional de la actora.

Se ha sostenido que es improcedente indemnizar un daño psíquico o psicológico y el tratamiento respectivo, ya que debe concederse uno u otro cuando la psicoterapia tiene probabilidades serias de remitir la patología psíquica derivada del accidente, ya que de otra forma se duplicaría el resarcimiento. En sentido análogo C.Nac.Civ., Sala C, "Cisneros, Evaristo y otro c/ González, Mario C.", del 3/12/98; C.Nac.Civ. Sala C, "Morinigo Díaz, Pedro c/ Arquing S.A. y otros" del 15/12/98". 12.361/2000. "García, Ricardo c/ Alto Paraná S.A. y otro s/ Accidente-ley 9688". Fecha: 16/07/2004 Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo., Sala III., Porta. Guibourg. Ficha Nro.: 000007529).

Por ello, y atendiendo al dictamen de la experta respecto a la periodicidad y estimando el actual valor de la sesión, se justipreciará el rubro en la suma de $57.600, importe que devengará intereses a computarse desde el dictado de la sentencia hasta el efectivo pago, a la que fije el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) del C.Civil, debiéndose utilizar la activa del Banco de la Provincia del Neuquén hasta que la última sea publicada (TSJ-Ac. 1590/2009 "ALOCILLA LUISA DEL CARMEN Y OTROS C/MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. nº 1701/06).-

Se ha sostenido: "Con respecto a los gastos de tratamiento psicológico y de acompañante terapéutico, los intereses se deberán devengar solo a partir de la fecha de ese pronunciamiento, pues se refiere a erogaciones que aun no se han realizado (conf. Corte suprema, fallos 311:744, esta sala, causa 3755/93, del 27.6.96, Entre otras)." (Autos: MULERO OMAR ENRIQUE C/ ESTADO NACIONAL ARMADA ARGENTINA S/ ACCIDENTE EN EL AMBITO MILITAR Y F. SEGURIDAD. CAUSA N° 7036/94. - Magistrados: DE LAS CARRERAS - PEREZ DELGADO - FARRELL - Fecha: 12/05/1998) cita de lex doctor.

2.-En relación al daño moral, cabe destacar que mientras el art. 1078 C.Civil, luego de la reforma de la ley 17711

admitió reparar la afectación de la esfera espiritual de la persona, el nuevo art. 1741 CCyC prevé de manera más amplia la "Indemnización de las consecuencias no patrimoniales", legitimando a título personal, según las circunstancias, a los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían o recibían trato familiar ostensible del damnificado directo, si del hecho resulta su muerte o sufriera gran discapacidad; para finalmente dirigirse al aspecto cuantitativo: "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".-

Que en la causa "M.,J. C. y O. C/ D.,J.D. y O. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS RESPONSB. CONTRACT. ESTADO" (Expte. Nº 353226/7-Sent. 03.09.2012), ante el reclamo por la afección moral por parte de las hermanas de un niño fallecido en ocasión de un acto ilícito, propicié se declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del C.Civil por limitar el acceso a la reparación de este daño en caso de muerte sólo a los damnificados indirectos que detentaran la calidad de herederos forzosos, entendiendo que con ello se vulneraba el derecho constitucional a no ser dañado y en caso de serlo, a obtener una reparación integral del daño sufrido; y que tal interpretación guardaba plena armonía con el espíritu de nuestra Constitución Nacional y permitiría enlazar fluidamente los derechos y garantías reconocidos en su parte dogmática con aquellos que se han incorporado a través de los pactos internacionales sobre derechos humanos con igual jerarquía.-

El daño moral posee esencia subjetiva. Lo formal y externo no debe tener cabida sino como base de una 'presunción' de determinada realidad espiritual. Lo funda-mental es la efectiva configuración de esta última". Debe efectuarse una "apreciación cuidadosa de las circunstancias que debe aportar el actor, a fin de arribar a la convicción judicial sobre un efectivo daño moral", lo que determina que deberá analizarse en cada caso sobre la procedencia del mismo y en función de la prueba rendida en la causa (Zavala de González, Matilde, "Daños derivados de la muerte del concubino o concubina", en "Responsabilidad por daños", homenaje a Jorge Busta-mante Alsina, 1990, Ed. Astrea, p. 121 y ss., "Resarcimiento de daños. Daños a la persona" cit., p.661 y ss.).

Vigente la citada previsión al momento del acaecimiento de los hechos objeto de esta causa, estimo que también en los presentes ha derivado inconstitucional por afectar el derecho de igualdad reconocido en los arts. 16 de la Const. Nacional y Const. Provincial, al resultar inadmisible que el mismo régimen reparador reconozca legitimación al damnificado indirecta cuando se trata de daños patrimoniales, tal la previsión del art. 1079, y lo desconozca en el supuesto del extrapatrimonial, conforme su art. 1078.-

La S.C.B.A. al admitir la procedencia indemnizatoria por daño moral a los padre de un menor que quedó en estado vegetativo como consecuencia de la inhalación de anestesia y con una situación irreversible, el Superior Tribunal de la Provincia de Buenos Aires, en voto del Dr. Negri, sostuvo "que dado el profundo sufrimiento de los padres de S., por las circunstancias del caso, los coloca en la categoría de damnifica-dos directos. Entender que su mortificación es refleja, es ir en contra de lo probado, agrega "los padres están sufriendo por ellos mismos". En tal sentido, expresa que "el carácter directo de su damnificación no puede ser abolido por la unicidad del hecho dañoso. Un hecho puede dañar directa y moralmente a más de una persona", agregando que cuando la ley dice: "la acción por indemnización del daño moral sólo competerá al damnificado directo", se está refiriendo al que por sí mismo sufre ese daño." ("C., L. A, y otra contra Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros s/D. y P." (Exte. C. 85.129-Sent. 16/05/2007).-

En lo que resulta de interés en los presentes, no ha perdido vigencia lo sostenido por la Dra. Matilde Zavala de Gonzalez al señalar que "cualquiera sea la concepción que se siga a propósito de la esencia del daño moral (atentado a un bien de la personalidad, menoscabo de intereses extrapatrimoniales o alteración del equilibrio espiritual del sujeto) siempre las lesiones contra la intangibilidad psicofísica de un ser humano desencadenarán un daño moral." para continuar acerca de la evaluación de su importancia e indemnización a acordar que "si se parte del criterio que podríamos denominar abstracto, que atiende al derecho o interés motivo de ataque, intrínsecamente considerados, la reparación debía ser más o menos igualitaria frente a lesiones similares. Es que resulta evidente que la integridad personal encierra análogo valor espiritual cualquiera sea el sujeto de que se trate. En cambio, si lo relevante son, en concreto, las repercusiones subjetivas de la lesión en las afecciones de la víctima, averiguar la entidad del daño moral supondrá una acentuada apreciación de las circunstancias del caso a fin de esclarecer de qué modo y con qué

intensidad el hecho ha presumiblemente influido en la personalidad de la víctima y su equilibrio espiritual. Esta última opinión, que compartimos, es la que sigue de modo prevaleciente la jurisprudencia"(Resarcimiento de daños, Tomo 2ª, Edit. Hammurabi, 2da. Edic. ampliada Pag. 547/548).-

Que el daño moral ahora receptado en el nuevo art. 1741, bajo la denominación de "no patrimonial", equivalente al "extrapatrimonial", tampoco ha sido definido en la norma, mas si se han fijado pautas para cuantificarlo.-

Que en su análisis y cuantificación resultan relevantes las repercusiones subjetivas de la lesión en los sentimientos de la víctima, con lo cual averiguar su entidad supone una acentuada apreciación de las circunstancias objetivas del caso a fin de esclarecer de qué modo y con qué intensidad el hecho ha presumiblemente influido en la personalidad de la víctima y su equilibrio espiritual.

El principio de individualización del daño requiere que la valoración del daño compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto de naturaleza objetiva como subjetivas, pudiéndose enunciar entre las primeras las relativas al hecho mismo (sufrimiento físico y psíquico en el momento del suceso), a la curación y convalecencia (el dolor de la etapa terapéutica), y secuelas permanentes (lesión estética); sin descuidar las segundas que hacen a la particular personalidad del sujeto, conforme sexo, edad, etc. La prueba específica operará normalmente por vía de presunciones judiciales y hominis, es decir, por inferencia efectuada a partir de otros elementos, atento la imposibilidad de mensurar este daño de la misma forma material, perceptible a los sentidos que en el daño patrimonial.

Por ello, cuando se dice que este daño no requiere acreditación, en general se está aludiendo a la imposibilidad de prueba directa, pero las presunciones que emergen de determinadas situaciones constituyen un medio probatorio indirecto.

Las lesiones contra la intangibilidad psicofísica de un ser humano desencadenan siempre un daño moral, resultando relevantes las repercusiones subjetivas de la lesión en los sentimientos de la víctima, con lo cual averiguar la entidad del daño moral supondrá una acentuada apreciación de las circunstancias objetivas del caso a fin de esclarecer de que modo y con que intensidad el hecho ha presumiblemente influido en la personalidad de la víctima y su equilibrio espiritual.

Que en tanto tal cuantificación constituye una "consecuencia de la relación jurídica" que no se hallaba firme al momento de la entrada en vigencia del CCyC –conforme expresa previsión del art. 7- quedó sujeta al nuevo régimen que estipula a tal fin que "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

"Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. Las segunda operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión, sea fijándolo en dinero, o estableciendo las bases para su cuantificación en la etapa de ejecución de sentencia. En este sentido se afirma: "No hay inconveniente en aplicar el nuevo CCyC a los juicios pendientes para cuantificar los daños (v.gr. ver art. 1746 CCyC). "Por qué no aplicar así los mecanismos de cuantificación previsto por la nueva ley? (art. 165 parr. 3º CPCCN y CPCCBA)" Una sentencia coincide con esta afirmación con fundamento en que "el artículo 1746 únicamente sienta una pauta para su liquidación. Otros votos afirman sin tapujos la aplicación inmediata. Dice el Doctor Sebastián Picasso: "A diferencia de lo que sucede con el resto de las disposiciones relativas a la responsabilidad civil, el artículo 1746 del nuevo Código resulta aplicable en tanto no se refiere a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino a las consecuencias de ella (art,. 7º, CCyC). En efecto, la regla no varía la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima: únicamente sienta una pauta para su liquidación". De allí que las sentencias dictadas con posterioridad al 1º de agosto de 2015, aunque se trate de juicios comenzados antes, deberían contener las bases cuantitativas y las relaciones que se tuvieron en cuenta para arribar al resultado que se determine." Jalil sostiene que "el modo de cuantificación de los daños se rigen por la ley vigente al momento de los hechos y no cuando esa liquidación se realiza"; la palabra "modo" no es aquí del todo clara pues luego afirma: "cualquier regla del CCyC, que imponga un aumento, atenuación o modificación (art. 1750) no es de aplicación inmediata a los daños producidos con anterioridad. La norma citada no está referida a un modo de liquidación; solo expresa que fijado el momento (por el modo que correspondía), puede ser atenuado. (Aida

Kemelmajer de Carlucci, ob. cit. Pag. 234/235).

Que el C.Civil, en su art. 1078, no señaló pautas para cuantificar el daño moral, dejándolo librado a la prudente valoración jurisdiccional que admitía recurrir al auxilio de algunas guías cualitativas, dependiendo de la concepción que se le otorgara en cada supuesto, esto es, su función sancionatoria o resarcitoria, deteniéndose en la gravedad de la falta o la reparación de la víctima, respectivamente.

Lo cierto es que el nuevo art. 1741 del CCyC, al establecer expresamente que "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas", ha delimitado la actividad jurisdiccional y acentuado su funciones reparatoria.

Las satisfacciones sustitutivas y compensatorias a las que se refiere la norma aluden al denominado "precio del consuelo" que procura "la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias"; se trata "de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado", de permitirle "acceder a gratificaciones viables", confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena. Esta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar o reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etc que le permitan a la victima, como lo decidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales".

Agregó el Alto Tribunal que "aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido… El dinero no cumple una función valorativa exacta; el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida".

En definitiva: se trata de afectar o destinar el dinero a la compra de bienes o la realización de actividades recreativas, artísticas, sociales, de esparcimiento que le confieran al damnificado consuelo, deleites, contentamientos para compensar e indemnizar el padecimiento, inquietud, dolor, sufrimiento, o sea para restaurar las repercusiones que minoran la esfera no patrimonial de la persona (comprar electrodomésticos, viajar, pasear, distraerse, escuchar música, etc). Este criterio había tenido amplia aceptación en la jurisprudencia (El daño moral contractual y extracontractual- Jorge Mario Galdóstp://www.nuevocodigocivil.com/wpcontent/uploads/2015/05/El-da%C3%B1o-moral-contractua
l- extracontractual.- Por-Jorge-Mario-Gald%C3%B3s.pdf).-

Que a través de la pericia y testimonio transcriptos, se informa suficientemente acerca de la grave afección emotiva y espiritual que experimentaron la actora, que han derivado en sentimientos de angustia y depresión, repercutiendo en su estabilidad personal, la percepción de sí misma y modo de vincularse, situación a la que se ha visto expuesta a largo de más de una década, y la somete a la ansiedad de ignorar su desenlace.

Por lo expuesto estimo ajustado fijar el monto de la condena a la suma a favor de la actora por el daño no patrimonial a la suma de $50.000, que le permitirá obtener una satisfacción sustitutiva y compensatoria del padecimiento que podrá aplicar a la realización de un viaje de esparcimiento por un mes para percibir con mayor perspectiva su rol, o la obtención de bienes que la gratifiquen y mejoren la realización de actividades habituales, o en su caso, la adecuación de su situación habitacional.-

A dicho el monto se adicionarán intereses desde la fecha de acontecido el daño hasta el 31.12.2007 a la tasa promedio del Banco de la Provincia del Neuquén, y a la activa de la misma entidad hasta el 14 de agosto de 2015, y de allí hasta el efectivo pago, a la que fije el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) del C.Civil, debiéndose utilizar la última hasta que la última sea publicada (TSJ-Ac. 1590/2009 "ALOCILLA LUISA DEL CARMEN Y OTROS C/MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. nº 1701/06).-

V.-Por todo lo expuesto propiciaré al acuerdo que, haciendo lugar parcialmente al recurso, revocar la sentencia de grado, y condenar a la demandada a pagar a la actora la suma de $112.600 reclamada por derecho propio y al actor F.B.N., la suma de $129.099,91, con más los intereses fijados, y a cumplir con las prestaciones a favor del último conforme se establece en el punto B del capítulo III.-

Considerando la forma en cómo se decide, al prosperar en su mayor parte todas las pretensiones de los actores, las costas de ambas instancias se impondrán a la demandada en su calidad de vencida (art. 68 del CPCyC), debiéndose dejar sin efecto la regulación honoraria, y proceder a una nueva conforme la base que resulte de la liquidación a practicarse comprensiva de capital e intereses (art. 20 de la L.A.), estimando ajustado aumentar los importes que resulten en un 30% como retribución por el rubro que prospera como obligación de hacer.-

TAL MI VOTO.-

El Dr. Ghisini dijo:

Adhiero a la solución propiciada en el voto que antecede.-

Por ello, esta SALA III

RESUELVE:

1.- Hacer lugar parcialmente al recurso, revocar la sentencia de grado, y condenar a la demandada a pagar a la actora la suma de $112.600 reclamada por derecho propio y al actor F.B.N., la suma de $129.099,91, con más los intereses fijados, y a cumplir con las prestaciones a favor del último conforme se establece en el punto B del capítulo III.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada en su calidad de vencida (art. 68 del CPCyC).

3.- Dejar sin efecto la regulación honoraria, y proceder –en el juzgado de origen- a una nueva conforme la base que resulte de la liquidación a practicarse comprensiva de capital e intereses (art. 20 de la L.A.), estimando ajustado aumentar los importes que resulten en un 30% como retribución por el rubro que prospera como obligación de hacer.

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes, en el 30% de lo que se establezca en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 LA).

5.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los presentes 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

"GIMENEZ ADELAIDA ERCILIA C/ GONZALEZ FEDERICO MANUEL Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 468588/2012) – Sentencia: 206/16 – Fecha: 08/11/2016

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. PEATON EMBESTIDO. MOTOCICLETA. CULPA CONCURRENTE. INDEMNIZACION DEL DAÑO. FORMULA MENDEZ. DAÑO MORAL. CUANTIFICACION.

1.- Corresponde endilgarle responsabilidad en un cincuenta por ciento para cada uno de los protagonistas de un accidente de tránsito –peatón y conductor de la motocicleta- pues el peatón violó una clara regla de tránsito como es intentar el cruce

de una vía fuera del área de la senda peatonal cuando así se lo imponía el art. 38 y art.41, inc. e) de la Ley de Tránsito, debiéndose resaltar de su imprudente actuar que hizo su avance entre vehículos que estaban estacionados.

2.- Confirmado el porcentaje reconocido a la actora (4,96%), a los fines de cuantificar la indemnización por la incapacidad física sobreviniente, y tal como ya me expidiera en la causa "Cervero", entiendo ajustado atender a las perspectivas que recepta la fórmula matemática aplicada en la causa "Méndez Alejandro Daniel c/ MYLBA S.A. y otro s/Accidente " (Sentencia Nº 89.654 – Sala III de la CNAT) que sigue el esquema de una fórmula de matemática financiera como lo exige el nuevo art. 1746 del CCyC, y por la que se incluyeron nuevas variables para mejorar y eliminar las falencias de la aplicada por el mismo tribunal en "Vuotto c/ AEG Telefunken Argentina" (Sentencia Nº 36010), que resultaba insuficiente porque no contemplaba la totalidad del daño ocasionado a la víctima, en este caso trabajador, al no incluir la pérdida de la chance, déficit observado y subsanado por la CSJN en el fallo "Arostegui" (28/04/2008), reconociendo la afectación de las relaciones sociales, deportivas, artísticas, además de poder sufrir lo que se llama "posibilidad futura de ascenso en su carrera", que debe estar comprendido en todo valor indemnizable, obteniéndose la suma de $15.788,20.

3.- Teniendo en cuenta lo informado a través de la pericia psicológica que revela la afección espiritual a la que fue expuesta la víctima en ocasión del accidente y con motivo de los tratamientos médicos que debió recibir, que si bien no ha derivado en una secuela incapacitante, tales sentimientos de angustia, inseguridad y ansiedad, repercutieron con gravedad en su estabilidad subjetiva, estimo ajustado elevar el monto de la condena por la que deberá responder el demandado y a favor de la actora por el daño no patrimonial a la suma de $10.000.

Texto completo:

NEUQUEN, 8 de noviembre de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "GIMENEZ ADELAIDA ERCILIA C/ GONZALEZ FEDERICO MANUEL Y OTRO S/D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE", (Expte. Nº468588/2012), 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 01 de febrero de 2016(fs. 266/276), expresando agravios a fs. 290/305; pide se revoque la sentencia en cuanto es materia de crítica, y hace expresa reserva del caso federal.-

Argumenta que el criterio de la jueza de grado es desacertado respecto a la imputación de responsabilidad que le atribuye a los protagonistas en el accidente, por infringir el art. 1113 C.Civ., la jurisprudencia en la materia y apartarse de las constancias del expediente, cuando el único responsable del evento dañoso es el demandado , y sólo se le atribuyó el 50%; critica y niega la consideración de que la actora cruzara la calle por la mitad de cuadra y por una

zona indebida, no existiendo conducta reprochable a ésta ni se ha acreditado ello en forma categórica, resultando aplicable el segundo párrafo de la citada norma que invierte la carga de la prueba cuando se trata de la intervención activa de una cosa riesgosa como es una moto en relación a un peatón que goza de la prioridad en el paso.-

En segundo punto critica la decisión que acoge la exclusión de cobertura opuesta por la aseguradora al disminuir sensiblemente la satisfacción del derecho que ya había adquirido, colocando en una situación de incertidumbre la posibilidad del cobro real y efectivo de la indemnización.-

A partir de lo que surge del dictamen del perito contador señala como confuso si la póliza se encontraba vigente hasta su anulación el día 20.10.2010, y respecto de la alegada suspensión automática de la póliza, el demandado debió ser notificado en tiempo y forma, con lo que habiéndose omitido esto, no resulta oponible a su parte; cita un antecedente de esta Sala ("Humana"), relacionado a la violación al deber de información que afecta los elementos que componen la voluntad de quien contrata, conforme tratarse el seguro de una relación de consumo.-

Cuestiona en tercer lugar el bajo monto del rubro daño físico por apartamiento y apreciación incorrecta de las constancias clínicas y pericia médica, que resulta incompatible con el principio de la reparación plena; agrega que si bien los dictámenes periciales no obligan o condicionan la decisión judicial es imprescindible que ello sea justificado debida y jurídicamente para evitar la discrecionalidad del juez, que como en el caso siguió un baremo médico y decidió entre un tabla de porcentajes de incapacidad cuál es la más acorde descartando los conocimientos del experto en la materia; agrega que la indemnización fijada es notoriamente inferior a la que resulta de la aplicación de la fórmula "Mendez".-

Impugna el rechazo del rubro gastos futuros por tratamiento psicológico, cuando el perito de la especialidad entendió que la actora tiene un 5% de incapacidad que se relaciona causalmente con el siniestro y recomienda tal asistencia.-

Considera insuficiente el bajo monto por daño moral fijado, tratándose de un tremendo accidente que le ocasionó graves lesiones y secuelas a la actora, y por la misma razón, el importe otorgado por gastos de farmacia, radiografías, asistencia médica, traslado y vestimenta.-

Sustanciados los agravios responde la citada en garanta a fs. 302/305, solicita su rechazo con costas; denuncia el incumplimiento de los recaudos del art. 265 del CPCyC, por no resultar una crítica concreta y razonada de la sentencia. Agrega que el recurrente no se hace cargo de la conclusión a la que arriba la sentenciante en relación a que la falta de pago implica la suspensión automática de la cobertura, y que el demandado al no abonar el premio en tiempo y forma, asumiendo el costo de su mora, incurriendo en confusión sobre las dos figuras involucradas: suspensión de cobertura y vigencia de la póliza, y que la primera se produce de pleno derecho sin necesidad de comunicación de ninguna especie, eximiendo al asegurador de cumplir con su obligación de indemnizar.-

II.-Que abordando la cuestión traída a entendimiento resulta que la sentencia de grado hace lugar parcialmente a la demanda promovida y equiparando la concurrencia de responsabilidad de las partes en el hecho, condena al demandado a abonar a la actora el 50% de la indemnización por daño material, comprensivo de la incapacidad física que fija en 4,96%, el tratamiento kinesiológico, el reembolso de los gastos de farmacia, y daño moral, rechazando el psicológico y su asistencia.-

A.-Que la crítica de la actora vinculada con la responsabilidad en el acaecimiento del accidente se endereza a que se le asigne en su totalidad, luego de haber invocado al demandar que el cruce de la calle lo había cumplido por la senda peatonal y la motocicleta que la embistió había perdido el control y transitaba a exceso de velocidad (fs. 3vta).-

Que en el agravio reedita semejantes planteos sin apoyo fáctico e, incluso, tergiversando los datos objetivos resultantes de la información colectada en sede judicial en la causa "Gonzalez Federico Manuel s/Lesiones Culposas (Exte. 42216/10) agregada por cuerda.-

En su análisis la sentenciante ha citado que en el lugar no se encuentra delimitada la senda peatonal, que el croquis ilustrativo de fs. 03 señala como área del impacto un lugar que se encuentra aproximadamente a 9 metros de la línea de prolongación del cordón que delimita la calle transversal y a 5,40 de la vía que intentaba cruzar.-

Al respecto no puede dejarse de advertir que sin base objetiva alguna, incluso para señalarlo en forma potencial ("se observaría" "indicaría", "perdería el control"), el perito accidentológico afirma que "dado que nos se encontraba

señalizada la senda peatonal de dicha esquina, se observaría que el peatón iniciaría su cruce aproximadamente 2 mts. antes de una hipotética senda peatonal", así como improbadas las hipótesis sobre la conducción del demandado, dictamen en base al cual al apelar la actora insiste en relativizar desde dónde inició el cruce y la maniobras realizadas por el rodado antes del impacto.-

Y lo cierto es que la evaluación judicial además se sustentó en lo admitido por la propia actora a fs. 75, respecto a que hizo el cruce entre autos que estaban estacionados, y cuando en la sentencia se alude a la "mitad de la cuadra" no puede ser entendida sino como referencia a la mitad de la calle que intentaba trasponer, es decir considerando su avance de 5,30m en relación al ancho total de 12,20, todo ello a los fines de alcanzar la conclusión de que no procedía atribuirle en forma exclusiva la culpa por desplazarse fuera de la senda peatonal.-

El caso de embestimiento de peatones por un vehículo cae en la órbita del artículo 1.113 del Cód. Civil, conforme al cual existe una presunción de causalidad contra el conductor, quien sólo puede eximirse de la responsabilidad objetiva que deriva de esta presunción legal si acredita alguno de los eximentes que las normas admiten, la culpa de la víctima, el hecho de un tercero por el cual no deba responder o el caso fortuito.(cfme. art. 1.111 del Cód. Civil). Ahora, los peatones deben cruzar por la senda de seguridad prevista en la reglamentación de tránsito, al no hacerlo se crea la presunción de culpa en los accidentes que se produzcan por tal infracción, produciéndose la interrupción causal. Cuando el hecho de la propia víctima constituye la única causa adecuada del resultado perjudicial, ello no puede generar ninguna responsabilidad a cargo de otra persona, sino que es ella misma quien deberá soportar su propio daño. (p. 472, 491 y 564, Responsabilidad civil por accidentes de automotores, Marcelo López Mesa).-

La actora violó una clara regla de tránsito como es intentar el cruce de una vía fuera del área de la senda peatonal cuando así se lo imponía el art. 38 y art.41, inc. e) de la Ley de Tránsito, debiéndose resaltar de su imprudente actuar que hizo su avance entre vehículos que estaban estacionados.-Nada de esto se desvirtúa con la crítica introducida, y al no haber tampoco probado que el demandado circulara a exceso de velocidad, ha quedado incólume su aporte causal en el acaecimiento del accidente, que en su calidad de víctima hace operativa la segunda parte del art. 1113 del C.Civil, que habilita al que aporta la cosa riesgosa a eximirse de responsabilidad.-

La jurisprudencia ha dicho en tal sentido que: "El hecho de haber intentado el cruce de la calzada fuera de la senda peatonal, en forma imprevista, corriendo o deteniéndose en el pavimento, constituye una presunción de culpa en contra del transeúnte."(CNCiv, sala E, 27.2.98, Marino José c. Torres Carlos s. daños, p. 225, Derecho de daños en accidentes de tránsito, Hernán Daray).-

"A excepción de la senda peatonal, la presencia de un peatón en ámbitos exclusivos para vehículos no solamente está expresamente prohibida (art. 50 inc. 2º del Cód. de Tránsito), sino que constituye una grave violación al deber objetivo de cuidado, particularmente cuando el descenso a la calzada se produce sin la previa constatación de que puede hacérselo sin riesgo."(Referencia Normativa: Leyb 5800 Art. 50 Inc. 2, Cc0000 Pe, C 4224 Rsd-104-2 S, Fecha: 20/08/2002, Juez: Gesteira (sd), Carátula: B., J. H. Y Otra C/ S., C. Y Otros S/ Daños Y Perjuicios, Obs. Del Fallo: Tramitó En Suprema Corte Bajo El Nº Ac. 86256, Mag. Votantes: Gesteira-Ipiña-LDT).-

"En determinadas condiciones, la conducta del peatón adquiere ciertas características que la hacen imprevisible para el conductor y tornan inevitable el hecho, por lo cual no puede responsabilizarse a este último por las consecuencias dañosas. Si se desconociera este principio, entonces se suprimiría el análisis de la responsabilidad; bastaría con la ocurrencia de un accidente en el que han intervenido un vehículo y un peatón para automáticamente responsabilizar al primero, y eso no condice con la normativa legal aplicable a la materia."(CNCiv, sala H, Galacho Alejandro c. Chavez Carlos y otro s. daños, p. 229, ídem).-

En orden a las consideraciones fácticas y jurídicas expuestas se habrá de rechazar el cuestionamiento a la atribución de responsabilidad planteado.-

B.-En relación a la crítica a la decisión que confirma la exclusión de cobertura de la aseguradora, no se comprueba a qué confusión se refiere respecto a la vigencia de la póliza, cuando lo invocado fue su suspensión, y la cita al antecedente de esta Sala ("Humala") no procede tratándose de un supuesto relacionado con una modalidad de cumplimiento de la prima por parte del asegurado –débito bancario- que no se configura en los presentes; de todas

formas, tal aspecto vinculado a la información sobre el pago, no fue una cuestión introducida por la parte al interponer la demanda ni al responder la excepción (fs. 44/45).-

En definitiva, conforme no constituir una crítica razonada (art. 265 del CPCyC), y pretender una decisión sobre temas no planteados oportunamente en la instancia de grado (art. 277 del CPCyC), se habrá de rechazar el agravio.-

Siendo los agravios los que dan la medida de las atribuciones de la alzada, sólo cabe abrir el recurso siempre que los mismos sean suficientes explicitados e intenten demostrar los yerros de la sentencia o auto cuestionado. Si no se cumple, siquiera en mínima medida, con tal crítica concreta y razonada, el recurso de apelación debe ser declarado desierto (arts.260, 261 y 246 CPCC)."(Referencia Normativa: Cpcb Art. 260 ; Cpcb Art. 261 ; Cpcb Art. 246, Cc0001 Si 52157 Rsi-43-90 I, Fecha: 15/02/1990, Caratula: Zannol Félix C/ Ramirez Fernando S/ Inc.art.250 Cpcc, Mag. Votantes: Montes De Oca - Furst - Arazi-LDT).

La instancia revisora de la Alzada, no se constituyó para producir un segundo juicio independiente del formalizado en el juzgado de origen. Por aplicación de lo dispuesto en el art. 277 del CPCCN resulta inaudible el agravio, cuando el apelante pretende hacer ingresar al ámbito de revisión de la Alzada hechos no alegados idóneamente en la etapa postulatoria del proceso. Las facultades de los Tribunales de Apelación sufren una doble limitación, la que resulta de la relación procesal y la que el apelante haya querido imponerle en el recurso.

Ello es así porque no deben expedirse respecto de capítulos no invocados ni propuestos a su consideración, porque de hacerlo producirían el menoscabo de los límites de su propia competencia, conculcando también los derechos de propiedad y de defensa en juicio garantizados en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional. (conf. Marcelo López Mesa- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – ed. La Ley, T° II, Pág. 1093).-

C.-Abordando la crítica formulada por la insuficiencia del monto fijado por la incapacidad psicofísica sobreviniente y daño moral, anticipo que los planteos prosperarán parcialmente:

1.-Que en punto al cálculo para determinar la procedencia y entidad económica de ambas indemnizaciones, en la causa "CERVERO ROCAMORA, ROSER Y OTRO C/ HIDALGO CLAUDIA ELIZABETH Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C-LESION O MUERTE"(Expte. N° 422099/2010-Sent. 28.06.2016), entre otras consideraciones, sostuve:

"Con mayor precisión, respecto a la indemnización del daño, el actual art. 1738 del CCyC prescribe que aquella comprende: "la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida".

"Mientras el C. Civil sobre el daño patrimonial estipulaba que: "Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades" (art. 1068) , el actual art. 1737 del CCyC prescribe que lo hay "cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva".

"Por ende, el daño patrimonial reside en un resultado económico, y no en la preexistente lesión del derecho o del interés que genera ese resultado. ¿Acaso se dirá que un hecho sin consecuencia económica disvaliosa (perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria) produce daño patrimonial? El daño patrimonial provendrá de la lesión de un interés económico vinculado con la preservación de un bien (patrimonial o extrapatrimonial); pero la lesión del interés no es el daño sino su causa generadora. ..no deben confundirse las lesiones que puede inferir un determinado hecho(en el caso, las ocasionadas a la integridad somática y síquica de la persona) con el o los daños resarcibles que aquellas lesiones pueden producir. La lesión entraña la afectación de determinada esfera de la persona. El daño versa sobre las concretas consecuencias o efectos disvaliosos, es decir, consiste en el producto o resultado negativo de la violación del derecho, bien o interés de la víctima.

No siempre surge un perjuicio resarcible a pesar de la causación de determinadas lesiones. Por ejemplo, no existe daño material alguno, a pesar del menoscabo de la integridad sicofísica, para quien ha visto cubiertos sus gastos terapéuticos por un ente mutual, no ha sufrido pérdida de ganancias durante el período de curación y no

experimenta secuelas incapacitantes o aminorantes ulteriores." (p. 48 vta. y 73 Matilde Zabala de Gonzalez, Resarcimiento de daños 2a, daños a las personas, integridad sicofísica).

"El actual ordenamiento, a partir del art. 1746 da un paso significativo adoptando los criterios que la doctrina y jurisprudencia ya sostenían cuando se demandaba la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica, permanente, total o parcial, señalando que debía ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades.

"También receptaba lo sentado respecto que deben presumirse los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad.

"Por último, mientras el art. 1078 C.Civil, luego de la reforma de la ley 17711 admitió la reparación de la afectación de la esfera espiritual de la persona a través del daño moral, sobre el particular el nuevo art. 1741 CCyC prevé de manera más amplia la "Indemnización de las consecuencias no patrimoniales" legitimando al damnificado directo a reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo, para finalmente dirigirse al aspecto cuantitativo: "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

"En lo que resulta de interés en los presentes, no ha perdido vigencia lo sostenido por la Dra. Matilde Zavala de Gonzalez al señalar que "cualquiera sea la concepción que se siga a propósito de la esencia del daño moral (atentado a un bien de la personalidad, menoscabo de intereses extrapatrimoniales o alteración del equilibrio espiritual del sujeto) siempre las lesiones contra la intangibilidad psicofísica de un ser humano desencadenarán un daño moral." para continuar acerca de la evaluación de su importancia e indemnización a acordar que "si se parte del criterio que podríamos denominar abstracto, que atiende al derecho o interés motivo de ataque, intrínsecamente considerados, la reparación debía ser más o menos igualitaria frente a lesiones similares. Es que resulta evidente que la integridad personal encierra análogo valor espiritual cualquiera sea el sujeto de que se trate. En cambio, si lo relevante son, en concreto, las repercusiones subjetivas de la lesión en las afecciones de la víctima, averiguar la entidad del daño moral supondrá una acentuada apreciación de las circunstancias del caso a fin de esclarecer de qué modo y con qué intensidad el hecho ha presumiblemente influido en la personalidad de la víctima y su equilibrio espiritual. Esta última opinión, que compartimos, es la que sigue de modo prevaleciente la jurisprudencia"(Dra. Matilde Zavala de Gonzalez (Resarcimiento de daños, Tomo 2ª, Edit. Hammurabi, 2da. Edic. ampliada Pag. 547/548)

"Finalmente, el nuevo ordenamiento en su art. 1740 impone que la reparación del daño debe ser plena y que ello consiste en restituir la situación de la víctima al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie, pudiendo aquella optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero.".

2.-Que en relación a la determinación del porcentaje de minusvalía, no se señala en concreto en qué consistiría el error en que incurre la evaluación de la juez de grado cuando para fijarla adopta la máxima escala para las incapacidades acreditadas, y conforme el mismo baremo que utiliza el experto.-

Además, para justificar que se apartará de lo dictaminado sobre el daño neurológico, la alteración moderada del equilibrio y de la fuerza de la actora, por falta de prueba los dos primeros y no haber sido reclamado el último, lo hace en forma razonada al explicar que:

"No se adjuntaron los estudios complementarios solicitados, y sólo se agregó en copia un informe de electroencefalograma que la actora no manifestó haber realizado (ver comprobante y descripción de estudios de la foja 227), a pesar que el médico pidió ese estudio. Aún así el original de ese estudio no está agregado a la causa" .-

Frente a esto, el recurrente nada explica para rebatirlo, quedando la crítica en la mera discrepancia,insuficiente para cumplir con la exigencia del art. 265 del CPCyC.-

Por las mismas razones se habrá de rechazar el cuestionamiento al rechazo de la reparación del daño psicológico.-

3.-Confirmado el porcentaje reconocido a la actora (4,96%), a los fines de cuantificar la indemnización por la

incapacidad física sobreviniente, y tal como ya me expidiera en la causa antes citada "Cervero", entiendo ajustado atender a las perspectivas que recepta la fórmula matemática aplicada en la causa "Méndez Alejandro Daniel c/MYLBA S.A. y otro s/Accidente " (Sentencia Nº 89.654 – Sala III de la CNAT) que sigue el esquema de una fórmula de matemática financiera como lo exige el nuevo art. 1746 del CCyC, y por la que se incluyeron nuevas variables para mejorar y eliminar las falencias de la aplicada por el mismo tribunal en "Vuotto c/ AEG Telefunken Argentina" (Sentencia Nº 36010), que resultaba insuficiente porque no contemplaba la totalidad del daño ocasionado a la víctima, en este caso trabajador, al no incluir la pérdida de la chance, déficit observado y subsanado por la CSJN en el fallo "Arostegui" (28/04/2008), reconociendo la afectación de las relaciones sociales, deportivas, artísticas, además de poder sufrir lo que se llama "posibilidad futura de ascenso en su carrera", que debe estar comprendido en todo valor indemnizable.

En "Mendez" si bien para satisfacer las necesidades de indemnización actuales de los damnificados por los accidentes laborales, se eleva la vida productiva a 75 años de edad (antes en la fórmula Vuotto era de 65 años) y reduce la tasa de interés al 4%, cuando antes se justificaba el empleo de una tasa de interés de 6%, porque existían depósitos bancarios a dicha tasa mirando siempre de mantener el poder adquisitivo original.

Luego en tanto la fórmula contempla el porcentaje de incapacidad -4,96%-, la edad de la persona, que en el caso contaba con 56 años, y el salario mensual que debe ser multiplicado por 13 (inclusivo del SAC), respecto a este último se habrá de adoptar la pauta del Mínimo Vital y Móvil vigente al momento del accidente que ascendía a $1.740,00 (Res. 2/2010 CONSEJO NACIONAL DEL EMPLEO, LA PRODUCTIVIDAD Y EL SALARIO MINIMO, VITAL Y MOVIL), toda vez que no se ha aportado información sobre los ingresos de la actora que justifique uno mayor.

En consecuencia, aplicando a la fórmula "Méndez C=a*(1-Vn)*1/i donde: Vn = 1/(1+i)n; a = salario mensual x (75 / edad del accidentado) x 13 x porcentaje de incapacidad; n = 75 – edad del accidentado; e, i = 4% = 0,04, se obtiene la suma de $15.788,20

En conclusión, atendiendo al análisis precedente que justifica la incapacidad física del 4,96%, el monto de la indemnización resultante es de $15.788,20, con lo que el planteo tendrá favorable acogida, en la proporción de la condena (50%), el rubro se elevará a $7.894,10.-

4.-En punto a la necesidad de satisfacer un tratamiento psicológico futuro, el abordaje de la juez de grado resulta razonable en relación a la prueba de la evolución del estado de la actora, justificando que el dictamen no genera convicción respecto a la posibilidad de vincular los actuales hallazgos al accidente 3 años después.-

La propuesta revisora exterioriza su inconformidad con el planteo, sin aporte alguno sobre información relevante que habilite otra conclusión, más que destacar la información del experto, y de esa forma no habilita la instancia revisora (art. 265 del CPCyC).-

5.-La actora peticiona el incremento del rubro daño moral, cuestionando la insuficiente valoración probatoria de la a quo, y señala la necesidad de confrontar los antecedentes acreditados.-

Que en tanto tal cuantificación constituye una "consecuencia de la relación jurídica" que no se hallaba firme al momento de la entrada en vigencia del CCyC –conforme expresa previsión del art. 7- quedó sujeta al nuevo régimen que en su art. 1741 estipula a tal fin que "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".-

"Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. La segunda operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión, sea fijándolo en dinero, o estableciendo las bases para su cuantificación en la etapa de ejecución de sentencia. En este sentido se afirma: "No hay inconveniente en aplicar el nuevo CCyC a los juicios pendientes para cuantificar los daños (v.gr. ver art. 1746 CCyC). "Por qué no aplicar así los mecanismos de cuantificación previsto por la nueva ley? (art. 165 parr. 3º CPCCN y CPCCBA)" Una sentencia coincide con esta afirmación con fundamento en que "el artículo 1746 únicamente sienta una pauta para su liquidación. Otros votos afirman sin tapujos la aplicación inmediata. Dice el Doctor Sebastián Picasso: "A diferencia de lo que sucede con el resto de las disposiciones relativas a la responsabilidad civil, el artículo 1746 del nuevo Código resulta aplicable en tanto no se refiere a la constitución de la relación jurídica

(obligación de reparar) sino a las consecuencias de ella (art,. 7°, CCyC). En efecto, la regla no varía la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima: únicamente sienta una pauta para su liquidación". De allí que las sentencias dictadas con posterioridad al 1° de agosto de 2015, aunque se trate de juicios comenzados antes, deberían contener las bases cuantitativas y las relaciones que se tuvieron en cuenta para arribar al resultado que se determine." Jalil sostiene que "el modo de cuantificación de los daños se rigen por la ley vigente al momento de los hechos y no cuando esa liquidación se realiza"; la palabra "modo" no es aquí del todo clara pues luego afirma: "cualquier regla del CCyC, que imponga un aumento, atenuación o modificación (art. 1750) no es de aplicación inmediata a los daños producidos con anterioridad." La norma citada no está referida a un modo de liquidación; solo expresa que fijado el momento (por el modo que correspondía), puede ser atenuado. (Aida Kemelmajer de Carlucci, ob. cit. Pag. 234/235).

Que el C.Civil, en su art. 1078, no señaló pautas para cuantificar el daño moral, dejándolo librado a la prudente valoración jurisdiccional que admitía recurrir al auxilio de algunas guías cualitativas, dependiendo de la concepción que se le otorgara en cada supuesto, esto es, su función sancionatoria o resarcitoria, deteniéndose en la gravedad de la falta o la reparación de la víctima, respectivamente.

El nuevo art. 1741 del CCyC, al establecer expresamente que "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas", ha delimitado la actividad jurisdiccional y acentuado su funciones reparatoria.

Las satisfacciones sustitutivas y compensatorias a las que se refiere la norma aluden al denominado "precio del consuelo" que procura "la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias"; se trata "de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado", de permitirle "acceder a gratificaciones viables", confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena. Esta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar o reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etc que le permitan a la victima, como lo decidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales". Agregó el Alto Tribunal que "aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido… El dinero no cumple una función valorativa exacta; el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida". En definitiva: se trata de afectar o destinar el dinero a la compra de bienes o la realización de actividades recreativas, artísticas, sociales, de esparcimiento que le confieran al damnificado consuelo, deleites, contentamientos para compensar e indemnizar el padecimiento, inquietud, dolor, sufrimiento, o sea para restaurar las repercusiones que minoran la esfera no patrimonial de la persona (comprar electrodomésticos, viajar, pasear, distraerse, escuchar música, etc). Este criterio había tenido amplia aceptación en la jurisprudencia (El daño moral contractual y extracontractual- Jorge Mario Galdóshttp:// www.nuevocodigocivil.com/wpcontent/uploads/2015/05/El-da%C3%B1o-moral-contractual-y extracontrac-tual.- Por-Jorge-Mario-Gald%C3%B3s.pdf).

Que aquello informado a través de la pericia psicológica revela la afección espiritual a la que fue expuesta la víctima en ocasión del accidente y con motivo de los tratamientos médicos que debió recibir, que si bien no ha derivado en una secuela incapacitante, tales sentimientos de angustia, inseguridad y ansiedad, repercutieron con gravedad en su estabilidad subjetiva.

Por lo expuesto, y fundamentalmente a partir de la reconsideración del valor asignado a la incapacidad física, estimo ajustado elevar el monto de la condena por la que deberá responder el demandado y a favor de la actora por el daño no patrimonial a la suma de $10.000, estimando que tal importe le permitirá obtener una satisfacción sustitutiva y

compensatoria del padecimiento, aplicándola al esparcimiento, como lo representa un viaje por 10 días, o la adquisición de bienes muebles vinculados a la recreación o el ocio.-

D.-Finalmente se habrá de rechazar el cuestionamiento del bajo monto fijado a los gastos de farmacia, radiografías, asistencia médica, traslado y vestimenta, al no postularse la necesidad de un análisis diferente, ausente toda pauta objetiva que habilite el cotejo de revisión que se postula (art. 265 del CPCyC).-

III.-Por último, respecto a la tarea del experto en accidentología designado, considero necesario destacar que por el art. 474 del CPCyC, y como auxiliar de la administración de justicia, al perito se le impone presentar su dictamen conteniendo las explicaciones detalladas de las operaciones técnicas realizadas y de los principios en que se funda; es que su intervención garantiza un mínimo necesario de imparcialidad científica y objetiva que debe estar reflejado en aquel; y luego, el mismo cuerpo normativo en su art. 475 último párrafo prevé la pérdida de su derecho a cobrar honorarios de comprobarse un proceder remiso a cumplir su función.-

Que cotejando los términos de la pericia, resulta que la descripción de la mecánica del accidente no es el resultado de un examen o evaluación científica, como el que se le imponía.-

Se concreta esta advertencia por constituir un deber y facultad del juez dirigir el procedimiento previniendo y sancionado todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, según art. 34, inc. 5°-d) del CPCyC.-

IV.-En conclusión, propiciaré al acuerdo la confirmación en su mayor parte de la sentencia de grado, que se modifica sólo respecto del monto de condena que se eleva a la suma de $24.894,10, y la advertencia al perito accidentólogo interviniente.-

Las costas de la Alzada devengadas con motivo de la apelación de la exclusión de cobertura serán impuestas al actora en su calidad de vencida, y por los restantes agravios al demandado que también resultó vencido (art.68 del CPCyC), regulándose los honorarios de los letrados intervinientes en el 30% de los que se determinen para los de la instancia de grado.-

Tal mi voto.

El Dr. Ghisini dijo:

Adhiero a la solución propiciada.

Por ello esta SALA III

RESUELVE:

1.- Confirmar en su mayor parte la sentencia de grado, que se modifica sólo respecto del monto de condena que se eleva a la suma de $24.894,10 y la advertencia al perito accidentólogo interviniente.

2.- Las costas de la Alzada devengadas con motivo de la apelación de la exclusión de cobertura serán impuestas al actora en su calidad de vencida, y por los restantes agravios al demandado que también resultó vencido (art.68 del CPCyC).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en el 30% de los que se determinen para los que actuaron en igual carácter en la instancia de grado (art.15 LA).

4.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los presentes 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

"CASAJUS SANTIAGO JOSE C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 471538/2012) – Sentencia: 208/16 – Fecha: 10/11/2016

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

INDEMNIZACION POR DESPIDO. DIFERENCIAS SALARIALES. BASE DE CÁLCULO. RUBROS. INCREMENTO GARANTIZADO. SUELDO ANUAL COMPLEMENTARIO. EXCLUSION.

1.- Procede incluir el rubro "Incremento Garantizado" para determinar el módulo de cálculo previsto en el art. 245 de la LCT, al haberse devengado en forma mensual, normal y habitual a favor del actor, con lo que resulta incuestionable su carácter salarial, e incluso sujeto a tributo, resultando inoponible a aquel por ser ajeno a los eventuales alcances que se le haya otorgado en el acuerdo paritario al calificárselo de "no remunerativo".

2.- El sueldo anual complementario, no es una remuneración de pago "mensual", como lo exige el art. 245 de la L.C.T. como condición para su consideración en la base de cálculo de la indemnización por despido.

Texto completo:

NEUQUEN, 10 de noviembre de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CASAJUS SANTIAGO JOSE C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES", (Expte. Nº 471538/2012), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 2 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori dijo:

I.- Que a fs. 420/428 la demandada interpone y funda recurso de apelación contra la sentencia de fecha 15.02.2016 (fs.407/414); pide se la revoque conforme los términos de los agravios que introduce.-

En primer punto cuestiona que a los fines de los cálculos indemnizatorios adoptara como mejor remuneración mensual normal y habitual aquella que incluye el item denominado "Incremento Garantizado" que fue acordado por la Asociación Bancaria Nacional y la Cámara de Empresarios ABAPPRA por Acuerdo del 22.12.2003, y que tiene carácter remunerativo, así como el proporcional del SAC cuyo pago no tiene periodicidad mensual.-

En segundo lugar, cuestiona que se haya considerado el tope a los fines indemnizatorios establecido por Resolución MTSSN N° 790/12 ($sancionada con fecha 07.06.12 cuando el despido se produjo el 27.04.2012, y su parte liquidó aquellos conforme el fijado por Res. 1056/96 y 384/2004 ($2.749,86) siguiendo la doctrina de la CSJN en la causa "Vizzoti".-

En tercer agravio critica la aplicación automática de la multa estipulado en el art. 1 de la Ley 25323, cuando no existe prueba que denote que durante el tiempo que duró la vinculación comercial, o los 8 años de relación laboral posteriores, se haya efectuado reclamo verbal o escrito sobre aquella inicial mantenida; que ello demuestra cabalmente que la relación era de locación de servicios, con lo que su parte no tenía ningún tipo de motivo para entender que debía modificar la registración; subsidiariamente cuestiona la cuantía de la indemnización considerando tales antecedentes.-

Critica también la aplicación automática y al barrer que realiza la a quo respecto a la pretensión indemnizatoria basada en el art. 2 de la Ley 25323, atento a que conforme la documental acompañada por el actor, su parte liquidó y abonó en forma íntegra todos los rubros correspondientes a la desvinculación sin causa, y que las "diferencias indemnizatorias" no constituyen un presupuesto de la ley.-

Cuestiona que se haya viabilizado la multa del art. 80 de la LCT, y para ello se omite reflexionar de que su parte hizo entrega de la certificación de servicios y remuneraciones al desvincular al actor y en la misma oportunidad el

certificado de cesación de servicios, que fue debidamente confeccionado con todos los requisitos; luego, al contestar la demanda se acompañó un nuevo certificado con formato diferente, el cual jamás fue retirado; por ello resulta falso que no se haya cumplido con la entrega de los documentos.

Se agravia por la condena en costas por el progreso parcial de las postulaciones del actor, y por la elevadísima regulación de honorarios efectuada a favor del perito contador, que representa el 8% de lavase de cálculo de capital más intereses, y que no tiene relación con la de los letrados de las partes.-

Finalmente formula reserva de plantear casación y el caso federal conforme Ley 48.-

II.- Sustanciado el recurso, responde el actor a fs. 435/448, pide se lo rechace con expresa imposición en cosas; considera que la crítica no cumple con los recaudos del art. 265 del CPCyC, y subsidiariamente plantea que los rubros admitidos en la demanda son derivación de la correcta aplicación de la ley y jurisprudencia que cita, y conforme los hechos acreditados.-

III.- Que abordando la cuestión traída a entendimiento resulta que la sentencia en crisis hace lugar a la demanda por diferencias en la liquidación por despido incausado, la multa por su insuficiente pago, la deficiente registración y por falta de entrega de certificados laborales, todo ello con sus intereses, condenando a abonarlo dentro de los cinco días de adquirir firmeza, así como a entregar los certificados de trabajo, servicios y cesación, bajo apercibimiento de astreintes en caso de incumplimiento.-

En lo que también es materia de recurso, impone las costas a la demandada en virtud de lo dispuesto por el art. 17 de la Ley 921 y 68 del CPCyC -art. 54 de la Ley 921- y teniendo en cuenta el modo en que prospera la demanda, regulando los honorarios del letrado patrocinante del actor en el 16%, el de la demandada en el 15,68% y al perito contador en el 8% de la base regulatoria integrada por capital e intereses.-

Que por razones metodológicas procede atender en primer término el cuestionamiento respecto a la base utilizada para cuantificar la indemnización derivada del despido, para luego cotejarla con el tope legal aplicable, aspecto que también critica, y finalmente atender la procedencia de las multas por incumplimientos y el porcentaje de honorarios para el perito contador interviniente.-

1.- Que a fs. 280 el dictamen contable informa como mejor remuneración normal y habitual del actor a los fines del cómputo del art. 245 de la LCT la suma de $18.934,39 correspondiente al último mes laborado –Abril de 2012- y que incluye el rubro "Incremento Garantizado" de $340,86 que se comprueba abonado en forma mensual bajo dicha denominación desde agosto de 2008 a la fecha del distracto (ver recibos de fs. 4/62).-

Que el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo dispone expresamente que: "Indemnización por antigüedad o despido. En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual, devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor. Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres (3) veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador al momento del despido por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo.

Para aquellos trabajadores excluidos del Convenio Colectivo de Trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el que corresponda al convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o el convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno. Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio al que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable. El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a un (1) mes del sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo."(ref. 25.877)" (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 inc. e) de la Const. Prov.; 103 y cc. de la L.C.T.; y 163 inc. 6 del C.P.C.C.).-

La doctrina define la terminología en cuestión sosteniendo que habitual es el rubro que se devenga a favor del trabajador en forma reiterada y persistente, debiendo excluirse los que se devengan excepcionalmente; normal

implica aquello que ordinariamente ocurre, dentro de los rubros devengados habitualmente se deben excluir los de cuantía groseramente anormal; y mejor, realizados los procesos precedentes, corresponde tomar la remuneración de mayor cuantía dineraria. (p.115, Régimen Indemnizatorio en el Contrato de Trabajo, Julio Armando Grisolía; p.544, Contrato de Trabajo, Carlos Alberto Etala; y p.1.737, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Juan Carlos Fernandez Madrid).-

La jurisprudencia ha dicho en tal sentido que: "El art. 245 LCT establece las pautas indispensables para calcular cual es la indemnización por antigüedad que corresponde a un trabajador despedido sin justa causa, indemnización que se acumulará a la sustitutiva del preaviso cuando no se hubiera cumplido con el deber de preavisar. Esta norma toma como base para determinar la indemnización por antigüedad "la mejor remuneración mensual, normal y habitual, percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor". La "habitualidad" implica la persistencia de rubros remuneratorios en la retribución, es decir, la reiteración de pagos por determinados conceptos, puesto que "habitual" significa, en el texto legal, aquello que se produce con continuidad, que se repite, o reitera. A su vez, lo "normal" es aquello que ordinariamente ocurre y en materia remuneratoria es un término que puede ser conceptualizado en virtud de su opuesto: lo "anormal", que sería un ingreso desde todo punto de vista excepcional. La mejor remuneración mensual que el artículo 245 de la LCT tomó como base para determinar la indemnización por antigüedad, es aquella que ha significado un mayor ingreso para el trabajador y se halla condicionada por la "normalidad y habitualidad" de su percepción. El 2º párrafo del artículo 245 ib. establece un tope máximo que se aplica solo a la remuneración base mensual y no a la indemnización total. ..".(Id. del fallo: 98160406 - Fecha: 10/03/2000 - Tribunal: SALA 2 CAMARA DEL TRABAJO -Fuero:LABORAL - Tipo de proceso: Sentencia - Carátula: Dearchi Enrique B.C/Cormec S.A.S/Demanda-LDT).-

Conforme el plexo fáctico y jurídico expuesto, procede incluir al rubro objetado por la demandada para determinar el módulo de cálculo previsto en el art. 245 de la LCT, al haberse devengado en forma mensual, normal y habitual a favor del actor, con lo que resulta incuestionable su carácter salarial, e incluso sujeto a tributo, resultando inoponible a aquel por ser ajeno a los eventuales alcances que se le haya otorgado en el acuerdo paritario al calificárselo de "no remunerativo".-

En definitiva, esta crítica introducida por la accionada habrá de ser rechazada.-

2.- Que en relación al criterio interpretativo seguido por la juez de grado que la llevó a agregar el proporcional mensual del SAC como componente de la base salarial para liquidar las indemnizaciones derivadas del distracto, la doctrina y jurisprudencia se encuentra dividida en el tema en cuestión.

Se ha considerado en particular que el recaudo de "mensual", significa que no se debe incluir en la base a considerar aquello que aun siendo remuneratorio, no se liquida y percibe en forma mensual, excluyendo por ello el aguinaldo y otras prestaciones que por su naturaleza no son susceptibles de ser ganadas todos los meses.(p. 1201, t. II, Derecho del Trabajo y de la Seguridad social, Julio Armando Grisolia).-

El Plenario Nº 322 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en la causa "TULOSAI, ALBERTO P. c/ BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA s/ LEY 25.561" (19/11/2009), expresamente sentó: "1°) No corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T., la parte proporcional del sueldo anual complementario. ..". Los argumentos principales de la mayoría fueron: "El cálculo de la indemnización prevista en el artículo 245 L.C.T. debe ejercitarse a partir de la mejor remuneración normal, mensual y habitual. Como el sueldo anual complementario (pese a su denominación subsistente) es una prestación semestral, no integra aquel cálculo aunque su pago sea ciertamente normal y habitual."(Dr. Guibourg) "El sueldo anual complementario, no es una remuneración de pago "mensual", como lo exige el art. 245 de la L.C.T. como condición para su consideración en la base de cálculo de la indemnización por despido." (Dr. Pirolo).-

Que ya en "CAÑICURA CARLOS C/ EMPRESA ZILLE SRL Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES" (Expte. Nº 377378/8- sent. 05 de julio de 2011) me expedí apoyando la posición del plenario nacional en el sentido de la incompatibilidad de tal integración, entendiendo que es el criterio más actualizado y comprensivo del texto legal vigente, especialmente, en cuanto al recaudo de que el salario sea mensual, lo que descarta otro tipo de percepción,

no habiendo la reforma N°25.877 modificado tal módulo.-

Conforme lo analizado, el agravio de la demandada tal como también fuera introducido como planteo en su responde (fs. 160vta/161) tendrá favorable acogida.-

3.- Consecuencia de lo desarrollado en los dos puntos anteriores, resulta que en el caso la mejor remuneración mensual, normal y habitual, devengada a favor del actor durante el último año es la informada por el perito a fs. 280 de $18.934,39.-

4.- Que a los fines de la aplicación del importe antes hallado, llega a resolución también la crítica que la demandada dirige contra lo resuelto por la juez de grado respecto al tope legal le impone a aquel valor base el mismo art. 245 de la LCT al establecer que "no podrá exceder el equivalente de tres (3) veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador al momento del despido por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo".-

Que se comparte el análisis de la a quo respecto a que no resulta necesario recurrir a la doctrina sentada por la CSJN en la causa V. 967. XXXVIII "Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/despido", porque en el caso el módulo de cálculo, $18.934,39, es inferior al tope comunicado por el Ministerio de Trabajo mediante la Resolución N° 790/12 dictada el 07.07.2012 donde homologa el aplicable a partir del 01.05.2011 por $40.054,20, conforme lo informa el perito a fs. 276 y surge del texto de la misma norma agregada a fs. 316/336, y que no fueron impugnados por la demandada.-

Más allá de la improcedencia de intentar justificar la liquidación que pretende con los principios y valores constitucionales sentados por el Máximo Tribunal Provincia donde interpretando el art. 14 bis de la Const. Nacional se establece como doctrina que "El hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad.", e incluso recurrir a un profuso desarrollo de doctrina y jurisprudencia respecto a la aplicación de la ley en el tiempo y acerca de eventuales efectos retroactivos, lo que indudablemente y en definitiva desatiende el apelante es que, aún el tardío dictado de la Resolución MTSS 790/12 del 7 de junio de 2012, recién publicada en el B.O. el 23/7/12, no impide comprobar que –según sus considerandos- fue consecuencia del acuerdo salarial que celebraron con bastante anticipación en el Expte. 1.438.154/11 "la Asociación Bancaria (Sociedad de Empleados de Banco), por la parte sindical, y la Asociación de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina (ABAPPRA), por la parte empresarial, en el marco del Conv. Colect. de Trab. 18/75, conforme lo dispuesto en la Ley de Negociación Colectiva 14.250 (t.o. en 2004)" que fue, a su vez "homologado por el art. 2 de la Res. S.T. 738/11 y registrado bajo el N° 921/11".-

Es con motivo de este acuerdo que la autoridad de aplicación en el art. 2° de la resolución fijó "los importes promedio de las remuneraciones y el tope indemnizatorio correspondiente" y "conforme los valores detallados para cada una de ellas en el Anexo II" que incluyó: "Banco Provincia de Neuquén S.A.:– Localidades Grupo C, art 25, C.C.T. (40%)- Fecha de entrada en vigencia 1/5/11 Base Promedio $13.351,40 Tope indemnizatorio $40.054,20".-

Se comprueba así que, lejos de tratarse de un supuesto de aplicación retroactiva, existió mora administrativa en publicar el resultado de cálculos derivados de la ley a partir de escalas salariales vigentes desde el 01 de mayo de 2011, mucho antes del despido incausado del actor que se le comunicó el 27 de abril de 2012.-

En consecuencia, se habrá de rechazar este agravio de la accionada.-

5.-Conforme a lo expuesto, resultando aplicable la base de cálculo determinada en el punto 3 por $18.934,39, y multiplicado por los 10 años de antigüedad reconocidos, el quantum de la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT asciende a $189.343,90, importe al que deducido el monto ya percibido de $99.631,32 (fs. 2), se concluye que la diferencia adeudada al actor por la demandada asciende a $89.712,58.-

6.-Abordando ahora el cuestionamiento de la accionada a que la condena incluya las multas previstas en los arts. 1° y 2° de la Ley 25323, se comprueba que la crítica no cumple con los recaudos que le impone a la parte el art. 265 del CPCyC.-

En principio, cabe observar que la magistrada claramente expone las premisas de su razonamiento en cuanto a la deficiente registración al tiempo del despido, al no justificarse la prestación bajo la modalidad de locación de servicios entre los años 2002 y 2004, así como la comprobada insuficiencia del pago de la indemnización del art. 245 de la LCT, y la intimación cursada reclamando la correcta confección del 21 y 29 de agosto de 2012 (fs.99/100) sucesivamente rechazados (fs.102/103).-

Los agravios vertidos resultan en gran parte incongruentes o tergiversatorios frente a la sentencia dictada y los hechos acreditados, en principio, no es veraz respecto a la obligación de la correcta registración y que el pago de la indemnización fuera conforme la ley, surgiendo de la propia documental el rechazo del reclamo.-

En definitiva, el apelante se limita a insistir en su hipótesis de partida haciendo caso omiso a todo lo sentado por el juzgador, que lo lleva a omitir la confrontación concreta y razonada que le era imperativa, pecando de la insuficiencia avisada por la contraparte, en los términos del art. 265 del C.P.C.C..-

Sin embargo, en orden a los montos resultantes del análisis hasta aquí concretado, procede adecuar la condena por ambos rubros, ascendiendo a la suma de $189.343,90 la multa por el incremento al doble de la indemnización del art. 245 de la LCT, conforme el art. 1° de la Ley 25323, y a $44.856,29 la prevista en el art. 2° de la norma, siguiendo el mismo análisis y pautas sentadas por la juez de grado.-

7.- El recurrente incurre en el mismo incumplimiento señalado en el punto anterior cuando argumenta contra la multa que le fuera impuesta por la suma de $56.803,17 ($18.934,39 x 3) en base a la previsión del art. 80 de la LCT cuando, más allá de que el certificado de trabajo haya sido adjuntado al contestar la demanda, y el de servicio, remuneraciones y cese fuera entregados antes al actor, no ha podido ser desvirtuado que es deudor de aquella documental cuyo contenido se conforme a la correcta información que valida la sentencia de grado.-

En definitiva, queda incólume el principal fundamento en que se apoya la condena, sin que lo referido se corresponda con antecedentes reconocidos en la sentencia.-

8.- En relación a las costas devengadas en la instancia de grado, procede confirmar que sean a cargo de la demandada, que resulta vencida en la totalidad de los rubros reclamados, y así lo contempla el art. 17 de la Ley 921.-

9.- Señalado como alto el porcentaje del 8% del capital e intereses que resulte de la planilla a practicarse, y asignado al perito contador, considero razonable reducirlos al 7% de tal forma que resulten proporcionados a los restantes fijados.-

IV.- Conforme las consideraciones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propiciaré rechazarlo en su mayor parte y declararlo desierto respecto a los puntos 6 y 7 (arts. 265 y 266 del CPCyC), y parcialmente procedente, conforme al que, se habrá de reducir el monto de la condena a la suma de $380.715,94, importe que devengará intereses conforme lo estipula la sentencia de grado.-

V.- Atento a la forma en cómo han prosperado los agravios de la demandada, estimo ajustado cargar a ésta con el 90% de los honorarios devengados en esta Alzada y el 10% a cargo del actor (art. 68 y 73 del CPCyC).-

Los honorarios de los letrados intervinientes por la parte actora y demanda se fijan en el 30% y 25% de los que resulten de la instancia de grado, respectivamente (art. 15 L.A. vigente).-

Tal mi voto.

El Dr. Ghisini dijo:

Por compartir los argumentos del voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA III

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso articulado por la demandada en su mayor parte y declararlo desierto respecto a los puntos 6 y 7 (arts. 265 y 266 del CPCyC), y parcialmente procedente, conforme al que, se habrá de reducir el monto de la condena a la suma de $380.715,94, importe que devengará intereses conforme lo estipula la sentencia de grado.

2.- Reducir los honorarios del perito contador, ..., fijándolos en el 7% de la base establecida.

3.- Atento a la forma en cómo han prosperado los agravios de la demandada, estimo ajustado cargar a ésta con el 90% de los honorarios devengados en esta Alzada y el 10% a cargo del actor (art. 68 y 73 del CPCyC).

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada, por la parte actora y demanda en el 30% y 25% de los que resulten en la instancia de grado, respectivamente (art. 15 L.A. vigente).

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

"SAN MARTIN ELSA Y OTROS C/ VAZQUEZ JORGE ALBERTO S/ D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 391124/2009) – Sentencia: 210/16 – Fecha: 10/11/2016

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. REMOLQUE DE RODADO. ASEGURADORA. POLIZA. COBERTURA. EXTENSION DE COBERTURA. CONTRATO DE SEGURO. INTERPRETACION DEL CONTRATO.

Corresponde revocar parcialmente la sentencia de grado que responsabiliza al demandado en el acaecimiento del accidente por el cual embistió con su rodado al actor en ocasión de trasponer una encrucijada cuando acarreba otro vehículo, y extender la condena a la aseguradora en los términos del art. 118 de la Ley de Seguros, toda vez que no se advierte que el texto de la póliza transcripta requiera de mayor interpretación y basta seguir su sentido literal para concluir que el siniestro objeto de autos estaba cubierto conforme el contenido de la regulación convencional que unía al demandado asegurado con su aseguradora, cuando autoriza e incluye en la cobertura la posibilidad de que el rodado remolcara otro vehiculo sin propulsión. De otra forma, por tratarse de un contrato de seguro de automotor por responsabilidad civil con cláusulas predispuestas, la aseguradora debió redactar la cláusula sin ambigüedades, y al no haberlo hecho, o resultar oscuras, sus efectos o consecuencias, le son oponibles.

Texto completo:

NEUQUEN, 10 de noviembre de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SAN MARTIN ELSA Y OTROS C/ VAZQUEZ JORGE ALBERTO S/ D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE", (Expte. N° 391124/2009), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 2 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante

Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori dijo:

I.- Que a fs. 476/477 obra la expresión de agravios de los actores fundando el recurso de apelación que interpusieran contra la parte de la sentencia de fecha 09.11.2015 (fs. 460/466), en punto a la procedencia de la exclusión de cobertura planteada por la aseguradora citada en su responde (fs.12/13); piden se la revoque con costas.

Cuestionan que la citada en garantía sólo se limitó a invocar la cláusula y nada dijo ni ofreciera prueba tendiente a justificar la inclusión en el contrato y su relación con la prima convenida, es decir, la relación entre la exclusión pretendida y la técnica del seguro.

En segundo lugar, destacan que en la sentencia se confunde respecto a que el demandado acarreaba otro vehículo confundiéndolo con el tráiler, que era lo efectivamente acarreado, y por más esfuerzo que se haga este último no reviste el concepto de vehículo consignado en el Anexo I de la póliza citada por el asegurador y soporte de la excepción de legitimación pasiva interpuesta, malamente acogida.

Explican que es la propia póliza en su cláusula Adicional 27 la que extiende la responsabilidad del asegurador al supuesto en que el vehículo remolque un tráiler.

Sustanciado el recurso, responde la aseguradora a fs. 479/481, solicitando se confirme la sentencia apelada, con costas.

Sostiene que en el caso no se han impugnado por nulas las cláusulas del contrato de seguro, y no habiendo la contraparte apelado el fallo, quedó firme lo relacionado con la exclusión de la cobertura; y que tal previsión contractual resultó relevante en tanto fue parte de la ecuación económica de la delimitación del riesgo, que no debe ni puede ser objeto de prueba ya que hace a la libertad negocial, tratándose además de una redacción aprobada por la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Explica que el actor no hace una adecuada crítica razonada al omitir en forma total hacer referencia a la motocicleta remolcada, que incluso fue admitido, la cual bajo su propia definición tiene que ser considerada un vehículo, dirigiendo su atención exclusivamente al tráiler, como si aquel por sí solo hubiere determinado la exclusión de la cobertura.-

II.- Que llega firme la sentencia de grado en relación a la responsabilidad del demandado en el acaecimiento del accidente por el cual embistió con su rodado al actor en ocasión de trasponer una encrucijada, y al evaluar la extensión de la condena a la aseguradora, analiza la exclusión de cobertura que plateara como excepción de falta de legitimación pasiva, fundada en el hecho que el asegurado acarreaba otro vehículo.

Luego, teniendo por no controvertida la cláusula, así como que el transporte de un trailer con una motocicleta arriba, concluye que la situación se encuentra alcanzada por la exclusión regulada en la cláusula 12 del Anexo 1 ("Mientras esté remolcando a otro vehiculo, salvo el caso de ayuda ocasional y de emergencia"), acoge la defensa incoada, con imposición en costas de la citación al demandado (fs.465vta/466-punto V).

Abordando la cuestión traída a entendimiento, resulta no controvertido que momentos antes del accidente el demandado conducía su rodado llevando "de tiro un carro donde transportaba una motocicleta" (fs. 355) y que la aseguradora había declinado su responsabilidad y rechazado el siniestro con fundamento en la Cláusula 22 del Anexo 1, correspondiente a las Condiciones generales de póliza del seguro automotor, que estipulaba que "El Asegurador no indemnizará los siguientes siniestros producidos y/o sufridos por el vehiculo y/o su carga;

Mientras esté remolcando a otro vehículo, salvo el caso de ayuda ocasional o de emergencia", y en tales términos se lo comunicó en forma fehaciente al asegurado aquí demandado por misiva de fs. 91, tanto como que, éste la repelió por idéntico medio documental de fs. 89, rechazando y negando su contenido, alcance de la declinación e interpretación de la cláusula.

Cabe resaltar a su vez que el capítulo "UNIDADES TRACTORAS Y/O REMOLCADAS" (EXCLUIDOS VEHICULOS DE AUXILIO" como Cláusula 27 la aseguradora incorporó que "Ampliando lo dispuesto en el punto 12 de la Cláusula 22 de las Condiciones Generales, la responsabilidad asumida por el Asegurador se mantiene cuando el vehículo asegurado, tratándose de una unidad con propulsión propia (tracción) esté remolcando algún vehiculo sin propulsión propia (acoplado) o tratándose de alguno de estos vehículos esté siendo remolcado …" agregando a continuación que

"Cuando se trate de automóviles o camionetas rurales sólo estarán autorizados a remolcar una casa rodante, trailers o bantam..." (fs. 88), previsión que fue sucesivamente alegada por los actores y el demandado al responder la excepción (fs. 132/136).

Que vale recordar que los contratos con cláusulas predispuestas son aquellos cuyo contenido es dispuesto anticipadamente por una de las partes de la futura relación, el predisponente; la otra parte adherirá en bloque. Excepcionalmente las partes añaden cláusulas o condiciones particulares a fin de sustituir la cláusula predispuesta. La Comisión de Unificación Legislativa entiende que la naturaleza jurídica de estos contratos es de índole CONTRACTUAL.

En cuanto a las directivas genéricas de interpretación, la Buena Fe es un principio rector y presidirá la conducta de las partes desde el momento en que el predisponente ofrece el contenido contractual hasta la extinción del contrato. Se tendrá en cuenta la literalidad de los términos sólo cuando proceda la interpretación restrictiva. Se hará una interpretación filológica cada vez que haya que desentrañar el sentido y alcance de un contrato y se pretenda dilatar las restricciones de los derechos del adherente o ampliar las facultades del predisponente en virtud de normas supletorias. Debe excluirse la interpretación analógica. La finalidad y economía del contrato aparecen como pautas interpretativas valiosas. En relación a las reglas específicas de interpretación, establece el proyecto que las cláusulas especiales prevalecen sobre las generales aunque se haya omitido la cancelación de estas últimas.

Las Cláusulas incorporadas prevalecerán sobre las preexistentes ya que traducen la auténtica declaración de la voluntad común. Se las distingue de las cláusulas redactadas en forma oscura que serán consideradas de nulidad parcial.

Se presume la liberación del consumidor o usuario si es dudosa la existencia de una obligación a su cargo. (conf. RUBÉN STIGLITZ- 1987 TOMO LA LEY Nro. 1987, pág. 1075- LA LEY S.A.E. e I.-Id SAIJ: DACN870155).

Acerca del proceso de interpretación de los contratos, el C.Civil luego de la reforma de la Ley 17711 imponía a las partes el deber de hacerlo de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, mientras que el nuevo Código Civil y Comercial, a través del art. 961 retorna al texto originario de Velez en cuanto establecía que "los contratos obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubieran sido virtualmente comprendidas en ellos", y el principio de razonabilidad al estipular: "con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor" (conf. Ricardo Lorenzetti, Código Civil y Comercial Cometado , T° V.Pag. 545).

Luego, en lo que resulta de interés para los presentes, el nuevo art. 987 incluye expresamente que "las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponerte", tal como ya lo preveía el segundo párrafo del art. 37 de la Ley de Defensa del

Consumidor cuando regulaba que "La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa".

A tenor de lo expuesto, no se advierte que el texto de la póliza transcripta requiera de mayor interpretación y basta seguir su sentido literal para concluir que el siniestro objeto de autos estaba cubierto conforme el contenido de la regulación convencional que unía al demandado asegurado con su aseguradora, cuando autoriza e incluye en la cobertura la posibilidad de que el rodado remolcara otro vehiculo sin propulsión.

Tal interpretación es la que mejor responde a la finalidad tenida en miras al contratar un seguro para cubrir las contingencias habituales a que se expone una diligencia normal y corriente de las personas comunes, pues de lo contrario el negocio carecería de sentido.

Y precisamente, el carro en que iba sujeta una motocicleta no puede ser considerado otra cosa que un vehiculo sin tracción propia, incluso susceptible de ser definido como un "acoplado".

Respecto significado de los conceptos "vehículo", "remolcado", "sin propulsión propia", "acoplado", "carro", "trailer", además de que sus alcances no han merecido debate a los fines de la delimitación de la cobertura, no se justifica el sentido que le da la aseguradora y recepta el pronunciamiento de grado de haberse configurado el supuesto excluido de estar remolcándose a otro vehiculo, en este caso una motocicleta, cuando lo cierto es que ésta iba sujeta sobre un acoplado, y no a través de su rodamiento, que es lo que estimo correcto interpretar a partir de que a continuación se

excepciona la "ayuda ocasional y de emergencia" (Cláusula 12).

De otra forma, por tratarse de un contrato de seguro de automotor por responsabilidad civil con cláusulas predispuestas, la aseguradora debió redactar la cláusula sin ambigüedades, y al no haberlo hecho, o resultar oscuras, sus efectos o consecuencias, le son oponibles.

Finalmente, resulta dirimente que no se haya producido prueba acerca de que el fondo de primas exceda el necesario para afrontar la totalidad de las coberturas comprometidas por la aseguradora.

Por las consideraciones expuestas propiciaré al acuerdo se revoque parcialmente la sentencia de grado en aquello que fue materia de recurso por los actores, extendiendo la condena a la aseguradora MAPFRE Argentina Seguros S.A. en los términos del art. 118 de la Ley de Seguros.

Las costas se imponen a la citada en garantía en su calidad de vencida (art. 68 del CPCyC).

Los honorarios de Alzada se determinarán de conformidad al art.15 LA.-

Tal mi voto.

El Dr. Ghisini dijo:

Por compartir los argumentos del voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA III

RESUELVE:

1.- Revocar parcialmente la sentencia de grado en aquello que fue materia de recurso por los actores, extendiendo la condena a la aseguradora MAPFRE Argentina Seguros S.A. en los términos del art. 118 de la Ley de Seguros.

2.- Imponer las costas de Alzada a la citada en garantía en su calidad de vencida (art. 68 del CPCyC).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes, en el 30% de lo que se establezca en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 LA).

4.- Regístrese, notifíquese y vuelva a origen.

Dr.Fernando Marcelo Ghisini - Dr.Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

"GUTIERREZ CARLOS ALBERTO Y OTRO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 400274/2016) – Sentencia: 211/16 – Fecha: 10/11/2016

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. FALTA DE SERVICIO. HOSPITAL PROVINCIAL. INTERNACION. PACIENTE PSIQUIATRICO. FUGA. MUERTE. RECHAZO DE LA DEMANDA.

1.- Corresponde confirmar la sentencia de grado que rechaza la demanda que los actores dirigieron contra la Provincia del Neuquén invocando la falta de servicio del hospital que permitió la fuga de su hijo internado con graves problemas psiquiátricos, y que estuviera en horas de la noche intentando cruzar una ruta donde fallece al ser embestido por un rodado, pues si bien la fuga de un paciente de un establecimiento

de salud mental no constituye un hecho imprevisible e inevitable, valorando en concreto la actuación desplegada en el nosocomio público, se acreditó el cumplimiento de las medidas de control, seguimiento regular, tratamiento con medicación y atención como lo requería el paciente a pocas horas de ser recibido, sumado a la vigilancia adoptada en el área, que procede señalar como las apropiadas a tenor de lo que informa el experto; e incluso, que inmediatamente a haber detectado su ausencia, fue informada la policía a los fines obtener su paradero; todo ello concreta un estándar de rendimiento más que suficiente en relación al personal y los recursos materiales disponibles.

2.- Si bien se demostró que los actores, padres de una persona con esquizofenia internada en un hospital zonal, conocían los medios disponibles, y de todas formas, solicitaron y aceptaron esa intervención asistencial, que incluso requería el traslado a otra ciudad que alejaba a su hijo de su apoyo; tanto como la práctica de ausentarse de la internación, para sucesivamente ser reintegrado con signos de haber consumido sustancias psicoactivas o alcohol, cuando ello también era común lo concretara en el hogar; no procede concluir que la insuficiencia u omisión del servicio pueda vincularse razonablemente con el resultado -la fuga- ni tampoco que el máximo estándar de seguridad deba ser definido por las cualidades de la víctima, precisamente al comprobarse circunstancias personales de que era muy hábil para eludir controles y escapar sin ser percibido.

3.- Dada la especial obligación de medios que se le imponía a la demandada provincia del neuquén (hospital), procede liberarla de responsabilidad en los términos del art. 1112 del C.Civil, fundamentalmente, luego de haber concretado su principal obligación de brindar tratamiento y adoptar los aseguramientos apropiados y proporcionales conforme las circunstancias de persona, tiempo y lugar, tal como lo imponía el art. 512 del C.Civil, con exclusivo aporte causal para que se produzca el daño en la conducta de la víctima, tal como también había concluido la juez de grado, sin advertirse el yerro de valoración de la prueba que se le endilgó, suficientemente fundada en las reglas de la sana crítica establecidas en el art. 386 del CPCyC.

Texto completo:

NEUQUEN, 10 de noviembre de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "GUTIERREZ CARLOS ALBERTO Y OTRO C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (Expte.N°400274/2009), 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.-A fs. 640/651 obra la expresión de agravios de los actores fundando el recurso de apelación interpuesto contra la

sentencia de fecha 29.10.2015 (fs.612/621); piden se haga lugar a la acción y se condene a la demanda al pago de la indemnización por daños y perjuicios por el fallecimiento de su hijo.

Como antecedentes reseñan que el joven, a la fecha del hecho atravesaba una grave crisis psicótica debido a una patología de esquizofrenia de origen dual y era atendido en el Hospital Zonal de Zapala, donde los médicos, junto a los del Area de salud Mental del Hospital Castro Rendón, decidieron el traslado a esta ciudad en razón de proveer mayor contención y un tratamiento especializado. El mismo día que ingresa (23/05/2008) en horas del mediodía, en medio de una crisis psicótica y muy medicado, se fuga e inicia su regreso a la ciudad de Zapala caminando. En ese recorrido, entre las localidades de Plottier y Senillosa, fallece al ser embestido por un automotor que circulaba sobre Ruta 22.

Critica que la sentencia no tenga en cuenta la prueba rendida y que realice una interpretación errónea de ella; concretamente, se refiere al contenido de las dos Historias Clínicas donde existen circunstancias ineludibles para la resolución, de las que resulta que ante la gravedad del cuadro de la víctima, para sí y para terceros, y la falta de medios y especificidad, los médicos tratantes decidieron su derivación a otro hospital que contaba con dispositivos de contención adecuados, donde debía permanecer solo y al cuidado de los médicos del área de salud mental, que no lo cuidaron ni lo contuvieron ni lo estabilizaron; señala que la atención fue absolutamente deficiente, y por ello se produjo la fuga de un hospital que no conocía, en una ciudad que no conocía y en la que no vivía ni su padre ni su madre y murió mientras regresaba caminando a la ciudad donde residía.

Que el segundo error del juez de grado, que constituye una falacia, radica en sostener que no se acreditó el estado de riesgo o peligro del joven en relación a las medidas de seguridad y control excepcionales o mayores a las existentes en el establecimiento, cuando precisamente se había ordenado su derivación para asegurar su contención, se indicó que se fugaba habitualmente de los tratamientos, que cuando se descompensaba hacia que fuera peligroso para sí y para terceros, y era reinternado para luego reintegrarse al hogar, manteniendo el tratamiento psicofarmacológico, laborterapia, etc, tal como había acontecido en anteriores episodios.

Que la demandada debe responder sea por la teoría del resultado que lleva a la responsabilidad objetiva, como si se tratara de una obligación de medios, porque fueron insuficientes y no correctos, atento a que los antecedentes revelan que la fuga pudo ser evitada, dada las condiciones de inseguridad en el cuidado recibido y lugar físico del área de salud mental, la deficiencia institucional (profesional, enfermería, seguridad, edilicia), y la insuficiencia en el uso de instrumentos terapéuticos y en la vigilancia y control por parte de los responsable médicos y personal de enfermería.

Cuestiona en tercer punto la interpretación de la prueba rendida respecto a la inexistencia de responsabilidad derivado de que la terapéutica psiquiátrica no estaba destinada a evitar fugas y que el cuadro de la víctima no era de gravedad, y que se tratara de una excepción al régimen de puertas abiertas del establecimiento de salud mental, atento a que ello no quiere decir que el paciente se pueda ir y a nadie le importe, porque si se produce en plena crisis psicótica, constituye una falta de servicio del equipo de profesionales; a tal fin se describen las dos hipótesis básicas de la internación institucional, voluntaria o involuntaria, junto a las normas que estima deben aplicarse a estas situaciones, y concluye que la última no es la que deriva de una orden judicial, sino también cuando el estado de salud del paciente la hace necesaria, siempre acotada en el tiempo y debidamente controlada; consideran que así fue acreditado, partiendo del estado agresivo y no aceptación de la mediación constatado en el hospital del que se había fugado, donde se dispuso la derivación por no contar con dispositivos de contención ni especialistas en psiquiatría; de ello que resulte errónea la interpretación de que no se haya probado que el estado de salud del hijo de los actores mereciera medidas de contención de carácter excepcional.

Considera también un yerro que con base en lo informado por el perito psiquiatra se haya considerado que la terapéutica psiquiátrica no esté destinada a evitar fugas, porque ha obviado lo que también afirma el dictamen de que aquella "son recursos que se utilizan siempre a beneficio del paciente", y de ello que se debía haber puesto a disposición todos los medios técnicos dentro del marco de la medicina psiquiátrica y los medios de contención que prevé, cuando no hay dudas que el paciente fue derivado en búsqueda de dispositivos de contención.

Finalmente formula expresa reserva de ocurrir por la vía del art. 14 de la ley 48.

Sustanciados los agravios (fs. 652), responde la accionada a fs. 653/654; solicita se rechace el recurso y se confirme la sentencia de grado, señalando en primer lugar, que aquel no configura una expresión de agravios, sino una insistencia por disconformidad con el resultado; a su vez, luego de citar el episodio de la derivación, internación, atención y fuga, destaca que se ha acreditado que la institución pública de salud mental ha seguido y cumplido adecuadamente el protocolo; adhiere al análisis de la sentenciante que concluyó en la falta de prueba de que existiera una orden judicial de internación del actor, y que mal puede imputarse al Estado responsabilidad por omitir deberes de guarda, seguridad y contralor respecto del hijo de los actores, tratándose de un sistema de puertas abiertas y que éstos resultan responsables del paciente, según dictamen pericial producido respecto de las normas de seguridad e higiene y medicina laboral, y el perito en psiquiatría que lo corroboró.

II.- Que la sentencia puesta en crisis rechazó la demanda que los actores dirigieron contra la Provincia del Neuquén invocando la falta de servicio del hospital que permitió la fuga de su hijo internado con graves problemas psiquiátricos, y que estuviera en horas de la noche intentando cruzar una ruta donde fallece al ser embestido por un rodado; la juez de grado considera que aquellos no probaron que el tribunal actuante haya ordenado la internación de la víctima, que la cumpliera transitoriamnte en el hospital con custodia policial o con orden de estricta vigilancia del personal del centro asistencial; tampoco la omisión o deficiencia del servicio en el marco de los antecedentes del ingreso al hospital, ni que correspondiera esperar del Estado, o que se haya omitido por incumplimiento del deber de seguridad; además, que no se trató de un caso de excepción a la regla general de internación con el sistema de puertas abiertas que prevén las leyes 26657 y 22914, a su vez avalado por el dictamen pericial donde se informa que la terapéutica psiquiátrica no está destinada a impedir fugas y los recurso del asilamiento y la contención física, son excepcionales, y sólo para casos de suma gravedad.

Finalmente atiende a que los elementos arrimados a la causa respecto a la conducta del entorno familiar para asistir y también para reaccionar frente a las conductas y estados psicofísicos del hijo de los actores, no permitieron tener por probado su estado de riesgo o peligro de conformidad a la ley 22914, y respecto del art. 1112 del C.Civil, que los antecedentes con los que ingreso al hospital impusieran la adopción por parte del nosocomio de medidas de seguridad o control excepcionales, o mayores a las existentes en el establecimiento.

1.- Abordando la cuestión traída a entendimiento anticipo que, a los fines de la tarea interpretativa y de aplicación de las normas para atender los agravios del actor, habré de seguir aquellas argumentaciones de las partes que resulten conducentes y posean relevancia para decidir el caso conforme los puntos capitales de la litis, y así lo dicta de nuestro Máximo Tribunal (CSJN-Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", T° I, pág. 824, Edit. Astrea); a su vez, que se considerarán aquellos elementos aportados que se estimen conducentes para la comprobación de los hechos controvertidos, atento a que no es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (CSJN-Fallos 274:113; 280:3201; 144:611, autores y obra citados, pag. 466).

2.- Que respecto a la principal crítica contenida en el agravio vinculado a los alcances de la atención que debía otorgarse al hijo, señalando los actores deficitaria y causalmente conectada con la fuga del nosocomio del 23.05.2008 con posterior fallecimiento en un accidente de tránsito acaecido el 25.05.2008, resulta que se ha acreditado que días antes (19.05.2008), con motivo de un episodio acaecido en su hogar, la madre había pedido su internación en el hospital donde reside, ingresando bajo el mismo diagnóstico de esquizofrenia, donde se previó la derivación, a cuyo fin los días siguientes 20 y 21, se gestiona el lugar (CIPEC-Centenario y Transitar Cipolletti; que se fuga el 21.05.2009, dándose aviso a la Policía Hospitalaria y reingresa el 22, negándose a permanecer en la sala y recibir medicación; se dispone la derivación por "falta de dispositivo para contención y falta de especialidad" que se cumple el día 23, medicándolo con Holopidol (fs. 64/72), para ingresar a la hora 01,30 al área de Salud Mental del hospital Castro Rendón sito en la ciudad de Neuquen, constatándose "parcialmente sedado impresiona ordenado fuma un cigarrillo y se acuesta. Su padre no sabe mucho de su situación ya que Walter vive con su mamá aparentemente hace rato que Walter presenta Síntomas (+) Soliloquios, fugas, conductas agresivas con aparente consumo y discontinuación de Risperidona" (fs. 73).

Allí se disponen las prescripciones y ordenes médicas de tratamiento, con dieta general y medicación (fs. 75), y la hoja de enfermería registra que al ingreso a la hora 1,30 acompañado por su padre, estaba "ubicado en el tiempo y espacio, desprolijo, colaborador y comunicativo. El Dr. Olivares le indica administrarle por vía I.M. Lorazapena 1 comp + halopidol 2 comp. Lo cual se realiza sin inconveniente. Luego fuma dos cigarrillos y pide un poco de pan. 1.45 horas. Se va a la habitación y se duerme. Diagnóstico. Cuadro de leve esquizofrenia. Y F 19. Psicosis." (fs. 76).

Y sobre las concreta atención brindada y seguimiento del día en que se produce la fuga, el 23/05/2008 se registra "06.00 se encuentra durmiendo en la sala".

"Turno mañana. Baño de higiene cuidado de cama y limpieza de Unidad. Paciente con dificultad para hablar deambular por efecto de la medicación. 8 hs. Lorazapena 1 comp. Almuerza bien y pide salir al jardín y habla por teléfono" (fs. 76) luego "Turno Tarde: Walter al inicio del turno se encuentra en sala, se le observa tranquilo fuma. 15,10 hs. Se fugo de la sala. Se realiza hoja de fuga (fs. 77), concretándose el protocolo de aviso a las autoridad policial a la hora 16,43 (fs. 554vta).

Que resulta acreditado que en tal ocasión el paciente recibió la misma atención y cuidados proporcionados en los dos episodios anteriores en que había ingresado a dicho establecimiento y con semejante diagnóstico de derivación (Ezquizofrenia- F.19) a principios del mes de marzo de 2006 y en febrero de 2007 (fs. 437), en la primera con la información de intento de suicidio y la dificultad que generaba al tratamiento el consumo de sustancias psicoativas con riesgo para sí mismo (fs.441) y en la siguiente, previendo su derivación a otra institución para reaseguro de la desintoxicación hasta internación en Centros tipo comunidad terapéutica para tratamiento de su patología de base (fs. 436), sucediéndose en esta ciudad tres episodios de fuga los días el 15 de febrero, 02 y 09 de marzo de 2007, que como en el último episodio llevó al aviso a las autoridades de seguridad pública y fue hallado deambulando por las calles o ruta (fs. 448/450/451/453/459).

A su vez la prueba pericial en Seguridad e Higiene (fs. 302/305) comprobó que en el hall de ingreso al área de Salud Mental se encuentra un policía las 24 horas, en la salida/entradas al estacionamiento de ambulancias se encuentra una persona de seguridad que pertenece al Hospital, y en la entrada/salida principal por calle Buenos Aires, también existe vigilancia policial (punto 5) y que el primero de ellos, permanece cerrado desde las 17,00hs (punto 4); que dicho servicio posee durante el día tres médicos de planta, dos médicos residentes, un Lic. en psicología y un Lic. en Servicio Social, y a partir de las 17,00 horas, un médico de planta y un médico residente, con 3 enfermeros (puntos 6, 7 y 8), así como el día de la internación había 11 pacientes internados.

Explica también que funciona bajo el régimen de "Puertas Abiertas", de acuerdo a la ley 26657, modalidad que coincide con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y Panamericana de la salud, y que en términos generales cumple con las normas de la Ley de Higiene y Seguridad en el Trabajo N° 19587, posee servicio interno de Seguridad e higiene laboral y Medicina Laboral, con buenas condiciones de orden y limpieza, y planes ante emergencias (punto 11).

Admitido el acompañamiento de los actores en los sucesivos abordajes de crisis, tratamientos y reingresos del hijo, los posteriores a las recaídas y fugas, tanto como haber solicitado que se abordara la problemática, en particular la internación en forma segura o gestionándola incluso con otros centros (fs.437, 438, 441, 445, 446, 447, 448, 452, 456, 457, 468, 470), resulta que con motivo de las conductas agresivas en su propio hogar, debieron promover una acción judicial caratulada "GCG S/SITUACION" (EXTE. 2460 Año 4), donde se habilitaba recurrir a la fuerza pública para obtener el reintegro de su hijo al establecimiento asistencial en la ciudad de origen (fs.442).

En tal sentido, son precisos los alcances de la orden allí obtenida donde se habilitó la "internación compulsiva" y a cuyo fin el centro asistencial contaba con facultad de "requerir el auxilio de la fuerza pública de ser necesario".

Entonces, ya sea por el riesgo para sí como para tercero o aún conociendo de la conducta y habilidad de su hijo para resistirse a los tratamientos y fugarse, los actores solicitaron y autorizaron la internación en el Area de Salud Mental del Hospital público, y a su respecto, conforme anteriores experiencias, no podían ignorar los métodos de seguimiento y aseguramiento allí existentes.

De todas formas se corroboró en el servicio la regularidad de la atención y controles del paciente: 06,00 hs. que se lo

observó durmiendo, luego a las 8,00 hs en ocasión del "cuidado de la cama", "limpieza de la unidad" y "baño", se lo medica, se lo vió almorzar bien, ir al jardín y habla por teléfono, estar tranquilo y fumando a las 15,00 hs, constando su ausencia a partir de las 15,10, y concretar inmediatamente la hoja de denuncia.

3.- Que el art. 1.112 del C.Civil aplicable al caso, preveía que "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, son comprendidos en las disposiciones de este título, y a su respecto la Corte Suprema, en "Vadell" Fallos 306:2030 como en "Barreto" Fallos 329:759, resolvió que la responsabilidad extracontractual del Estado reposa en la "idea objetiva de la falta de servicio" que encuentra "fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 Cód. Civil".

Que debe quedar bien en claro que el concepto de responsabilidad objetiva que se emplea al referirse a la falta de servicio no es sinónimo de responsabilidad desligada del obrar del agente del hecho dañoso, pues la falta de servicio se predica de conductas y no de resultados. En efecto, la responsabilidad por falta exige efectuar una valoración en concreto de la actuación desplegada por la Administración en el caso y no respecto de los resultados alcanzados. Se trata de una valoración de elementos objetivos, tales como la naturaleza de la actividad y del vínculo que une a la víctima con una autoridad administrativa, los medios disponibles, las posibilidades de prever el incidente, y las circunstancias de tiempo, modo y lugar. De tal modo, para dar lugar al pago de una indemnización por falta de servicio no basta acreditar la existencia de un perjuicio y su vínculo causal con la actuación estatal, sino el anormal o irregular funcionamiento de la Administración. De ahí que se haya descartado la existencia de una falta de servicio cuando, a pesar de producirse un perjuicio, la Administración obra con la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y de lugar. Por tal motivo, como afirma la Corte Suprema de Justicia, pesa sobre quien pretende ser indemnizado por una falta de servicio, la carga procesal de individualizar del modo más claro y concreto cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular. …

Concorde con lo antes expresado, para establecer la existencia de una falta de servicio por omisión, se debe efectuar una valoración en concreto, con arreglo al principio de razonabilidad, del comportamiento desplegado por la autoridad administrativa en el caso, teniendo en consideración los medios disponibles, el grado de previsibilidad del suceso dañoso, la naturaleza de la actividad incumplida y circunstancias de tiempo, modo y lugar. Es claro que la razonabilidad de la actuación conlleva ponderar en cada supuesto en particular el alcance y la naturaleza del deber cuya inobservancia se imputa, los instrumentos con los que se contaba para su ejecución (entre ellos los recursos materiales y humanos disponibles, como también los llamados estándares de rendimiento medio y el grado de previsibilidad del daño. Así, una inacción estatal podría ser considerada arbitraria y comprometer la responsabilidad cuando en atención a las circunstancias del caso era razonablemente esperable la actuación estatal en virtud del grado de previsibilidad o regularidad con que podía producirse el suceso dañoso, lo cual es mensurable conforme a la capacidad razonable de prever el curso natural y ordinario de las cosas. Ante todo habrá que verificar si la actividad que se omitió desarrollar era materialmente posible, pues, como bien se ha dicho, "el derecho se detiene ante las puertas de lo imposible". Para que nazca el deber de responder, es preciso que la Administración haya podido evitar la producción del daño. Es preciso, en suma, que surja la posibilidad de prever y evitar el perjuicio que otro sujeto causa, porque, de lo contrario se corre el peligro de extender sin límite el deber de indemnizar a todo daño que el Estado no pueda evitar por la insuficiencia de medios. Ello podría generar una suerte de responsabilidad irrestricta y absoluta del Estado y transformar a este último en una especie de asegurador de todos los riesgos que depara la vida en sociedad, lo cual es a todas luces inadmisible (conf. Pablo Esteban Perrino, La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia Publicado en: LA LEY 24/08/2011, LA LEY 2011-E , 715).

Este fundamento por el cual atribuimos jurídicamente al Estado la obligación de indemnizar el daño que cause lo hallamos en el art. 1112 del Código Civil quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución" en el art. 1112 del Código Civil es donde la idea objetiva de la falta de servicio encuentra su fundamento. Más allá de cuál es el carácter de la responsabilidad del Estado y la discusión

legitima en torno de ello, debe quedar en claro que si bien no hay que demostrar la culpa del funcionario, sí debe acreditarse la falta de servicio. La falta de servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, expresó que la misma debe importar "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." (conf. SCBA, 18/2/2009, causa C. 97.468, "Suárez , Herben. contra Baumgartner, Ernesto y otros. Daños y perjuicios", sumario JUBA B30530).

III.- Atento el marco fáctico y jurídico expuesto, cabe concluir que, si bien la fuga de un paciente de un establecimiento de salud mental no constituye un hecho imprevisible e inevitable, valorando en concreto la actuación desplegada en el nosocomio público, se acreditó el cumplimiento de las medidas de control, seguimiento regular, tratamiento con medicación y atención como lo requería el paciente a pocas horas de ser recibido, sumado a la vigilancia adoptada en el área, que procede señalar como las apropiadas a tenor de lo que informa el experto; e incluso, que inmediatamente a haber detectado su ausencia, fue informada la policía a los fines obtener su paradero; todo ello concreta un estándar de rendimiento más que suficiente en relación al personal y los recursos materiales disponibles.

Que sobre este último aspecto -los medios disponibles- también se demostró que los actores los conocían, y de todas formas, solicitaron y aceptaron esa intervención asistencial, que incluso requería el traslado a otra ciudad que alejaba a su hijo de su apoyo; tanto como la práctica de ausentarse de la internación, para sucesivamente ser reintegrado con signos de haber consumido sustancias psicoactivas o alcohol, cuando ello también era común lo concretara en el hogar.

Que de todas formas, no procede concluir que la insuficiencia u omisión del servicio pueda vincularse razonablemente con el resultado -la fuga- ni tampoco que el máximo estándar de seguridad deba ser definido por las cualidades de la víctima, precisamente al comprobarse circunstancias personales de que era muy hábil para eludir controles y escapar sin ser percibido.

En definitiva, dada la especial obligación de medios que se le imponía a la demandada, procede liberarla de responsabilidad en los términos del art. 1112 del C.Civil, fundamentalmente, luego de haber concretado su principal obligación de brindar tratamiento y adoptar los aseguramientos apropiados y proporcionales conforme las circunstancias de persona, tiempo y lugar, tal como lo imponía el art. 512 del C.Civil, con exclusivo aporte causal para que se produzca el daño en la conducta de la víctima, tal como también había concluido la juez de grado, sin advertirse el yerro de valoración de la prueba que se le endilgó, suficientemente fundada en las reglas de la sana crítica establecidas en el art. 386 del CPCyC.

IV.-Conforme lo expuesto, propiciaré al acuerdo el rechazo del recurso de los actores y la confirmación de la sentencia de grado, con costas a cargo de aquellos en su calidad de vencidos (art. 68 del CPCyC), y a cuyo fin se regularán los honorarios de la apelación conforme el art. 15 de la L.A. vigente.

Tal mi voto.

El Dr. Ghisini dijo:

Por compartir los argumentos del voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA III

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso articulado por los actores, confirmando la sentencia de grado.

2.- Costas de Alzada a los recurrentes perdidosos.

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes, en el 30% de lo que se establezca en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 LA).

4.- Regístrese, notifíquese y 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

"GOMEZ JONATAN C/ MUÑIZ AARON CALEB Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 461319/2016) – Sentencia: 212/16 – Fecha: 10/11/16

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD. ROTONDA. ADELANTAMIENTO.

Debe confirmarse el decisorio que en un accidente de tránsito atribuye el 80% de responsabilidad al actor, al comprobarse en definitiva la culpabilidad de aquél, por violar las reglas de circulación en una rotonda y adelantamiento a otro vehiculo por la derecha, al haber constituido su conducta el mayor aporte causal a la colisión, en relación al rodado del demandado que lo precedía, que omitió anticipar con la señal luminosa su giro a la derecha.

Texto completo:

NEUQUEN, 10 de noviembre de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "GOMEZ JONATAN C/ MUÑIZ AARON CALEB Y OTRO S/D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE", (Expte. Nº 461319/2011), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 1 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori dijo:

I.-Que a fs. 466/477, la parte actora funda el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva de fecha 13.04.2016 (fs.441/454); pide se la revoque en cuanto es materia de agravios.-

En primer agravio cuestiona la atribución de responsabilidad en un 80% a su parte, asentándose las conclusiones de la magistrada de grado en una valoración incorrecta de las prueba producidas, cuando da por cierto extremos que no se encuentran acreditados ni pueden ser válidamente inferidos de las constancias de este expediente ni del penal, contando con la declaración testimonial y conclusiones del perito que no fueron tomadas en cuenta, que fueron consentidas, así como, al no apelar, la afirmación que se hace en la sentencia de que incumplió la señalización lumínica o manual de la maniobra.-

Sostiene que el caso resulta subsumible en la previsión del art. 1113 del C.Civil, 2do. párrafo, 2da. parte, porque el rodado del demandado configura una cosa riesgosa con una peligrosidad potencialmente mayor que el birrodado del suscripto, conforme jurisprudencia que cita, y que ponía en cabeza del conductor del primero la carga del eximente de responsabilidad de la culpa de la víctima en forma categórica, sin que lo haya concretado, encontrándose probado que realizó una maniobra que alteró el tránsito normal de la Ruta en violación de los arts. 39 inc. b y 43 de la Ley de tránsito

Describe el accidente y critica que se haya hecho suyos los hechos como lo hace el juez penal apartándose de lo que informa la pericia accidentológica y la declaración de un testigo en la causa, y que la hipótesis de que la motocicleta

intentaba sobrepasar por la derecha al vehículo mayor no es más que una suposición de los jueces, olvidando que en el lugar no hay banquina, habiendo el demandado admitido que inicia la maniobra y roza a la motocicleta, es decir que aquel intentó sobrepasarlo y girar, siendo sorprendido por el encierro, y que no existe prueba de que haya sido el que hiciera el adelantamiento.-

Subsidiariamente, y habiendo probado que el demandado no circulaba por el carril derecho y que realizó una maniobra peligrosa sin anticiparla, con luz de guiñe, pide que se le atribuya mayor proporción de responsabilidad a aquel.-

En segundo punto cuestiona el reducido monto fijado en concepto de daño moral, máxime si en él se incluye el daño estético y el psicológico, destacando que fue víctima de un tremendo accidente, con le provocó graves lesiones y secuelas aún más profundas, que padece intensas dolencias y angustias, que le provocaron un vuelco drástico en la vida, cuando contaba con 18 años y gozaba de perfecto estado de salud, que además afecta su desarrollo laboral; que además de la función reparadora, el rubro atiende un papel ejemplificador.-

Critica el bajo y arbitrario el monto reconocido en concepto de tratamiento médico futuro, apartándose del informe del perito médico y del carácter permanente de por vida del farmacológico y antiepilétpico que deben ser admitidos hasta la edad promedio de vida (75 años), ni los restantes probados, consistentes en una cirugía estética reparadora de rostro; destaca que el dictamen pericial así lo determina y que el demandado no lo cuestionó.-

Finalmente, hace reserva del caso federal.-

Sustanciado el recurso (fs. 478), la contraparte no responde.-

II.-Que la sentencia de grado, en lo que es materia de agravios, hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó al pago de la indemnización derivada de la incapacidad física del 77,19%, daño moral, subsumiendo en él las derivadas de la lesión estética verificada en el rostro, por gastos médicos, traslados y por deterioro de la vestimenta; por tratamiento psicoterapéutico, psicofarmacológico y antiepiléptico, todo ello en la proporción de responsabilidad que le cupo a los protagonistas en el acaecimiento del accidente, endilgándole al actor el 80% y el 20% al demandado.-

Señalando que fue la conducta riesgosa del primero la que importó un factor de causalidad que incidió en la producción del siniestro, al adelantarse al que lo precedía por la derecha, sin que se diera ninguna de las circunstancia que habilitan excepcionalmente dicha maniobra, y al no resultar suficiente a los fines de justificarlo la genérica y espontánea aclaración del perito actuante.-

Como aporte causal del demandado, en menor medida, le endilga no haber acreditado que adoptara las previsiones de señalización necesarias, que hubiera advertido al actor su intención de giro con tiempo suficiente para evitar la colisión,no demostrando haber observado el deber de prudencia y seguridad que le exigía dicha maniobra; en el análisis destaca la falta de fundamento suficiente de las conclusiones del perito de la causa acerca del carril por el que circulaba uno de los rodados.-

Acerca de la cuantificación del daño moral, menciona la incidencia del daño estético, que ya había sido considerado al evaluar su aspecto patrimonial, las afecciones íntimas del damnificado, su edad, localización de las cicatrices, padecimientos verosímiles con el accidente, que da cuenta la pericia psicológica, comprensivo a su vez del daño psíquico, por entender que no procede en forma autónoma.

Respecto de los tratamientos psicofarmacológico y antiepiléptico, explica que el perito no indica su duración, y adopta el valor reclamado por resultar justo y equitativo, y el psicoterapéutico adopta el dictaminado por la experta en la proporción de la condena (20%).-

III.-Abordando en primer lugar, y por evidente razones metodológicas, el agravio relacionado con la responsabilidad endilgada a las partes en base a los hechos acreditados, resulta que el actor había descripto la colisión en oportunidad en que circulaba con su motocicleta por la ruta y a su izquierda, en el mismo sentido, el demandado guiando el automotor, oportunidad en que este último gira en forma repentina e inesperada hacia la derecha a los fines de tomar una calle, y lo embiste (fs. 4vta).-

Que el demandado aporta la pericia accidentolóica obrante en la causa penal a fs. 37/39 donde se describe que "el accidente de tránsito ocurrió en momentos en que el Utilitario Renault Express conducido por Aarón Muñiz, circulaba en

sentido oeste por la banda derecha al carril norte de la Ruta Nacional 22, cuando aproximándose a la rotonda de acceso Este a la ciudad de Plottier emprendió una maniobra de giro a su derecha para incorporarse a la calle 25 de Mayo, promediando tal acción, colinota por raspado en el lateral delantero derecho junto al motovehículo Kekker 155 cc. Comandado por Jonathan Gomez, quien siguiendo la marcha del anterior en misma dirección, lo adelante desde la derecha, describiendo un roce con su lateral izquierdo –tuerca y barral- y su posterior deslizamiento recostado hasta el ochavado Noreste totalmente descontrolado chocando contra el cordón cuneta, al cual franquea y cae dentro de una canal de riego vacío. Pudiéndose establecer que el motovehículo transitaba a una velocidad mayor a los 51,62 km/h, no existiendo elementos que permitan determinar la velocidad en que circulaba el vehículo utilitario." (fs.21), y en su responde relata que "circulaba a una velocidad prudencial y reglamentaria", por "la ruta Nacional 22 en sentido Oeste por la banda derecha del carril norte de la Ruta Nac. 22, y aproximadamente unos 100 mts antes de la rotonda de acceso este a la ciudad de Plottier, disminuyo la velocidad, coloco la señal luminosa de giro hacia la derecha, observo por mi espejo retrovisor que no hubiera otro vehículo emprendiendo la misma maniobra, y emprendo el giro hacia la derecha para ingresar a calle 25 de Mayor. Promediando al acción, me colisiona la motocicleta marca Keller 150 cc. Conducida por el actor, que intentaba sobrepasarme por la derecha, siendo que el suscripto ocupaba el carril indicado para realizar el giro, esto es: el último carril hacia la derecha, el más próximo a la banquina, por lo tanto ningún otro vehículo debería circular por mi costado derecho." (fs. 24vta).-

Que resulta incuestionable que conforme la vista aérea del lugar (punto 1 fs. 381) la colisión se produce dentro de una rotonda, que posee reglas especiales contenidas en el art. 43 de la Ley de Tránsito: "GIROS Y ROTONDAS. 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; d) Reforzar con la señal manual cuando el giro se realice para ingresar en una vía de poca importancia o en un predio frentista; e) Si se trata de una rotonda, la circulación a su alrededor será ininterrumpida sin detenciones y dejando la zona central no transitable de la misma, a la izquierda. Tiene prioridad de paso el que circula por ella sobre el que intenta ingresar debiendo cederla al que egresa, salvo señalización en contrario.

Y que no son ajenas a la regla general sobre el ADELANTAMIENTO contenida en el art.42 de la misma ley, por las que "El adelantamiento a otro vehículo debe hacerse por la izquierda" y "no iniciar la maniobra si se aproxima a una encrucijada, curva, puente, cima de la vía o lugar peligroso (inc.b), y que excepcionalmente se puede adelantar por la derecha cuando: 1. El anterior ha indicado su intención de girar o de detenerse a su izquierda; 2. En un embotellamiento la fila de la izquierda no avanza o es más lenta (inc.h).

Que la primera apreciación acerca de la mecánica del accidente conduce a atender a la circunstancia que el rodado mayor recibe el impacto en la puerta delantera derecha (ver fotos de fs. 238) con lo que resulta improbable la hipótesis que describe el testigo que declara a fs. 201/2012 de que el vehículo menor circulara por delante del mayor, atento a que en un eventual giro de aquel a la derecha los daños se tendrían que ubicar en su frente hacia la izquierda próximo al extremo del guardabarros.-

Que en segundo punto, se comprueba que el actor, como lo hizo al demandar y ahora reedita en su recurso, omite y se desentiende del régimen de tránsito aplicable a las rotondas, cuando el propio art. 43 inc.a) se refiere a ellas como "encrucijadas", donde conforme la regla general, está prohibido efectuar adelantamientos a otros rodado por la izquierda, y menos aún por la derecha como se comprobó en el avance que realizó desde atrás, sin comprobarse alguna de las excepciones legales (inc. h del art.42); y de ello, que resulte indiferente que el demandado no se hubiera posicionado en forma total sobre el carril derecho, desde que aún acreditado que lo ocupaba parcialmente, el que viene por detrás no queda habilitado a intentar la superación por la derecha.-

Ciertamente no se comparte la opinión del perito cuando ensaya presupuestos de responsabilidad que no están abonados por datos objetivos y expidiéndose sobre funciones expresamente reservadas a la juzgador (puntos 8, 11 fs.383/384), y no menos llama la atención cuando afirma que en esa rotonda está autorizado el adelantamiento si "el

vehículo sigue por la ruta y la moto sigue hacia el Oeste, pero por la calle Rivadavia" (punto 5 fs. 383) cuando es claro que la ley prohíbe que se la concrete en tal área.-

Que el profesional designado se excede en afirmaciones dogmáticas, y omite brindar antecedentes y explicaciones que respalden sus conclusiones, entrando en autocontradicción y careciendo de bases científicas y concretas, según prescripción legal del art. 476 del C.P.C.C., por lo cual pierde fuerza probatoria su dictamen, con lo cual hallo razón al apartamiento que de aquel hace la juez de grado para resolver.-

Conforme a lo antes expuesto, queda subsistente el aporte causal menor del rodado mayor por no haber anticipado su giro a la derecha con la señal luminosa, considerando la mayor incidencia que tuvo en el siniestro la maniobra de adelantamiento por la derecha del actor que venía por detrás, y el agravante de la velocidad excesiva impresa a la moto, tratándose de una encrucijada urbana.-

Luego, en punto al cuestionamiento del razonamiento de la sentenciante respecto a la carga de la prueba, y aún cuando la aplicación del art. 1113 del C.Civil la invierte, el recurrente desatiende que se trata de la colisión entre dos rodados, estableciendo aquella que: "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. ..". (cfme. arts. 17 y 19 de la Const. Nac.; 23 y 24 de la Const. Prov.; 512, 901 y ss., 1.067, 1.068, 1.069, 1.109, 1.111 y 1.113 del Cód. Civil; 41 y 64 ley 24.449; y 163 inc. 5, 377 y 386 del Cód. Procesal).-

Para la atribución de responsabilidad civil, cualquiera sea el supuesto que se trate, exige ineludiblemente: a)la existencia y acreditación del daño causado, b)la antijuridicidad de ese daño producido por una acción u omisión, c)la existencia de factor de atribución, y d)un nexo causal adecuado entre el acto u omisión antijurídica y el daño causado. En la especie de responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa, se encuentra la derivada de accidentes de tránsito.

En particular, el último requisito debe ser dilucidado, analizando cuales son los hechos probados en la causa, y de ellos determinar de acuerdo al curso ordinario de las cosas, cual es más probablemente la causa del daño por el que se reclama indemnización, pudiendo surgir una causal de exención de responsabilidad por falta de relación de causalidad, tal el caso del hecho del perjudicado. En ese caso, la actuación liberatoria no necesariamente debe tratarse de un acto culposo ni de un caso fortuito, bastando para interrumpir el nexo causal con que se trate de un hecho de la víctima que sea objetivamente antijurídico. La culpa de la víctima a la que alude el artículo 1113 del Código Civil no coincide necesariamente con la noción de culpa del artículo 512 del mismo ordenamiento, sino que ha de considerarse a estos fines todo hecho de la víctima que pueda ser considerado concausa exclusiva o concurrente del daño, exista voluntariedad o no de la victima(p. 27, 50 y 553, Responsabilidad civil por accidentes de automotores, Marcelo Lopez Mesa).-

Desde la jurisprudencia se ha explicado que: "Es así que cuando el daño obedece al "riesgo o vicio" de la cosa, estamos ante una responsabilidad objetiva del dueño o guardián, generadora per se del deber de resarcir, salvo que se demuestre que la conducta de la víctima o de un tercero extraño por quien no debe responder interrumpió total o parcialmente el nexo causal entre el hecho de la cosa y el daño producido, o sea que tales procederes se constituyeron en una causa adecuada del perjuicio diferente del "riesgo" o "vicio" de la cosa".(SCJBA, 19.5.92, Novoa c. Moscuzza y Cía., DJBA 143-4841; CNCiv, sala D, 17.5.90, Garcia c. Casasco, LL 1991-C-328; etc.).-

Atento los elementos fácticos y jurídicos expuestos, considero que debe confirmarse el decisorio impugnado por cuanto, aplicable las presunciones legales citadas, estimo que en el caso concreto se puede afirmar que se ha cumplido con la carga probatoria de ambos supuestos, al comprobarse en definitiva la culpabilidad del actor, que guiaba uno de los rodados, por violar las reglas de circulación en una rotonda y adelantamiento a otro vehiculo por la derecha, al haber constituido su conducta el mayor aporte causal a la colisión, en relación al rodado del demandado que lo precedía, que omitió anticipar con la señal luminosa su giro a la derecha.-

IV.-Respecto a la crítica por la escasa suma que pretende reparar el daño moral, y aún cuando el recurrente admite que por el rubro la suma alcanzaría a $100.000, se desentiende de los argumentos de la sentenciante que acierta cuando cita que el daño estético y psicológico fueron reconocidos al otorgar el grado de incapacidad que el perito médico incluyó bajo los rubros cicatrices en rostro en frente y pómulos, fractura de huesos nariz, y desorden mental orgánico postraumático GIII, otorgándoles una incidencia del 15%, 10 y 40% (fs. 349) en la pérdida de potencialidades futuras en el desempeño de toda tarea, para llegar a un total del 77,19%.-

El actor se limita a disconformarse sin fundamento suficiente, y los supuestos agravios se sintetizan en un mero reproche, que no logran una refutación lógico jurídica eficiente sobre el proceso seguido para cuantificar el perjuicio, que demuestre el efectivo error de juzgamiento, dado que omite ingresar a un análisis integral y franco de los presupuestos jurídicos y fácticos en que se apoya la sentencia, lo que veda el análisis de este tribunal a los fines de la revocación peticionada.-

La jurisprudencia ha sostenido en este sentido que: "La mera discrepancia o disconformidad con la solución, sin aportarse razón alguna que la desvirtúe, no constituyen expresión de agravios, así como tampoco la falta de crítica de puntos fundamentales de la sentencia."(CNCiv, sala E, 7.2.86, LL1985-E-206; íd., 19.11.85, LL 1986-B-618). El escrito de expresión de agravios que no se introduce en el análisis pormenorizado del fallo ni cuestiona sus fundamentos legales, limitándose, en otros términos, a reproducir circunstancias relatadas con anterioridad o a introducir otras que nada tienen que ver con la cuestión discutida, no reúne los requisitos suficientes como para ser tenido por tal".(p.481 y 483, t.2, C.P.C.C.Com. Fassi-Yañez).-

En definitiva, la crítica no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, representando una mera disconformidad a una decisión que es adversa, más sin contenido que habilite introducirse a comprobar el yerro del razonamiento que concreta, ni de la falsedad de alguno de sus fundamentos.-

V.-En semejante incumplimiento, es decir, por ausencia de una crítica razonada, incurre el actor cuando impugna la procedencia y los montos fijados por tratamientos psicoterapéutico, psicológico y médicos futuros, al no atender con suficiencia la imprecisión del experto que antes había computado dentro del daño físico a las lesiones en la cara, explicando que "Las lesiones en el rostro generan incapacidad laboral" (punto f) fs.350), y a la vez sostiene que las cicatrices en el rostro podrían ser "susceptibles de cirugía reparadora" (punto 24 –fs. 350); lo mismo ocurre con lo dictaminado en forma genérica acerca de la necesidad de psicofármacos y antiepilépticos, imprecisión por la que la juez de grado ajusta el monto a lo demandado (20% de $20.000,00- fs.12vta), mientras que para el primero –psicoterapéutico- se ajusta a lo dictaminado por la perito en psicología (20% de $4.800,00 fs. 263).-

Como ocurre con los dos últimos conceptos en los que el importe de condena se ve reducido por la proporción de la responsabilidad endilgada al demandado (20%), los argumentos no van más allá de una mera inconformidad, limitación que obsta todo abordaje.-

VI.-Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propiciaré el rechazo del recurso del actor, parcialmente desierto en los términos del artículo 265 del Cod. Procesal, con costas en la Alzada a su cargo (art. 68 CPCyC), a cuyo efecto se regulan los honorarios profesionales en el 25% de los que se devenguen por la actuación en la instancia de grado, conforme art. 15 de la ley arancelaria.-

Tal mi voto.-

El Dr. Ghisini dijo:

Por compartir los argumentos del voto que antecede, adhiero al mismo.-

Por lo expuesto, esta SALA III

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso del actor, parcialmente desierto en los términos del artículo 265 del Cod. Procesal, confirmando, en consecuencia, la sentencia de fs.441/454.-

2.- Imponer las en la Alzada a cargo del recurrente.-

3.- Regular los honorarios profesionales en el 25% de los que se devenguen por la actuación en la instancia de grado, conforme art. 15 de la ley arancelaria.-

4.- Regístrese, notifíquese y vuelva a origen.-
Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

"CABILLA LILIANA BEATRIZ C/ SUCESORES DE IGLESIAS HUGO Y OTRO S/ D. Y P.- MALA PRAXIS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 357516/2016) – Sentencia: 215/16 – Fecha: 10/11/2016

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Daños y perjuicios.

MALA PRAXIS. ERROR DE DIAGNOSTICO. PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA. CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA. FALTA DE PRUEBA. RECHAZO DE LA DEMANDA.

1.- Corresponde confirmar la decisión de grado que rechazó la demanda de mala praxis médica con fundamento en que no se acreditó culpa del galeno y el nosocomio como recaudo de la responsabilidad civil, toda vez que, coincidiendo con la a quo, de la prueba rendida no se puede inferir la existencia de error de diagnóstico y mala práctica, atento a que las realizadas por el galeno estaban prescriptas y el dictamen pericial informa que cumplió con los protocolos que la rigen, y de esta manera, tampoco se evidencia la relación causal entre la intervención médica y la afección que sufre la accionante, máxime que es la prueba médica la que informa acerca de las diversas causales que llevaron a que la actora se encuentre en la subsiguiente condición de salud que fue constatada, sin hallazgo de impericia en la intervención que impugna, la que era justificada para el diagnostico, resultando sin base fáctica toda presunción o hipótesis para alcanzar la conexión que pretende.

2.- Si bien la carga probatoria pesa en principio sobre el accionante conforme lo normado por el art. 377 del Código Procesal -onus probandi incumbit actore -, ahora, en el tema de la mala praxis médica indudablemente se trata de situaciones extremas de difícil comprobación, en las que el paciente se encuentra en situación de inferioridad, por lo cual cobra fundamental importancia el concepto de "la carga dinámica de la prueba" o "prueba compartida" que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo, todo ello, en el marco de la valoración probatoria integral y regida por la sana crítica, siendo trascendente la prueba pericial e insuficientes las presunciones procesales como las emanadas de los arts. 388 y 417 del C.P.C.C.. (cfme.

arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 513, 625, 628, 902, 903, 904 y 909 del Cód. Civil; y 386 del C.P.C.C.).

3.- Ante la posibilidad de que la voluntad de la actora se haya visto viciada o vulnerada cuando dio su consentimiento, procede analizar la conducta del médico cuando diagnosticó la afección y si la práctica médica que aplicó no fue la que recomendada por la técnica de la especialidad, para atribuirle en su caso responsabilidad por culpa con conexión causal con la actual condición de salud de aquella.

Texto completo:

NEUQUEN, 10 de noviembre de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CABILLA LILIANA BEATRIZ C/ SUCESORES DE IGLESIAS HUGO Y OTRO S/D.Y P.- MALA PRAXIS", (Expte. Nº 357516/2007), 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, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori dijo:

I.-Que a fs. 520/521 obra la expresión de agravios de la actora, fundando el recurso de apelación de interpuesto contra la sentencia del 4 de Febrero del año 2016 (fs.492/499), pide se la revoque y se haga lugar a la demanda en todas sus partes, con costas.

Cuestiona que la decisión considere que el demandado carece de culpa cuando realizó extracción de huesos que no fueron diagnosticadas por el perito como técnica utilizada y aceptada; que resulta inidóneo realizar la extracción de la cabeza de los 4º y 5º metatarsos bilateral para corregir un caso de hallux valgus, que sumado a la osteotomía anterior del 1º, implicó extirpar los tres puntos de apoyo que tiene cada pie, con lo que el problema ya no tiene ninguna solución y no podrá volver a caminar con normalidad, haciéndolo en forma extremadamente lenta y con asistencia de otra persona; que el médico actuó con imprevisión, imprudencia e impericia en la segunda intervención quirúrgica al quedar en peores condiciones, incumpliendo siquiera con sus obligaciones de medios, realizando maniobras no recomendables para este tipo de afección, provocando graves daños en parte sanas del pie, que son irreversibles.

También se agravia porque se consideró como consentimiento otorgado por la actora la sola mención del médico escribiente en la historia clínica, cuando no existe no lo dio por escrito, tratándose de una mutilización de los huesos de los dedos 4º y 5º, lo que constituye el presupuesto de antijuricidad.

En tercer punto cuestiona que no se haya tenido en cuenta su actual estado de salud como prueba de lo acontecido, mientras que el demandado no aportó elementos que demuestren su falta de culpa, al no dar explicaciones de cómo es que se operó pro una dolencia en los pies y hoy tiene que caminar con un bastón, además de tener los dedos más torcidos aún; destaca que no es cierto que haya abandonado el tratamiento, que en las historias clínicas se hacen menciones que no concuerdan con la realidad que muestra otros resultados, y que conforme lo informa el perito ingresó para el procedimiento quirúrgico de hallux Valgus bilateral y no por pie cavo, que no hubo ningún éxito ni progreso en los objetivos médicos, con lo que resulta claro que ha habido un mal procedimiento en lo quirúrgico, desde la técnica o desde el diagnóstico.

II.- Sustanciado el recurso, responden a fs. 523/526 una de las codemandada y su aseguradora; consideran un yerro que la actora insista en la responsabilidad del galeno y del nosocomio, atento a no haber podido demostrar la del primero conforme la pericia médica producida en autos, que acredita la evaluación clínica y radiológica previa al tratamiento de la patología, que este último fue el correcto, sólo que no tuvo los resultados queridos, pero no por negligencia del profesional sino por otros factores entre ellos la obesidad mórbida de la actora; que a los fines de encuadrar la situación se procedió a una nueva intervención la cual también fue correcta pero no logró el resultado

querido; y que la actora confunde cuando señala que el perito que dio como correcta la osteotomía del primer metatarsiano y más no las del 4to y 5to.

Respecto del consentimiento informado, considera que la actora fue asesorada y advertida sobre los riesgos de la operación aunque luego en el escrito de demanda solo se refirió a una intervención de rutina que o era tal.

En tercer lugar considera que la incapacidad actual que padece la actora no tiene relación causal con el accionar de los demandados, que fue correcto siempre, y es incorrecto señalar que la sentenciante no tuvo en cuenta tal estado.

Que finalmente explica que en el caso no se probó la mala praxis, y si que lo hicieron de acuerdo con la correcta lex artis, y los agravios sólo expresan un malestar por la sentencia en contar, una disconformidad que no importa jurídicamente una crítica concreta y razonada como lo exige el art. 265, lo que amerita el rechazo del planteo introducido; que no ha existido falta médica alguna traducida en impericia, imprudencia, negligencia y/o inobservancia de los deberes y reglamentos a cargo cuando fue asistido por el médico e institución, sin perjuicio que no se logro el resultado pretendido.

Pide el rechazo del recurso con costas.

También así lo solicitan los co-demandados, herederos del médico y aseguradora citada a fs.528/529; destacan que la juez de grado aclaró expresamente que el sólo hecho de que exista daño no indica en modo alguno per se culpa o causalidad al respecto de la actividad médica, sino que a veces influyen factores ajenos a aquella y que recordó que la obligación asumida por el médico frente al paciente reviste el carácter de una obligación de medios y no de resultados; que como ha quedado plasmado en la sentencia, el demandado ha logrado demostrar que se encuentra configurado el supuesto de eximición de responsabilidad al no media relación causal entre la acción médica y la lesión y/o complicaciones finalmente sufridas por la apelante; que se trata de ausencia de culpa, no pudiéndosele reprochar el daño por haberse originado en una circunstancia contingente y no imputable en la atención del paciente.

Finalmente consideran que la expresión de agravios no contiene mínimamente los argumentos que justifiquen la crítica que se achaca la decisión, careciendo de los elementos necesarios para su valoración, y constituir meras discrepancias genéricas, resultando insuficiente por aplicación del art. 266 del CPCyC.

III.- Que abordando la cuestión traída a entendimiento, y considerando satisfechos por la actora los recaudos del art. 265 del CPCyC, en forma liminar cabe atender a que la sentencia en crisis rechazó la demanda de mala praxis médica con fundamento en que no se acreditó culpa del galeno y el nosocomio como recaudo de la responsabilidad civil, considerando que de la prueba producida resulta que los tratamientos quirúrgicos aplicados a la primera eran los indicados para el cuadro que presentaba, no habiéndose acreditado de modo alguno que se hubieran realizado de forma incorrecta o estuvieran reñidos con las reglas de la técnica médica; asimismo por haberse demostrado a través de la Historia Clínica que aquella había sido informada del procedimiento y las posibles complicaciones de la primera y la segunda cirugía.

Que vale recordar que en el escrito introductorio, la actora reconoce que el médico la diagnosticó con "pie cavo bilateral y hallux valgus bilateral (juanete") y que le aconsejó "una intervención quirúrgica correctiva" , que fue la realizada el 10.09.2001, consistente en osteotomía en la base del primer metatarso del primer dedo de cada pie, y que, con posterioridad, al inflamarse los pies, no poder calzarse y que se le hacía insoportable caminar, convino realizar una segunda intervención quirúrgica, que se concretó el 25.01.2002, "por la que se le extrajo la cabeza de los 4° y 5° metatarsos bilateral" (fs. 12 y vta-Puntos II a V).

Que atribuyó causalidad directa con su actual incapacidad a la incapacidad y negligencia en el tratamiento quirúrgico por la que le quitó huesos o partes de ellos, privándola de poder caminar normalmente, sumiéndola en depresión (fs. 13-punto XI), porque en lugar de solucionar su problema quedó en peores condiciones (fs. 14-Punto XIV) cuando le había sido asegurado que realizaría una maniobra quirúrgica para lograr una solución que no logró (fs. 14 Punto XV); y que nunca le informó que sería operada de pie cavo ni de los dedos, porque sólo concurrió a la consulta médica por el problema de juanete en el primer dedos de cada pie (fs.12vta Punto VI).

Luego, también atribuyó responsabilidad civil contractual, y de tipo objetiva, a la institución asistencial donde fue

ingresada para realizar las cirugías, por transgresión de la obligación de seguridad derivado del obrar culpable del médico.

IV.- Que abordando los agravios de la actora, resulta que el caso se trata de la responsabilidad contractual subjetiva, gobernada fundamentalmente por lo normado en el artículo 512 del Código Civil que expresamente estipula que: "La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

Ponderando, asimismo, lo dispuesto en el artículo 902 del mismo cuerpo legal: "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos".

En este sentido y en particular, la jurisprudencia sostiene que: "La obligación del profesional de la medicina en relación a su deber de prestación de hacer es de medios, o sea de prudencia y diligencia, proporcionando al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos y a la práctica del arte de curar son conducentes a su curación, aunque no puede ni debe asegurar este resultado, y al accionante le corresponde probar la existencia del daño cuya reparación reclama, así como la antijuridicidad de la conducta del deudor, o sea la infracción contractual que configura el incumplimiento, la relación causal adecuada entre el perjuicio y el incumplimiento y el factor de imputabilidad que consiste en la culpa del infractor". (Autos: Barral de Keller Sarmiento, Graciela Higinia c/ Guevara, Juan Antonio y otros. Tomo: 327 Folio: 3925 Ref.: Médicos. Mala praxis. Mayoría: Petracchi, Belluscio, Fayt, Zaffaroni, Highton de Nolasco. Disidencia: Boggiano, Maqueda. Abstención: 28/09/2004-LDT).-

Con ello, queda claro que la carga probatoria pesa en principio sobre el accionante conforme lo normado por el art. 377 del Código Procesal - onus probandi incumbit actore -, ahora, en el tema de la mala praxis médica indudablemente se trata de situaciones extremas de difícil comprobación, en las que el paciente se encuentra en situación de inferioridad, por lo cual cobra fundamental importancia el concepto de "la carga dinámica de la prueba" o "prueba compartida" que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo, todo ello, en el marco de la valoración probatoria integral y regida por la sana crítica, siendo trascendente la prueba pericial e insuficientes las presunciones procesales como las emanadas de los arts. 388 y 417 del C.P.C.C..(cfme. arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 513, 625, 628, 902, 903, 904 y 909 del Cód. Civil; y 386 del C.P.C.C.).

Que en el caso se impone analizar en forma liminar lo relacionado con el conocimiento al que pudo acceder la actora sobre el tipo de operaciones que se le realizarían y sus consecuencias, extremo que como bien cita la sentencia, resulta de la propia Historia Clínica que fue aportada por la parte (fs.3 y 6, 453vta y 457 vta) y que se confirma cuando en su postulado inicial narra los hechos en que funda su pretensión, ya citados al introducir este capítulo.

Que descartado así la posibilidad de que la voluntad de la actora se haya visto viciada o vulnerada cuando dio su consentimiento, procede analizar la conducta del médico cuando diagnosticó la afección y si la práctica médica que aplicó no fue la que recomendada por la técnica de la especialidad, para atribuirle en su caso responsabilidad por culpa con conexión causal con la actual condición de salud de aquella.

Que a tal fin llega sin impugnaciones el dictamen del perito médico de fs. 350/355, que informa sobre la consulta inicial de la demandante por el diagnóstico hallux valgus, consistente en una desviación del primer dedo de ambos pies hacia el lateral y rotación hacia adentro (valgus), que le dificultaba usar calzado, y progresivamente, dolor y dificultar para la deambulación, por el que el galeno, luego de completar el examen con radiografía, indica tratamiento quirúrgico correctivo, atendiendo a la evolución del pie cavo (aumento de la altura del arco longitudinal del pie).

Que la cirugía se concreta en septiembre de 2001, y consistió en osteotomía del primer metatarsiano /hueso base del primer dedo de ambos pies, con post operatorio de 3 días inmovilizado con yeso de dos mese y tratamiento de rehabilitación con fisioterapia por 2 meses.

Que se indicó nueva cirugía, realizada en enero de 2002, consistente en extracción de cabeza del 4º y 5º metatarsiano de ambos pies, completada con rehabilitación kinesiológica por 3 meses.

Que al examen del perito, la actora refiere dolor, mayor al caminar, con claudicación de la marcha a los 100 metros,

deambulación disbásica y lenta; que se ayuda con bastón; que utiliza calzado especial; que para salir a la calle debe hacerlo en compañía del alguien para su asistencia, y que todo ello la obligó a abandonar actividades como caminatas, práctica de golf y las habituales del hogar, entre otras; agrega que se le propuso tratamiento quirúrgico con injerto óseo de la cadera que se negó por no asegurarle mejoría a su dolencia (punto b fs. 350 y vta).

Acerca del tratamiento, del Hallux Valgus señala que puede ser médico, kinesiológico, quirúrgico o una combinación de éstos (punto 3 fs.353vta); que se le indico el quirúrgico por el cual fue internada en el Policlínico Neuquén (punto 2 fs. 354); que fue evaluada clínicamente y por radiología previo al tratamiento quirúrgico (punto 3 fs. 354); que el que se le realizó "obra en el protocolo quirúrgico agregado, es el indicado para el diagnóstico pre-operatorio de la paciente según protocolos y bibliografía traumatológica" (punto 5 fs. 354); que los "procedimientos practicados a la paciente fueron realizados de acuerdo a la técnica y protocolos traumatológicos según bibliografía, no habiendo en documentos quirúrgicos con los que se cuenta constancias de complicaciones ni eventos anormales intraoperatorios ni de técnica" (punto 8-fs.354); que todo procedimiento invasivo en el organismo humano, tiene riesgo de complicaciones, habiendo metodologías de técnica tendientes a disminuir estos riesgos pero no habiendo certeza de eliminar en forma absoluta la posibilidad de aparición de complicaciones" (punto 9 fs. 354vta).

Define que "los tratamientos quirúrgicos y sus respectivas técnicas no fueron incorrectos para su diagnóstico" y que la actora "presentó una mala respuesta a los mismos y la consecuente mala evolución progresiva posterior a las cirugías presentando incluso dificulta para las terapias de rehabilitación indicadas en pos-operatorios inmediatos y mediatos".

Y agrega "Es evidente que presentó una mala respuesta a los tratamiento quirúrgico que intentaron corregir su patología y que esto desencadenó dificultad para cumplir correctamente las terapias de rehabilitación agravando su evolución en cuanto a la fisiología del pie, entrando en un circulo viciosos que, como se describen punto "10", la llevaron al sedentarismo obesidad, e incluso disminución en la movilidad articular con signos, en algunas de ellas de anguilosis (rigidez articular)" y que "Pudieron haber otros factores que influyeron en la mala evolución (obesidad, trastornos reumáticos, metabólicos, otros) que no se pueden determinar con certeza en este punto, por no contar con datos necesarios" (punto 12 fs. 355).

Coincido con la a quo en que de la prueba rendida no se puede inferir la existencia de error de diagnóstico y mala práctica, atento a que las realizadas por el galeno estaban prescriptas y el dictamen pericial informa que cumplió con los protocolos que la rigen, y de esta manera, tampoco se evidencia la relación causal entre la intervención médica y la afección que sufre la accionante.

Los agravios vertidos fundamentalmente atacan la valoración probatoria resaltando algunos aspectos que no tienen consecuencia respecto del análisis integral que se impone y da cuenta científica el perito interviniente, la que fue correctamente evaluada y sin desvío en relación a las reglas que impone la sana crítica (rt. 386 CPCyC).

En conclusión, es la prueba médica la que informa acerca de las diversas causales que llevaron a que la actora se encuentre en la subsiguiente condición de salud que fue constatada, sin hallazgo de impericia en la intervención que impugna, la que era justificada para el diagnostico, resultando sin base fáctica toda presunción o hipótesis para alcanzar la conexión que pretende.

La jurisprudencia ha decidido que: "En toda profesión concerniente a la salud existen siempre riesgos o aleas que excediendo ciertos límites no sería justo ni razonable transferirlos al profesional, ubicándolos en el ámbito de su responsabilidad" (C.N.Civil - Sala E, LL-1979-C-20). (DRES.: MARCIAL - RODRIGUEZ PRADOS DE BASCO, BULACIO ANA CRISTINA C/COHEN RICARDO SERGIO Y OTRO s/DAÐOS Y PERJUICIOS. (SALA IA.), 31/05/95, Sentencia Nº: 150, Sala 2-LDT).-

Esta misma Cámara de Apelaciones ha considerado que: "En definitiva y en lo que se refiere al punto en cuestión debe tenerse en cuenta que, con relación al médico, no es admisible la responsabilidad objetiva, que es necesario que exista culpa de su parte (no la culpa leve o levísima), que su tarea es de medios no de resultado, que la ciencia médica no es exacta, que debe apreciarse con criterio restrictivo y que debe tratarse de un error objetivamente injustificable."(RETAMAL IRIS MABEL C/ VITALE EDUARDO Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS, (Expte. EXP Nº 261.710/1), Sala II).

V.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propicio el rechazo de la apelación, confirmando el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas en la Alzada a cargo de la recurrente en su calidad de vencida, a cuyo efecto deberán regularse los honorarios profesionales con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

Tal mi voto.

El Dr. Ghisini dijo:

Por compartir los argumentos del voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA III

RESUELVE:

1.- Confirmar el fallo de fs.492/499, en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas en la Alzada a cargo de la recurrente en su calidad de vencida.

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes, en el 30% de lo establecido en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 LA).

4.- Regístrese, notifíquese y vuelva a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

"FERREIRA HECTOR MARCELINO Y OTRO C/ PAREDES ALICIA S/ ACCION DE NULIDAD" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 513391/2016) – Interlocutoria: 329/16 – Fecha: 10/11/2016

DERECHO PROCESAL: Actos procesales.

SENTENCIA. COSA JUZGADA IRRITA. ACCION AUTONOMA DE NULIDAD. DESALOJO. RECHAZO IN LIMINE.

1.- La "cosa juzgada írrita" que da pie a una acción autónoma de nulidad de la sentencia pasada, al menos formalmente, en autoridad de cosa juzgada, es una vía absolutamente excepcional, en donde los vicios que autorizan su revisión son de tipo sustancial y se descubren luego que el fallo adquiera firmeza.

2.- La resolución que desestima in límine la acción de nulidad por cosa juzgada írrita debe ser confirmada, pues no advertimos que en el caso concurran los extremos de excepción para su procedencia. Fundamentalmente en función de considerar que la introducción de documentación -contrato de locación en copia simple- al expresar agravios no puede calificarse como una conducta procesal maliciosa o fraudulenta a los fines de habilitar esta excepcionalísima vía, para declarar nula una sentencia de Cámara (...). Por otra parte, las consideraciones expuestas por el apelante sobre las mejoras realizadas en la propiedad a desalojar, no es una cuestión que pueda

discutirse en un proceso limitado como el desalojo, sin perjuicio de que se pueda efectuar el reclamo de dichas mejoras a través de la vía procesal pertinente.

Texto completo:

NEUQUEN, 10 de noviembre de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "FERREIRA HECTOR MARCELINO Y OTRO CONTRA PAREDES ALICIA S/ ACCION DE NULIDAD" (EXP. Nº 513391/2016) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 5 a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando Marcelo GHISINI y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

I.- Contra la resolución que desestima in límine la acción de nulidad por cosa juzgada írrita, el accionante a fs. 43 interpone recurso de apelación.

En su memorial de fs. 45/48, menciona que el motivo de la apelación está contenido en el fundamento expuesto para rechazar la demanda, conforme fuera expresado en el expediente de desalojo.

Aduce, que en los considerandos de la resolución de primera instancia y en el segundo voto de esta Sala, se aprecia el núcleo del conflicto. Se trata de un reclamo de la actora basado en atribuirles la tenencia precaria surgida de un contrato de locación, habiendo su parte invocado la posesión como defensa al progreso de la demanda.

Sostiene que en función de lo expuesto, el desalojo no era la vía apta para debatir los derechos que corresponde sobre el inmueble. Efectúa un relato de lo acontecido en la sentencia de Cámara, y critica que por mayoría se haya declarado procedente el desalojo.

Expresa, que es en la etapa de ejecución de sentencia en donde se le va producir un perjuicio patrimonial a su parte, y manifiesta que la entrega del inmueble ordenada en la sentencia de desalojo, conlleva la confiscación de las mejoras que se introdujeron en el inmueble, conforme se encuentra acreditado con la prueba que menciona.

Afirma, que en la sentencia no se arriba a una solución justa, ya que se produjo un cambio en la situación de hecho y derecho que dio origen a la sentencia apelada.

Considera que la sentencia no valoró que la construcción efectuada en el inmueble fue hecha con anterioridad al ejercicio de esta acción, lo que resulta relevante para demostrar la posesión invocada.

Refiere, que todas las consideraciones volcadas hacen que excepcionalmente se pueda rever la decisión y admitir la acción de nulidad; y en consecuencia, revocar la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, con origen en su condición de írrita por contener el vicio señalado que conduce a la indefensión de los derechos sobre la inversión existente.

Señala, que el perjuicio lo constituye el desplazamiento de las mejoras que revisten la calidad del inmueble por accesión al patrimonio de la actora, sin que exista un título o causa jurídica expresada en la sentencia que justifique ese traspaso.

Considera, que la invocación no es genérica a la existencia del cercenamiento o violación a la garantía constitucional de la propiedad, existe y es razón suficiente para promover la demanda que tiene como objeto declarar la invalidez de la sentencia que como acto procesal, si bien ha pasado a ser cosa juzgada, su ejecución es demostrativa de que tiene origen y fundamento en un proceso inválido por las irregularidades señaladas.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a juzgamiento, debemos efectuar algunas consideraciones sobre el tema traído a estudio, para luego evaluar los agravios expuestos por el apelante.

En primer lugar, la "cosa juzgada írrita" que da pie a una acción autónoma de nulidad de la sentencia pasada, al menos formalmente, en autoridad de cosa juzgada, es una vía absolutamente excepcional, en donde los vicios que autorizan su revisión son de tipo sustancial y se descubren luego que el fallo adquiera firmeza.

Esto significa que si tales vicios son descubiertos antes que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada, debe necesariamente introducirse en oportunidad de interponer el recurso pertinente contra la resolución que se reputa

viciada, ya que luego no podrá alegarse como vicio a los efectos de nulificar el fallo de una posterior instancia.

Consecuentemente, la posibilidad de introducir una acción autónoma de nulidad por cosa juzgada írrita, se hace más rigurosa ha medida que se avanza en las distintas instancias del proceso, más aun, como ocurre en el caso, si los elementos que se reputan viciados han sido examinados, analizados y valorados en la instancia respectiva.

En tal sentido la jurisprudencia ha dicho: "Corresponde rechazar la acción autónoma declarativa de invalidez de la cosa juzgada írrita si no se hallan reunidos los requisitos a los cuales ésta se subordina, por lo que el planteo no configura sino un vano intento de ampliar los fundamentos invocados por el peticionario para sostener el recurso de reposición deducido contra el pronunciamiento que reincide en impugnar, el cual fue desestimado". (Autos: Albero Mario Isaac c/ Corrientes Provincia de s/ daños y perjuicios. Tomo: 328 Ref.: Recurso de reposición. Cosa Juzgada írrita. Mayoría: Petracchi, Belluscio, Maqueda, Highton de Nolasco, Lorenzetti. Disidencia: Abstención: Fayt, Zaffaroni, Argibay. Exp.: A. 668. XXXIX. - Fecha: 28/07/2005).

Y que: "...las situaciones que permiten sustentar una decisión que, -como en el caso-, dejó sin efecto una anterior resolución que homologó un acuerdo transaccional, con base en la supuesta configuración de cosa juzgada írrita, deben apreciarse con un criterio sumamente restrictivo, en tanto ella implica la importante consecuencia de dejar sin efecto un fallo judicial firme. Hay en estos supuestos, singular peligro, relacionado, directa e incuestionablemente, con la seguridad jurídica. Los fallos judiciales firmes son, por naturaleza, definitivos, inmutables, y poseen todos los consabidos efectos propios de la institución de la cosa juzgada. Las situaciones que pueden dar lugar a la referida calificación de cosa juzgada írrita se resumen a casos en los que, indudable e inequívocamente, se ponga en evidencia un vicio de singular gravedad, en el proceso o en la sentencia misma, de modo tal que el mantenimiento de la situación jurídica derivada del pronunciamiento firme en cuestión ocasione un cuadro de palmaria afectación de los principios rectores de la justicia y de los derechos". (Auto: BANCO EXTRADER SA S/ QUIEBRA S/ INC. DE ACTUACIONES AUTONOMAS POR FUNDACION UNIVERSIDAD DE BELGRANO. - Ref. Norm: DICTAMEN FISCAL: 86152 - CAMARA COMERCIAL: D - Mag.: ROTMAN - CUARTERO - Fecha: 18/09/2001).

Desde esta perspectiva, no advertimos que en el caso concurran los extremos de excepción para su procedencia. Fundamentalmente en función de considerar que la introducción de documentación -contrato de locación en copia simple- al expresar agravios no puede calificarse como una conducta procesal maliciosa o fraudulenta a los fines de habilitar esta excepcionalísima vía, para declarar nula una sentencia de Cámara como la que obra a fs. 12/23.

Por otra parte, las consideraciones expuestas por el apelante sobre las mejoras realizadas en la propiedad a desalojar, no es una cuestión que pueda discutirse en un proceso limitado como el desalojo, sin perjuicio de que se pueda efectuar el reclamo de dichas mejoras a través de la vía procesal pertinente.

En definitiva, tal cuestión a los fines de calificar a la resolución de segunda instancia como injusta, no resulta suficiente para invalidarla, pues no permite evidenciar más que la disconformidad y máxime cuando los fundamentos de la última, no contienen referencia a el.-

Por todo lo expuesto y al compartir los fundamentos de la sentencia de grado, se rechazarán los agravios, y en consecuencia, se confirmara la resolución obrante a fs. 39/41, con costas a cargo del actor, atento a su carácter de vencido.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución de fs. 39/41 en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al accionante.

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

"SECCHI ANDREA KARINA C/ EMEBESUR S.A. Y OTRO S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 508518/2016) – Interlocutoria: 330/16 – Fecha: 10/11/2016

DERECHO PROCESAL: Etapas del proceso.

PROCEDIMIENTO LABORAL. PRUEBA ANTICIPADA. PRUEBA INFORMATICA.

Cabe confirmar el auto que rechaza la realización de la prueba pericial informática anticipada solicitada por la parte actora, toda vez que la prueba anticipada es procedente cuando existe una posibilidad cierta, objetiva y concreta -y no meramente eventual- de que se pierda como consecuencia de la demora en la recepción. Y es así como el instituto en cuestión cumple una función de aseguramiento, por tanto, sino existe un peligro concreto de que la prueba llegara a desaparecer o a alterarse, no corresponde el otorgamiento de esta medida anticipada, pues su concesión es de carácter excepcional, por lo que debe aplicarse e interpretarse de manera restrictiva. Por otra parte, la recurrente no ha dado ningún fundamento serio o preciso a fin de verificar algún tipo de maniobra por parte de las demandadas para fundar la solicitud.

Texto completo:

NEUQUEN, 10 de noviembre de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SECCHI ANDREA KARINA C/ EMEBESUR S.A. Y OTRO S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES", (Expte. N° 508518/2016), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL N° 6 a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria Actuante, Dra. Adelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

I.- Vienen estos autos a la Alzada para resolver el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la parte actora a fs. 92/95 vta., contra el auto de fs. 84 vta. y 85, que rechaza la realización de la prueba pericial informática anticipada solicitada por su parte.

En su memorial, expresa que en relación a la volatilidad de la referida prueba, solicitó la producción de prueba anticipada, dado que los datos informáticos se encuentran alojados en los medios de almacenamiento que están en poder de la contraparte, por lo que existe la real posibilidad de su desaparición, modificación o alteración, quedando la actora sin prueba imprescindible de sus derechos.

Aduce, que a fin de resguardar el derecho de defensa de las demandadas ha solicitado la citación del Defensor Oficial.

Considera que se encuentra fundada la petición de prueba anticipada, lo cual no fue suficientemente analizado en la instancia de grado, ya que de lo contrario se hubiesen entendido claramente los argumentos y razones de su requerimiento.

Afirma, que no se han merituado los nueve argumentos dados en relación al pedido de prueba anticipada (páginas 67 y 68); ni tampoco se ha efectuado una lectura íntegra de la demanda, ni de la prueba pericial informática de parte,

rechazándola con el fundamento aparente de su aplicación restrictiva.

Indica, que tampoco se hace mención en el decreto del 29/08/16, de cada uno de los elementos en que se ha sustentado su planteo ni de la solicitud de designación del Defensor Oficial.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, es importante efectuar para la resolución del caso, algunas consideraciones sobre prueba anticipada, consagrada por el art. 326 del Código Procesal, de aplicación supletoria en el procedimiento laboral (art. 54 Ley N° 921), para luego evaluar si conforme a los argumentos expresados en el recurso, corresponde o no su concesión.

En primer lugar, ha de tenerse presente que el anticipo preventivo de prueba importa la admisión excepcional de medidas, en una etapa no propia, con fundamento en la eventualidad de su desaparición o difícil obtención. De ello se sigue que la concesión de este tipo de medidas debe ser hecha con carácter restrictivo, evitando el adelantamiento de la solución de fondo y fundamentalmente, sin vulnerar la igualdad de las partes en el proceso (cfr. Cám. Nac. Apel. Civil, Sala B, "Insua Sáenz, Carlos", 17/2/1983, LL 1983-B, pág. 481).

A su vez, se ha dicho: "Con la producción anticipada de prueba se procura obtener o conservar elementos probatorios que luego podrían desaparecer o bien perder eficacia. Si bien, como hemos visto, el artículo 326 del CPN contempla algunos supuestos especiales, la enumeración no puede considerarse taxativa.

Siempre que haya peligro de que la fuente de prueba desaparezca o pueda ser alterada o que haya temor fundado de que la prueba puede tornarse ineficaz o de muy difícil producción en la etapa oportuna, procede el anticipo..." (Roland Arazi, La prueba en el Proceso Civil, Pág. 122, Ed. Rubinzal-Culzoni, tercera edición actualizada).

Así, la prueba anticipada es procedente cuando existe una posibilidad cierta, objetiva y concreta -y no meramente eventual- de que se pierda como consecuencia de la demora en la recepción. Y es así como el instituto en cuestión cumple una función de aseguramiento, por tanto, sino existe un peligro concreto de que la prueba llegara a desaparecer o a alterarse, no corresponde el otorgamiento de esta medida anticipada, pues su concesión es de carácter excepcional, por lo que debe aplicarse e interpretarse de manera restrictiva.

Por otra parte, no resulta suficiente invocar un temor generalizado, impreciso y eventual para fundar su pedido, pues ello atenta contra el carácter excepcional del instituto y pasaría a ser una regla en vez de una excepción.

De manera que, al confrontar los conceptos expuestos con el caso concreto, corresponde verificar si las razones expuestas para justificar el pedido de prueba anticipada resultan o no suficientes.

Así entonces, la parte actora solicita en el punto 9) de su escrito de demanda (ver fs. 71) de manera preliminar la realización de la prueba pericial informática, fundando su pedido en las siguientes razones: -Alteración parcial o total, modificación de datos o eliminación de los mismos producida por la contraparte; -Variaciones de tensión en la red de suministro eléctrico; intencional o no; -Software malicioso (por ejemplo, virus) Programas informáticos específicamente creados para modificar, damnificar o destruir, parcial o totalmente, dispositivos de almacenamiento de datos (discos rígidos, pendrives, discos externos, etc.), intencionalmente introducidos en los mismos o no; -Descargas recibidas por los dispositivos a través de electricidad estática, trasmitidas al/los mismo/s por el mero contacto físico, intencional o no; -Golpes, caídas, sacudidas, vibraciones o movimientos bruscos; intencionales o no; -Derramamiento de líquidos sobre los dispositivos pueden ocasionar cortocircuitos, quemando placas madre y otros daños que pueden inutilizar los datos almacenados: intencionalmente o no; -Descargas eléctricas producidas por variaciones de tensión, campos magnéticos próximos (ej: parlantes de equipos de sonido), Súbitas variaciones de rango térmico, que pueden inutilizar en forma permanente e irreversible una computadora y/o toda una red informática; -En regiones donde hay actividad volcánica -como nuestra zona- las partículas de cenizas de suspensión atmosférica por estos emitidas, son absorbidas por los sistemas de enfriamiento de la fuente de poder así como por los sistemas de enfriamiento de los procesadores, disminuyendo drásticamente su efectividad y pudiendo llegar a inutilizar los mismos por completo, produciéndose así el recalentamiento del sistema que puede llegar a dañarse en forma irreversible, haciendo imposible la recuperación de los datos almacenados; -En áreas de clima extremadamente árido, semidesértico o desértico, como la provincia de Neuquén, donde predominen fuertes vientos las partículas de polvo en suspensión podrán adherirse a los sistemas de enfriamiento y ventilación de los ordenadores disminuyendo drásticamente la vida útil de los mismos debido al

recurrente proceso de abrasión.

Retomando el análisis de la cuestión planteada, debemos decir que el hecho que los datos contenidos en soporte informático puedan llegar a ser modificados o alterados, en el caso no pasa de ser una mera posibilidad sin justificación alguna que lo avale, pues con tal criterio siempre sería procedente la producción anticipada de la pericia informática.

Por otra parte, la recurrente no ha dado ningún fundamento serio o preciso a fin de verificar algún tipo de maniobra por parte de las demandadas para fundar la solicitud de prueba anticipada. Si bien en su recurso (v. fs. 93 vta.) hace una descripción meramente hipotética del comportamiento que podrían llegar a tener las empresas demandadas (hacer desparecer equipos, las PC, los discos rígidos, etc.), como si se tratara de una organización delictiva, no aporta ningún dato preciso que así lo avale, por lo que éste primer fundamento no resulta suficiente para declarar viable la prueba anticipada peticionada.

Idéntica consideración que la volcada en el párrafo anterior, merece el tratamiento de los fundamentos expuestos en los puntos: "Variaciones de tensión"; "Sofware malicioso"; "Descargas" y "Golpes", en lo que respecta a la intencionalidad mencionada por la actora en dichos supuestos, pues no dejan de ser meras hipótesis carentes de fundamento. Asimismo, en idénticos casos, cuando ello no respondiera a una actitud intencional de las demandadas, sino a circunstancias no intencionales, tampoco autorizaría su producción anticipada, pues estaría dentro de los riesgos propios que puede llegar a sufrir cualquier tipo de dispositivo informático.

En cuanto a las "Descargas eléctricas producidas por variaciones de tensión...", nos atrevemos a mencionar que difícilmente una empresa como EMEBESUR S.A. y MERCEDES BENZ ARGENTINA S.A., tengan equipos informáticos sin la protección debida (control de tensión) a fin de evitar fallas o pérdida de equipos como consecuencia de las descargas eléctricas producidas por dichas variaciones de tensión.

Finalmente, las otras causas mencionadas en los últimos dos puntos, son demasiado genéricas, pues con tal criterio, la procedencia de la producción de la pericial informática como prueba anticipada, dependería de la zona en donde nos encontremos y principalmente el tipo de clima que tenga dicha zona. Así la medida solicitada no dependería de circunstancias particulares y concretas, sino del clima de la zona, cuestión que no resulta aceptable.

Por todas estas consideraciones expuestas, y compartiendo los fundamentos de la jueza de grado, el presente agravio será rechazado, debiéndose confirmar en consecuencia el auto de fs. 84/85, en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios. Sin costas por tratarse de una cuestión suscitada con el juzgado.

Por ello, esta SALA III

RESUELVE:

1.- Confirmar el auto de fs. 84/85, en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios.

2.- Sin costas de Alzada.

3.- Regístrese, notifíquese y vuelva a origen.

Dr.Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

"PROVINCIA DE NEUQUEN C/ HUCZAK JUAN ARIEL S/ APREMIO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 6712/2014) – Interlocutoria: 208/16 – Fecha: 28/07/2016

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

APREMIO. INTIMACION DE PAGO. MANDAMIENTO. DILIGENCIAMIENTO DE MANDAMIENTO. OFICIAL DE JUSTICIA AD HOC. DOMICILIO FISCAL. PERSONA DE LA CASA. VALIDEZ.

El art. 111 del Cgo. Fiscal –con semejantes alcances que el 531 inc. 1° del CPCyC– no exige que la intimación de pago sea practicada personalmente con el ejecutado, resultando de aplicación lo regulado por el art. 141 del C.P.C. y C. –Art. 140 del C.F.- respecto a la posibilidad de que la diligencia se realice "ante otra persona de la casa". Conforme el marco fáctico y jurídico expresado, al resultar de la constancia -insertas en el mandamiento diligenciado por la Oficial de Justicia AD-HOC- que se trata de una persona de la casa que recibió las copias de la documentación adjuntada al mandamiento, y toda vez que la diligencia se practicó en el domicilio fiscal denunciado en la boleta de deuda [...], habrá de revocarse el pronunciamiento de grado en cuanto declaró su nulidad (art. 34 inc. 5° c) y 169 del Código Procesal).

Texto completo:

NEUQUEN, 28 de julio de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "PROVINCIA DE NEUQUEN C/ HUCZAK JUAN ARIEL S/ APREMIO" (Expte. N° 6712/2014) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL, MINERIA Y FAMILIA DE RINCON DE LOS SAUCES a esta Sala III integrada por el Dr. Marcelo Juan MEDORI y Dr. Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

I.- A fs. 11 la parte actora interpone recurso de apelación contra el auto de fs. 10, que declara la nulidad del mandamiento de intimación de pago y embargo de fs. 8 y vta., y en consecuencia ordena el libramiento de uno nuevo a los mismos fines que el anterior.

En su memorial de fs. 13/17, sostiene que en función del principio de especificidad, el Código Fiscal de la Provincia del Neuquén, contempla un régimen propio para determinar la validez de las notificaciones de los tributos a ejecutar, siendo de aplicación supletoria el Código Procesal.

Menciona, que para solicitar la declaración de nulidad es necesario que los actos procesales se hayan realizado en violación de las prescripciones legales sancionadas bajo pena de nulidad. Y que, en el caso de autos la finalidad del mandamiento está cumplida ya que el lugar existe y la persona de la casa recibió las copias de traslado.

Sostiene, que para que proceda la nulidad debe existir un perjuicio o interés jurídico en su declaración, pues no procede la nulidad por la nulidad misma; y al estar frente a un juicio de apremio en el que el diligenciamiento positivo del mandamiento de intimación dependerá de la existencia del domicilio fiscal denunciado por el contribuyente y de la fijación o entrega de las copias de traslado a la persona del lugar; extremos que se encuentran cumplidos.

Afirma, que la resolución en crisis, omite la presunción de legitimidad de la que goza la boleta de deuda por su carácter de instrumento público de conformidad con lo establecido por el art. 292 del Código Civil y Comercial; y también omite el carácter de instrumento público que reviste el acta de diligenciamiento del mandamiento, que hace plena fe con el alcance del art. 296 CCC.

Destaca, que el domicilio fiscal inserto en el título ejecutivo que origina el reclamo, fue constituido por el contribuyente con anterioridad a la emisión del mismo.

Señala, que se ha omitido aplicar el Código Fiscal de la Provincia del Neuquén y considera que el mandamiento de intimación y embargo cumple con todos los requisitos exigidos por la ley como se desprende del mismo. Ello así, porque

al tratarse de un domicilio fiscal, por su naturaleza, la notificación realizada surte efectos sin ser necesario encontrar a la persona del contribuyente, atento a que este ha sido el domicilio que él mismo ha constituido a todos los efectos fiscales para ser notificado.

Agrega, que en el caso particular, el mandamiento fue recibido por persona de la casa, que además recibió las copias de traslado.

A modo de conclusión, indica que al practicar la intimación de pago, el oficial de justicia AD HOC interviniente, deja constancia de la existencia del domicilio fiscal, que por su caracterización especial, y en atención a que fue atendido por personas que lo habitan, procede a notificar el mandamiento con las copias de traslado; y que resulta válida la notificación más allá de que la persona se encuentre o no viva más allí, quedando en consecuencia debidamente notificada de pago.

Finalmente, expone que en el caso no existió vulneración del derecho de defensa.

II.- Abordando la materia traída a estudio, advertimos que en anterior pronunciamiento: PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ ROMERO, CLORINDA DELMIRA S/ APREMIO" (EXPTE. 1066/09- RESINT 372- Tº IV - Año 2010- Fº789/791- del 07/12/2010), nos hemos expedido acerca de la ejecución fiscal regulada en el Libro Primero de la Parte General del Código Fiscal, específicamente en el Título Duodécimo, denominado "De la ejecución por apremio" que comprende los arts. 106 al 140, en donde señalamos:

"... Que en lo que resulta de interés para el análisis de la materia traída a entendimiento, el art. 106 -Cobro judicial, prevé que "El cobro judicial de los impuestos, tasas, contribuciones, actualizaciones, intereses, multas ejecutoriadas y cualquier otro débito que corresponda a las obligaciones tributarias que efectúe la Dirección, se practicará por la vía de apremio, una vez vencidos los plazos generales o especiales para el pago, sin necesidad de mediar intimación o requerimiento individual alguno".

"A su vez en lo que se refiere al lugar en que debe cumplirse la diligencia de intimación de pago, embargo y citación de remate, su art. 110 regula que: "El juez examinará el título ejecutivo, y si se encontraren cumplidos los presupuestos procesales ordenará librar el mandamiento de intimación de pago, embargo y en el mismo acto citará de remate al deudor. La diligencia de intimación de pago deberá llevarse a cabo en el domicilio fiscal del o los ejecutados".

"Que si bien se alude al "domicilio fiscal" y tal como lo invoca el recurrente, ello remite a los arts. 29, 30 y 31 -Título Sexto– lo cierto es que las exigencias, condiciones y efectos de su constitución, lo transforman en un domicilio legal especial y forzoso -por su obligatoriedad, subsistencia y presunciones- aplicable a los sujetos alcanzados por obligaciones fiscales, consistentes en impuestos, tasas y contribuciones (Art. 1º del Código Fiscal)".

Así entonces, de la diligencia de fs. 8 vta., llevada a cabo en el domicilio fiscal del deudor, resulta que al constituirse en el lugar, el Oficial de Justicia AD HOC sólo identifica a una persona que dijo ser "de la casa" y que "el requerido NO vive allí".

El art. 111 del Cgo. Fiscal –con semejantes alcances que el 531 inc. 1º del CPCyC– no exige que la intimación de pago sea practicada personalmente con el ejecutado, resultando de aplicación lo regulado por el art. 141 del C.P.C. y C. – Art. 140 del C.F.- respecto a la posibilidad de que la diligencia se realice "ante otra persona de la casa".

Conforme el marco fáctico y jurídico expresado, al resultar de la constancia de fs. 8 vta. que se trata de una persona de la casa que recibió las copias de la documentación adjuntada al mandamiento, y toda vez que la diligencia se practicó en el domicilio fiscal denunciado en la boleta de deuda obrante a fs. 3, habrá de revocarse el pronunciamiento de grado en cuanto declaró su nulidad (art. 34 inc. 5º c) y 169 del Código Procesal).

Asimismo, y a los fines de no privar a la partes de la doble instancia, habrá de remitirse la causa al Juzgado de origen a los fines del dictado de la correspondiente sentencia.

En relación a las costas, las mismas no serán impuestas por tratarse de una cuestión suscitada con el Juzgado y al no haber mediado controversia con la contraria.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Revocar el auto de fs. 10., en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios.

2.- Sin costas en la Alzada.

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

"CHEUQUEPAN DOMINGA INES C/ PREVENCION A.R.T S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART" - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 37238/2014) – Acuerdo: S/N – Fecha: 12/10/2016

DERECHO DEL TRABAJO: Procedimiento laboral.

ENFERMEDAD PROFESIONAL. RECHAZO DE LA DEMANDA. COSTAS AL VENCIDO. EXENCION PARCIAL. RAZON FUNDADA PARA LITIGAR. COSTAS EN EL ORDEN CAUSADO.

1.- Dice Palacio que la existencia de "razón fundada para litigar" constituye una "fórmula provista de suficiente elasticidad que resulta aplicable cuando por las particularidades del caso, cabe considerar que la parte vencida actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho defendido en el pleito".

2.- Nuestro Superior Tribunal sustentó en una causa laboral que: "El criterio objetivo de la derrota, como fundamento de la imposición de costas, no reviste carácter absoluto, dado que existen excepciones que facultan al juez a eximir al perdedor total o parcialmente cuando exista mérito para ello. Esta facultad del órgano jurisdiccional para apartarse de la regla general, debe ejercerse en forma restrictiva -constituyendo una hipótesis de excepción- y sobre la base de circunstancias cuya existencia, en cada caso, torne manifiestamente injusta su aplicación" ("RAGNI, MARÍA ESTER C/ FONDO COMPENSADOR BPN Y OTRO S/ INDEMNIZACIÓN" (Expte. Nro. 143 - año 2007).

2.- Las costas de ambas instancias originadas en el rechazo de la acción por enfermedad profesional deben imponerse en el orden causado por cuanto se verifican circunstancias objetivas que justifican una exención parcial, puesto que la trabajadora seguramente elaboró su pretensión en la percepción de un lugar de trabajo ruidoso, las evidencias de que otros dependientes habían padecido problemas auditivos con tal motivo y demandado con éxito a la empleadora, y que ante el diagnóstico de su afección se le recomendó tareas adecuadas, alejándola justamente de ese ambiente laboral ruidoso.abe tener presente por otro lado las dificultades que puede generar para la demandante la búsqueda de una

certificación médica que reúna los requisitos necesarios ante la carencia de recursos económicos, sumando que no es obligatoria la concurrencia ante la C.M., en coherencia con la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46 de la L.R.T.

Texto completo:

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los doce (12) días del mes de Octubre del año 2016, la Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctores Gabriela B. Calaccio y Dardo W. Troncoso, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Mariel Lázaro, dicta sentencia en estos autos caratulados: "CHEUQUEPAN DOMINGA INES C/ PREVENCION A.R.T S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART", (Expte. Nro.: 37238, 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, el Dr. Dardo W. Troncoso, dijo:

I.- Que la parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva del 10 de junio del 2016 (fs. 262/268), expresando agravios a fs. 270/271.

Argumenta que el juez de grado incurre en error al condenar en costas a la reclamante cuando pudo creerse legítimamente con derecho a litigar, atento que la prueba producida indica que laboraba en un lugar ruidoso y que otros trabajadores sufrieron pérdida auditiva por tal motivo.

Afirma que el artículo 68 del CPCC prevé la posibilidad de que se exima total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido en caso de existir mérito para ello.

Cita jurisprudencia y solicita se revoque el fallo recurrido, imponiendo las costas por su orden.

Corrido el pertinente traslado la parte demandada contesta a fs. 273.

Manifiesta preliminarmente que no se cumplen los recaudos formales del art. 265 del CPCC y que en su caso todo litigante se cree con derecho a litigar, lo que tornaría inaplicable el principio general.

Destaca que la reclamante omitió concurrir a la Comisión Médica y presentar certificación médica que avale su posición.

Afirma que la hipoacusia padecida por la empleada es de tipo neurosensorial, la que es provocada por otros factores distintos al ruido.

Asegura que si la pretensora hubiera recabado información respecto su padecimiento podría alegar que se creía con razón a reclamar, pero no es el supuesto de autos, con lo cual no puede prosperar el pedido de eximición de gastos.

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 acción entablada con costas a la vencida por no advertir razón que justifique apartarse del criterio objetivo sentado con carácter general en el artículo 17 de la ley 921, máxime considerando que la actora fue oportunamente notificada de que su patología no tenía vinculación con él ámbito laboral.

Concluye que la patología que padece la actora no es de origen laboral, según el dictamen pericial, que establece que la misma padece hipoacusia neurosensorial, que no es compatible con una hipoacusia inducida por el ruido.

No se ha probado que los excesivos ruidos que soportara la operaria mientras laboraba en la cocina en Rincón de los Andes hayan tenido alguna vinculación con la patología que padece.

De las constancias de autos surge que la demandante inicia su reclamo laboral sin la presentación de certificación médica que de cuenta de la incapacidad laboral y la relación causal de la enfermedad (art. 20 inc. E de la ley 921), más se le diagnostica hipoacusia neurosensorial izquierda progresiva y se recomienda cambio de tareas a un ambiente adecuado con baja exposición al ruido (fs. 43), el que es contestado favorablemente por la empleadora (fs. 55).

Asimismo, ante la denuncia formulada, la ART le comunica que rechaza la cobertura por tratarse de una contingencia no comprendida en el art. 6 de la ley 24.557 (fs. 49).

Los testigos (fs. 121 y ss.) dan cuenta de que la cocina en la que laboraba la reclamante era un lugar muy ruidoso. Lo mismo resulta de las actuaciones caratuladas "CORTES KUTSCHER PATRICIA HAYDE CONTRA RINCON DE LOS ANDES S.A. S/DAÑOS Y PERJUICIOS", Expte.: (18668/2006), sen. 4 de Febrero del año 2011, al punto que se acoge la acción civil por daños y perjuicios ocasionados, entre otros, por tal motivo.

El perito médico establece que del estudio audiométrico emana que la afección padecida no es compatible con una hipoacusia inducida por el ruido, se trata de hipoacusia neurosensorial unilateral, de manera que no tiene causa laboral (fs. 221/224 y 240/241).

El artículo 17 de la ley de procedimiento laboral dispone expresamente que: "El vencido será condenado al pago de las costas -total o parcialmente- aunque no se hubiesen pedido, pero los jueces podrán eximirlo de ellas cuando mediare razón fundada." (cfme. Arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 10 del Cód. Civ. y Com.; y 68 del Cód. Proc.).

La doctrina ha entendido que la eximición total o parcial de costas es una solución de carácter excepcional que sólo corresponde aplicar cuando existen razones muy fundadas y elementos de juicio suficientes para apartarse del criterio objetivo de la derrota. La norma no hace enunciación alguna respecto de los casos en que procede la exención, lo que implica que la interpretación queda al prudente arbitrio judicial.

Dice Palacio que la existencia de "razón fundada para litigar" constituye una "fórmula provista de suficiente elasticidad que resulta aplicable cuando por las particularidades del caso, cabe considerar que la parte vencida actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho defendido en el pleito".

La razón fundada para litigar debe apoyarse en circunstancias fácticas o jurídicas que demuestren suficientemente la razonabilidad del derecho sostenido en el pleito (p. 74 y ss., Condena en costas en el proceso civil, Loutayf Ranea).

En particular, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones: "El principio objetivo de la derrota, conforme resulta del art. 68 del CPCC, y la distribución en proporción al éxito obtenido del art. 71 del mismo ordenamiento, rigen en materia laboral, aunque con algunas atenuaciones en virtud del carácter alimentario que invisten las pretensiones relacionadas con el contrato de trabajo para el trabajador, debiéndose aplicar los principios laborales, según lo establecen los arts. 16 y 17 de la ley 921 y 9, 11 y 12 de la LCT." ("ARANEDA MARCOS DANIEL C/ BARCELO CARLOS JOSE AUGUSTO S/COBRO DE HABERES", Expte. N° 40.119/2014).

A nivel nacional se ha dicho también que "Las normas procesales sobre costas deben ser interpretadas conforme a los principios esenciales del Derecho del Trabajo (D.T. 1993-B-1626) y ello torna conveniente morigerar en algunos casos, lo dispuesto por el artículo 71 del C.P.C.C.. Ello no significa que en todo reclamo laboral el actor se vea liberado de las consecuencias del rechazo integral de la demanda o de su inacogibilidad mayoritaria, pues ello implicaría favorecer indebidamente la promoción de demandas temerarias o aventuradas." (OBS. DEL SUMARIO: P.S. 1996 -I- 21/23, Sala I, CL0001 NQ, CA 861 RSD-21-96 S 8-2-96, Juez SAVARIANO (SD), Martí, María Dolores c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Accidente. Acción Civil, MAG. VOTANTES: Savariano - Vergara del Carril-LDT).

Nuestro Superior Tribunal sustentó en una causa laboral que: "El criterio objetivo de la derrota, como fundamento de la imposición de costas, no reviste carácter absoluto, dado que existen excepciones que facultan al juez a eximir al perdedor total o parcialmente cuando exista mérito para ello. Esta facultad del órgano jurisdiccional para apartarse de la regla general, debe ejercerse en forma restrictiva -constituyendo una hipótesis de excepción- y sobre la base de circunstancias cuya existencia, en cada caso, torne manifiestamente injusta su aplicación" ("RAGNI, MARÍA ESTER C/ FONDO COMPENSADOR BPN Y OTRO S/ INDEMNIZACIÓN" (Expte. Nro. 143 - año 2007).

La Cámara Nacional del Trabajo ha afirmado que: "La exención de costas que autoriza el art. 68 del Código Procesal procede, en general, cuando media razón fundada para litigar, expresión ésta que contempla aquellos supuestos en que, por las particularidades del caso, cabe considerar que el vencido actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del hecho invocado en el litigio, no tratándose de la mera creencia subjetiva en orden a la razonabilidad de su pretensión, sino de la existencia de circunstancias objetivas que demuestren la concurrencia de un

justificativo para eximirlo."(Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IV • 22/10/2010 • Leiva Duarte, Benjamin c. Sierra y CIA. S.R.L. y otro • AR/JUR/71455/2010, La Ley on line).

Atento el encuadre jurídico expuesto y teniendo en cuenta los elementos fácticos reseñados, considero que le asiste razón a la apelante en cuanto se verifican circunstancias objetivas que justifican una exención parcial de las costas, plasmándose el supuesto legal de excepción.

De los antecedentes de la causa aflora que la trabajadora seguramente elaboró su pretensión en la percepción de un lugar de trabajo ruidoso, las evidencias de que otros dependientes habían padecido problemas auditivos contal motivo y demandado con éxito a la empleadora, y que ante el diagnóstico de su afección se le recomendó tareas adecuadas, alejándola justamente de ese ambiente laboral ruidoso.

Cabe tener presente por otro lado las dificultades que puede generar para la demandante la búsqueda de una certificación médica que reúna los requisitos necesarios ante la carencia de recursos económicos, sumando que no es obligatoria la concurrencia ante la C.M., en coherencia con la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46 de la L.R.T.

Estimo de menor relevancia el argumento traído por el magistrado en relación a la comunicación de la ART sobre la falta de vinculación laboral de la patología sufrida por la dependiente atento provenir de parte interesada.

Por las razones expuestas, he de proponer al Acuerdo se haga lugar al recurso interpuesto por la parte actora, revocando el fallo recurrido en lo que hace a la imposición de las costas, estableciéndolas por su orden en ambas instancia conforme arts. 17 de la ley 921 y 68 del CPCC, difiriendo la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 15 y 20 ley 1594, mod. por ley 2933).

Tal mi voto.

A su turno, la Dra. Gabriela B. Calaccio, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por el vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia definitiva de primera instancia y, en consecuencia, revocar parcialmente el punto 2) del fallo recurrido, imponiendo las costas en el orden causado (Cfr. arts. 17, segunda parte, Ley 921 y 68, segundo párrafo, del C.P.C. y C.).

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, conforme lo considerado, difiriendo la regulación de honorarios hasta tanto se hayan regulado los correspondientes a la instancia de grado.

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dr. Dardo W. Troncoso

Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

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

"NAHUEL MARIA MIRTHA - SILVA MARCIANO S/ USURPACION" – Tribunal de Juicio – (Expte.: 15455/2015 – Sentencia: S/N – Fecha: 09/11/2016

DERECHO PENAL: Delitos contra la propiedad.

USURPACIÓN. PUEBLOS ORIGINARIOS. DERECHO DE PROPIEDAD ANCESTRAL. ERROR CULTURALMENTE CONDICIONADO.

Corresponde absolver a los imputados en orden a la comisión del delito de usurpación en calidad de autores (cfr. art. 181, inciso 1° y 45 del C.P., 178 y ccs. del C.P.P.N.). Ellos desde su perspectiva de cosmovisión (principios sagrados de armonía, equilibrio e interrelación con la Tierra) y en función a su legado (de trasmisión en generaciones y por lo tanto consuetudinario), sabiendo que por esos lugares transitaron y ocuparon sus antepasados, obraron con error culturalmente condicionado, que obstaculizó la meridiana comprensión de la norma penal, extremo que se concluye en el análisis de la culpabilidad.

Texto completo:

Zapala, 9 de Noviembre de 2016.

AUTOS Y VISTOS: Para dictar Sentencia en el presente caso penal -legajo N° 15.455/2015-, caratulado "NAHUEL, MARIA MIRGHA; SILVA, MARCIANO; S/ USURPACION". En el Tribunal de Juicio, interviene como Juez Penal, el Dr. Gustavo Ravizzoli y son partes, por el Ministerio Público Fiscal, la Sra. Fiscal Jefe, Dra. Sandra González Taboada y el Asistente Letrado Dr. Diego Chavarría Ruiz, como Querellantes particulares los Dres. Emilia Bortolatto y Rubén Bortolatto, y la Dra. Micaela Ramello, en representación de los sometidos a proceso.

I. Presentación del caso. Teoría de los acusadores. Lineamientos de defensa.

Los imputados son NAHUEL MARIA MIRTHA, DNI …, y MARCIANO SILVA, DNI …, ambos con domicilios en Puesto Araña Mun, Espinazo del Zorro, Las Coloradas, quienes llegan a juicio oral, conforme la acusación enunciada por el Ministerio Público Fiscal por el siguiente hecho. Que Marciano Silva y María Mirta Nahuel, el día 23 de abril de 2015, en horas de la tarde, para ingresar con sus animales, aproximadamente 200 chivas, 3 caballos, 30 vacas y un vehículo Citroen tipo Berlingo dominio DJT-750 de su propiedad; con pleno conocimiento que se trataba de una propiedad privada del denunciante, voltearon el alambrado al lado de la tranquera de la Estancia Santa Marta, ubicada en el Paraje Espinazo del Zorro, departamento Catan Lil, provincia del Neuquén, identificada como parte del lote X y XI Sección 27 y parte lotes 20 y 21 de la sección 26, nomenclatura catastral N° 11-RR-019-7178 propiedad del Sr. Luis Georges Sylavain Boez.- De esta forma Silva y Nahuel ingresaron de manera clandestina a la propiedad, ocupando un galpón allí existente de piedras de 8 x 8 mts. aproximadamente, orientado hacia el cardinal Este sobre la margen norte de la Ruta provincial n° 20; existiendo en su interior colchones, una carpa, caja de víveres, sillas, etc.; despojando de esta forma parcial e ilegítimamente a su verdadero propietario del pleno ejercicio de posesión preexistente sobre dicho inmueble. Dicha plataforma fáctica fue calificada como usurpación en calidad de autores (Arts. 181 inc. 1° y 45 del C.P.).

Seguidamente el Querellante Particular expresó adherir a la presentación del caso efectuada por el acusador público, enfatizando que al presente caso debía dársele un marco. Que la norma repele el uso y goce pacífico sobre el campo comprado en el 2010 y explotado desde entonces y que la posesión estaba en cabeza su representado. Que ya era un campo productivo. Que se estaba queriendo justificar un oportunismo. Anticipó entonces, que los imputados irrumpieron a la posesión pacífica de Boez.

La Defensa, a su turno, se limitó a manifestar que iba a probar la inocencia de sus asistidos.

II. Producción del plexo probatorio.

El testigo Jorge PINCEMIN dijo: "Soy administrador de estancias. Desde hace 6 años desde lo contable y administrativo. Apoderado del Sr. Luis Georges desde el 2010 ó 2011, primeros días del 2011. Conozco a Silva y Nahuel cuando fui con el Oficial Baigorria y otros dos policías más, fue en días de abril, primeros días de mayo, tuve una conversación. Antes no los había visto, jamás.

En abril de 2015, nuestro capataz anterior, Agustín Cordero, vio que había personas en la Estancia Sta. Marta, se apersonó y les dijo que era una propiedad particular. Estábamos haciendo reparaciones. Fue el momento del Volcán Calbuco y Nahuel le dijo que era unos días nomás, que estaba haciendo su trashumancia. En un primer momento estuvieron en un galpón que data de 1908, y fue primero de Trujillo, luego de Osvaldo Pesqueira y en dic de 2010, a nombre de Luis Boez. Luego esa gente pasó al puesto, del galpón al puesto. Con Baigorria habremos ido en la primera semana de mayo. Fue la primera vez que fui ahí. Ese día vi un montón de gente, Silva, su señora y gente, vecinos nuestros, que no sé, estarían festejando algo. Me dijeron que se habían quedado por la suspensión del volcán Calbuco y que en unos días se irían. Vi que había chivas, en unas 300 estimadas. Nosotros tuvimos que salir a alquilar un campo para los 200 vacunos. Tuvimos un perjuicio grande. Era un vehículo bordo, una berlingo.

Entraron por la parte derecha de la tranquera, volteando un alambrado, de forma violenta porque rompieron el alambrado. Entramos con el vehículo del Oficial Baigorria y con Fernández que es un puestero de enfrente que tenía llave, aparte del Capataz (Agustín Cordero). Volví dos veces, en esas oportunidades, con la policía y hubo agresiones y no pudimos desalojarlos (la orden fue de la justicia civil). Refaccionamos el puesto. Hay dos casas, una casa y el galpón.

El puesto se hizo en el año 71 por la familia Pesqueira. En esos días estaba cerrado por el volcán. En ese sector no conozco que haya habido reclamo de terrenos por parte de comunidad mapuche. La Comunidad Rams es lindera a la Estancia Santa Marta. Tengo vínculo con ellos, empleados de esa comunidad. De trato cordial. Hemos tenido alguna diferencia por vecindad pero no más. Pude identificar un ex empleado nuestro, Daniel López y Peralta ese día. El titular del campo viene, recorre a pie. En unos días más viene. Ese campo lo hemos tenido con animales y ya venía con animales de la familia Pesqueira. Hicimos 7 km. de alambre, diques, muchas mejoras en esos cuadros.

Hoy nosotros no podemos hacer usufructo de esos campos. Un perjuicio enorme. No podemos cumplir objetivos. Salimos a arrendar. Yo vi la escritura de propiedad". Se exhibió la misma y la reconoció.

Seguidamente, a preguntas de la parte querellante dijo refiriéndose a la escritura: "Estar a nombre de Boez y haber comprado por medio del gestor Rambeau (…) Desde enero, febrero de 2010 ya estábamos con animales. Con 10 toros, hoy hay 27. Al puesto no puede ingresarse por otro lado, sólo por la tranquera que está con candado. Hemos visto huellas también del vehículo.

Las remodelaciones del puesto, fue ponerlo casi a nuevo. Con puertas, ventanas, estufa a leña, faltaba sólo el tanque de agua. La puerta estaba con llave.

Había materiales de construcción. Ellos no nos dejaron seguir más.

La denuncia la hace Agustín Cordero el 23 de abril en Comisaría". Se exhibe la misma y la reconoce con la firma de Agustín Cordero.

Al contrainterrogatorio de la Defensa dijo: "Soy también martillero público de la empresa Andina S.A. en la estancia no vivía gente, estábamos refaccionando el puesto para poner en condiciones de habitabilidad. Estaba el ganado. Es un cuadro chico de 2.400 ha, la Estancia Santa Marta.

No sé si Fernández lo conocía o que les haya entregado una llave. No creo que lo haya hecho. El alambre estaba en perfecto estado. Estaba volteado. Estaba el vehículo en el galpón. Estacionado No recuerdo que tuviera daños, solo vi la parte trasera. No pudimos continuar con el alambrado por este tema. El corral es de piedra es muy antiguo, hecho por la familia Trujillo. Boez compró en el año 2010, diciembre de 2010. La compra la hizo el Sr. Rambeau como gestor de negocios para Boez, para cumplir el traspaso de dominio".

Respecto a la consulta puntual en cuanto a que el escribano dio cuenta en la escritura que no se hizo el pedido por tierras comprado por un extranjero manifestó: "no soy un técnico en la materia (…) Si el Escribano actuó entiendo que estaba todo en condiciones para hacerlo".

Tras ello, la testigo Natalia ROMERO, expresó: "Estaba como werken y estaban los integrantes en Araña Mun, un lugar de la familia Cheuqueta y luego familiares de Silva y Nahuel. Se redactó un acta en que por decisión de asamblea se decide que no se acompañaba la acción, bajo presión de Fiscalía en complicidad con el Dr. Mendez.

Tengo conocimiento que hace 100 años vivían en esa zona nuestros antepasados. Participaron de la asamblea muchos

integrantes. Personalmente firmé como secretaria respetando la decisión de la Asamblea. Si firmé una nota. No recuerdo haber acompañado documentación. Firmaron Bacuñan Carlos, como Lonco y Bascuñan Leonardo, como tesorero.

Fiscalía nos obligaba a que se tomara una decisión rápido. El Dr. Mendez fue abogado de la comunidad. Con que Fiscalía exigía una respuesta. Las cuestiones se resuelven en asamblea y ella es soberana. Silva y Nahuel, veranaban, no recuerdo el lugar".

Al contrainterrogatorio de la Defensa expresó: "En la asamblea está toda la comunidad. En ese momento había conflictos con la Minera y la comunidad. La familia Cheuqueta estaba hace más de cien años. Desconozco si tiene familiaridad con Silva.

Las veces que nos reuníamos con la comunidad constantemente Fiscalía exigía una respuesta a través del Dr. Mendez. Silva y Marciano son miembros de la comunidad Felipin".

A su turno, Héctor BAIGORRIA, manifestó: "Soy Oficial Inspector. Efectivo policial hace 14 años. Conozco a Silva y Nahuel. El encargado de la estancia va hasta la comisaría 48 para hacer saber que ingresaban en la Estancia Santa Marta. Era Agustín Cordero. Fue después de 3 o 4 días de la erupción del volcán. Ingresamos a la Estancia y Agustín tenía la llave y ahí los conocí; estaban en un galpón lindante a un puesto que estaba refaccionando. Nos contestan que estaban en la trashumancia hacia Los Molles desde el Chachil y por esa razón, por el volcán, no había manera de orientarse porque oscureció a las 10 de la mañana. Voltearon un alambrado del extremo derecho parado de frente a la tranquera. Había un F100, vieja, del 65, y un berlingo. Estaban en el Galpón de unos 25 x 15 metros. Los animales estaban adentro del galpón. No recuerdo si fui con Pincemin o Cordero, pero sí que dijeron que se quedaban hasta por un tiempo prudencial hasta que se aclarara, una semana más para refugiarse ahí. Era Jorge Picemin, que les hace saber que estaban refaccionando un puesto y que ellos tenían que llevar 150 vacas y que entendían la situación.

A la semana Jorge va a la Comisaría. Nos dijeron que no, que no continuaban camino. Argumentaron derechos ancestrales de su papá y su abuelo y que iban a ver la posibilidad de recuperarlos. Y luego fuimos a la Comisaría y se radicó la denuncia y se habló con el Dr. Jofré de la Fiscalía.

En la segunda oportunidad se hizo una inspección ocular, con fotografías, con 200 animales, yeguarizos y vacunos. Estuve charlando con Silva y Marciano y les hice saber de la situación. Dejé constancia el lugar por dónde ingresaron".

Seguidamente se exhibieron fotografías, proyectando imágenes contenidas en un dvd, donde pudo observarse la tranquera con candado y cadena. Alambre volteado y pisadas. Un galpón con nylon negro –entre otras imágenes-.

Y continuó diciendo: "Al pasar un par de días estaban primero en el puestito que era la prolongación del galpón. Se ve el rodado berlingo. El galpón tenía una parte techada y otra no. Había un puesto viejísimo de adobe. Había herramientas que indicaban que estaban refaccionando el puesto. Había un tanque de agua y caños de pvc. A los días estaban en el puesto refaccionado. Recuerdo haber efectuado 6 constataciones al menos para ver la ausencia, para hacer fichas, para ver cantidad de animales. Desde la tranquera son 400 mts. No se veía de la ruta. Algunas veces los encontré, otras no".

A preguntas de la parte querellante precisó: "Desde Comisaría a la Estancia habría 60 km. Ellos un día regresan a la Estancia y quieren entrar y hubo una confrontación con efectivo policial lesionado (Virginia Hermosilla). Ellos ingresan bordeando un cerro. Luego de charlas la relación con ellos fue buena.

Me permitieron hacer las diligencias. Yo llego a las Coloradas el 9 de marzo de ese año y eso fue en abril pero cuando llego me dicen que iban hacia Los Molles. Hay cinco comunidades Felipin, Rams... Ellos pertenecían a la Comunidad (primero me dijeron Rams y luego a otra) fui a buscar a la Lonco, me dijo que eran de la Comunidad Felipin, entonces fui a hablar con Ricardo Bascuñan que era el Lonco y me dijo que estaban reunidos como comunidad para resolver la situación de Nahuel y Silva. Marciano me indicó la nota, yo fotografié eso y la incorporé a la causa. Que la comunidad avalaba la toma de la tierra argumentando que la familia Silva no tenía campo de pastoreo".

Reconoció seguidamente las actas en las que intervino, su firma y letra. Del 5 de mayo, del 19 de junio y 28 de julio, todas del 2015 y del 2 de marzo de 2016. Agregó también: "Siguen Marciano y Silva, eso fue hace 20 días (…)se observa la camioneta, no porque haya entrado, sino lo visto desde la tranquera".

A intervención de la parte querellante dijo: "… no sé dónde vivía, sólo que estaban en Los Molles. Desde Santa Marta al paraje Chacayco, donde ellos se reúnen, es a 35 km.".

Al contrainterrogatorio de la Defensa manifestó: "Anterior al hecho no sé si vivía gente en Santa Marta. Yo llego el 9 de marzo. Ingresaron por la derecha de la tranquera que tenía candado. No recuerdo la entrevista en Fiscalía, entiendo que es contradictorio pero lo documento con fotografía y era notorio, había alambre volteado y las huellas quedan. No recuerdo en qué contexto fue la pregunta… El alambre era deteriorado, común de 7 hebras. Fotografié el acta que me ofrece Marciano, no recuerdo fecha. Recuerdo que el 19 de junio dije que había 2 candados, colocaron sus cadenas y candados y ellos se comenzaron a manejar".

A su turno, Carlos BASCUÑAN manifestó al Tribunal: "Conozco de la comunidad Felipin a Silva y Marciano. Fui Lonco durante el 2014 hasta mayo de 2016.

Recuerdo a Mena Carlos, Romero Natalia, que fue mi werken. Antes que nada quiero decir que esto quede en las manos de Dios. Nosotros somos pasajeros y Dios está conmigo. El tiene la verdad. Recuerdo que había un abogado de la comunidad, Pablo Méndez, que nos pidió los papeles que teníamos que presentar en Fiscalía. Ese abogado pidió un acta de la comunidad e hicimos una reunión donde a Marciano no se lo apoyaba. Lo hizo hacer ese abogado, estando al frente de la comunidad. Mendez no intervino en esa reunión. Yo recuerdo haber mandado un acta a Fiscalía porque él lo mandó a hacer al Fiscal. Eso fue entre abril o junio. Entre la reunión y nota hubo diferencia de tiempo". Reconoce el acta y su firma. Fecha del acta 7 de mayo 2015 y nota 19 de junio de 2015.

También precisó: "Los problemas la comunidad se resuelven a través de un abogado que nos guiaba. Después presentamos los papeles y el después se retiró de la comunidad. Yo cuando me retiré me sentí criticado. Yo trato de hacer siempre lo mejor. En este caso se trató lo de Silva y Marciano en la comunidad.

El abogado pidió un relevamiento que no apareció. Lo llevamos a Asamblea. En esa asamblea no se resolvió nada porque no es un campo relevado. Silva y Nahuel me trataron de infeliz. Pero si sé que los antepasados supuestamente lo usaron.

Yo considero que esas tierras eran de antepasados. Estaba relevado pero faltaba la carpeta. Ellos eran del Chachil. Veranaban, no recuerdo el nombre.

Anteriormente conocí de reclamos pero yo no era Lonco. Está la comunidad Rams, Paineo y Cayupan. Lindan las Comunidades Felipin y Rams".

A preguntas de la parte querellante dijo: "… ubico la Estancia Santa Marta. Estuve cuando era chico".

Al contrainterrogatorio de la Defensa manifestó: "Los conozco, me conocen ellos desde niño. Las críticas fueron porque uno no hiciera nada por la comunidad. Me comunicaba con el Dr. Pablo Méndez algunas veces. El diálogo era respetuoso. No sé por qué se fue. Le pidió documentación a la Comunidad. El me mandó a hacer la nota. El la trajo a Fiscalía. Por lo que me cuentan mi mamá y mi padre hubo antepasados. Se trasmite de generación en generación. Conozco a los Cheuqueta y pertenecen a la Comunidad Cayupan.

La tierra viene de los antepasados. Antes se vivía de la tierra. Nada los mapuches podemos llegar a hacer sin la tierra. La tierra da de comer todos los días. Es algo especial para uno. A veces lloramos por un pedazo de tierra que nos están quitando. La veranada de la Comunidad Felipin es Chachil. Los límites no lo dividen los alambrados. Lo hacemos por lugares".

A su turno, Jonhatan MORALES, dijo: "Estuve 6 meses en Las Coloradas. Soy efectivo Policial. Conozco a Marciano Silva por mi función. Lo notificamos de una presunta usurpación. Fui con Baigorria y Arenas, llegamos al lugar y lo notificaron al Sr. Silva y le tomaron unas huellas. Estaba con muchos animales. Solo. Quería saber de qué lo venían a notificar. La Sra. aparentemente estaba en Zapala por lo que dijo Silva. Apenas entramos estaba la tranquera, son 700 mts hasta la casa. A mano derecha donde estaba Silva, que eran dos habitaciones y atrás tenía animales y de lado izquierdo un galpón para tener animales. En ese momento no observé vehículo. Yo era disponible. Ayudo al Oficial de Servicio y terminé como testigo porque no había gente en el lugar porque es apartado ahí".

Al interrogatorio de la parte querellante expresó: "… no recuerdo obra que se estuviera construyendo".

A intervención de la Defensa dijo: "Está todo alambrado el predio, la Estancia. No recuerdo como estaba el

alambrado".

Compareció luego el testigo Carlos Oscar PALAVECINO, y expresó: "Estoy trabajando en una Estancia de Campo Grande, a 5 km de las Coloradas. Conozco la Estancia Santa Marta. Está en Espinazo del Zorro. El se metió al campo en la Estancia. Fuimos con el encargado Cordero y lo acompañé. Me dijo tengo que ir a ver al hombre que se metió en las casas. Vimos por dónde había entrado, por el lado del costado de la tranquera. Habían volteado el alambre. Estaban las marcas del auto que había pasado. El habló con el hombre y estaba su señora.

Cordero habló. Fuimos en la camioneta de la Estancia. Entramos por la tranquera en vehículo. Estaba cerrada, con llave, con candado. Alrededor vi un auto una camionetita bordó (al costado del galpón) y unas chivas, unas 200, por ahí, unos caballos. Había un puesto que estaban arreglando, había unos albañiles que los había contratado el dueño de la Estancia. Ellos estaban con el campamento en el galpón. No volví a ir. Yo soy criado allí. A Silva y Nahuel los he visto por ahí algunas veces. No recuerdo que hayan ingresado antes. Yo vi al dueño del campo. Don Luis Boez. Viene siempre los fines de año".

A preguntas del querellante manifestó: "… los dueños hacen ganadería, trabajan con las vacas. Hemos hechos alambrados, canales. Yo lo vi. Se estaba renovando el puesto. Uno de los apellidos del albañil es Muñoz. La empresa era la de Cordero que hacía el alambre. Habían vacas. He pasado y he visto talado el pasto, comido por los animales, está Don Silva".

A intervención de la Defensa precisó: "Anteriormente está el puestero del mismo campo, pero al frente. No sé hace cuánto está así.

Conozco la Comunidad Rams que está en la parte de Media Luna. El abrió la tranquera, Cordero. Como construcción antigua hay unas casitas atrás, de adobe".Virginia del Carmen HERMOSILLA, precisó: "Soy policía desde hace 5 años. En Neuquen y en Las Coloradas desde junio de 2012. A principios de marzo hicimos una constatación en Santa Marta. Encontramos un lugar vacío, abandonado, no había animales. Marzo de 2016. Con un galpón grande, una casa toda cerrada con árboles. Recorrimos el lugar. No había gente. Entramos caminando. Estaban Espinosa y Baigorria ese día. El oficial hizo un acta. Creo que firmé como secretaria. Después el 16 me convocan para cubrir servicio adicional. Fuimos con Baigorria, Mariqueo y Arenas. Nos quedamos en la entrada, mediante lo civil había sido entregada la propiedad al administrador. Ahí estuvimos y a la tarde cayó la familia Silva, doña María, una hermana con problemas de salud (aducían que tenía discapacidad) de ella y un menor. Yo vi que a la hermana le costaba hablar. Ya había un candado nuevo. Empezaron a agredirnos en forma verbal y Don Silva se acercó a la camioneta y sacó una stilson y una barreta. El quería voltear el alambrado. Yo sujeté una golondrina que él quería soltar y me dio un golpe con la stilson. Lograron aflojar la golondrina y bajaron el alambrado. La idea era entrar con la camioneta; le intentamos explicar que no podían entrar.

Se pusieron agresivos. Me dejaron a la Sra. que tenía enfermedad y sólo le dimos agua y pan. Y Ellos se vinieron para Zapala. Don Silva su hijo y la Señora luego entraron a la casa y el chico que había quedado como cuidador tuvo que salir. Rodearon la barda donde no se veía. Ellos estaban todos con cuchillos. Nosotros sacamos al chico y esperamos refuerzos" (Reconoce firma del acta del 2 de marzo de 2016).

Al interrogatorio de la parte querellante expresó: "… el Juzgado Civil de Zapala dio la orden. Realicé una denuncia por las lesiones".

Seguidamente, a intervención de la Defensa manifestó: "Se quedó con nosotros una hora, hora y media la hermana. En el hospital constataron mis lesiones. La camioneta estaba sola a un kilómetro más o menos, y ahí se bordea la zona que va hasta la casa".

En la segunda jornada de juicio, el testigo Agustín CORDERO, manifestó: "Trabajo en el campo. Criado en el campo. Siempre en Neuquén y en Córdoba.

Trabajé en Estancia Santa Marta, por dos años. Queda en Espinazo del Zorro y Valle del Lapa. En ese momento era el encargado y yo vivía en otro campo.

Teníamos un puestero que me dio aviso, creo por radio, que se había metido una persona al puesto que estábamos reparando. Justo fue el tema de la ceniza.

Había entrado una persona, lo fui a ver, el puestero era Héctor Fernández (que era de la margen de enfrente). Le dije a Marciano, le expliqué que era un campo que no podía estar ahí. El argumentó que era por el tema de la ceniza. Le expliqué la situación y me fui. Le dije que se tenía que retirar. Después tuve que hacer la denuncia, se metió en principio al galpón con animales, luego se fueron al puesto. El campo estaba en producción, tenía vacas. Fui a ver a Silva con Carlos Palavecino. Fui varias veces. Hay una tranquera, de frente a la derecha ahí entraron. Voltearon el alambre. La tranquera estaba con candado. Vi los animales y como que se asentaron ahí, había chivas, una punta de vacas y algunos caballos. Un galpón y un puesto (es una casa). En reparación estaba el puesto y el proyecto era también reparar el galpón. No vi a Nahuel y Silva en esas fechas anteriores. Se hablaba pero con la Comunidad Rams, pero con la comunidad esta no. Están en Chacayco, lejos, es otro valle. Chacayco de la estancia estará a 15/20 km, que empieza la zona. El propietario del campo es Luis Boez. El alambre estaba tirado, estaban las huellas con un vehículo. En su momento cortaron nuestro candado y pusieron otro. No pude entrar más. La denuncia fue en ese transcurso, no recuerdo fecha. Abel Muñoz era el contratista del puesto que tenía sus empleados ahí. Ellos se tuvieron que ir, porque no los dejaron trabajar más. La última vez que fui fue en marzo de este año, había un desalojo y un operativo. Ellos estaban ahí".

A preguntas de la parte Querellante expresó: "… nunca los vi antes. Llave tenía Héctor Fernández y yo. Se creó un proyecto para producir carne de la Patagonia, se contrató gente especializada, más gente asesores externos. Se seguía producir carne sana y teniendo en cuenta el medio ambiente. Era a largo plazo.

Se hicieron mejoras, canales, reemplazo de alambres. Quedó trunco. Lo de los canales hay que mantenerlo. El pasto se perdió todo. Se alquiló un campo en Quillén, se llevaron vacas en un camión. El puesto era muy viejo que lo estaban dejando a nuevo, habitable. El puesto también estaba con llave. Los propietarios antes eran Izasi y Pesqueira. Con actividad ganadera".

Al contrainterrogatorio de la Defensa dijo: "… en ese momento estaban viviendo los albañiles. Antes estaba Fernández en otro puesto. El tenía llave de la tranquera. La del puesto la tenía yo. No sé si Fernández conocía a Silva y Nahuel.

Hay un galpón y un puesto. La casa tenía piedra y ladrillo. A la par hay una taperita de adobe. Y hay un corral de una chacra antiguamente. Un cuadro que se utilizaba".

Héctor Fernández, manifestó: "Soy Indígena de Media Luna. La Estancia Santa Marta queda cerca de Espinazo del Zorro. Estuve 5 años trabajando con Isazi y Pesqueira. Recorría. Vivía en La Adelina, cerquita de Santa Marta. Desde ese puesto se puede ver Santa Marta. Llegaron ellos, se metieron para adentro, estaba tremenda la ceniza que no se podía andar. Los fui a ver. Volteó un alambre, se metió con una camioneta. Le dije que le iba avisar a los patrones.

El me dijo "avísele", nada más. Yo le avisé a Cordero y a Jorge Pincemin. Le avisé por Handy. Estaba el alambre caído. Se estaba haciendo un puesto nuevo.

En ese momento no había gente, por la ceniza. Vi animales cabríos. Vi una camioneta roja. Bajaron un poste. La tranquera estaba con llave. Siempre se manejaba con llave. Yo tenía llave. Pasé por la tranquera y lo fui a ver. En esos años no los vi a Nahuel ni a Silva. Pesqueira era un doctor creo. Nunca parece que hubo conflicto, era tranquilo. La comunidad más cerca es la de Rams y después la de Felipin, retiradita. Después no fui más. El dueño es Luis Boez.

Lo vi tres o cuatro veces".

A intervención del Querellante manifestó: "… para Boez trabajé más o menos cuatro años y medio. Antes con Isazi. Boez tenía animales. La refacción era para poner otro puesto. No les di llave a los Sres. Silva o Nahuel".

A consultas de la Defensa, expresó: "… los conozco por la huella, por el tráfico que va para El Espinazo. Al tráfico de los animales. La veranada no sé dónde era. Después dejé de trabajar".

Posteriormente, se hizo presente el testigo Juan ROMERO, quien declaró: "Tengo 56 años. Mi lugar de origen es Chacayco Sur. Y miembro de la Comunidad Felipin. Zona de influencia es Lapa, Chapal Mahuida, Araña Mun, Pehuen Mapu, Chachil, Catan Lil y zona de influencia. Conozco la zona desde muy pequeño y los lugares donde se establecen Marciano y María en la actualidad.

Nuestro pueblo, los Che respondemos a los antepasados, a los espíritus y los dueños de los lugares consagrados. Ellos

respondieron a ese llamado. Esos alambrados nunca estuvieron en condiciones, los postes están caídos. Se construyó a principio de siglo y hace muchos años que eso está abandonado por los supuestos propietarios. Los originarios fueron mapuches. Sus antepasados de Silva y Nahuel estuvieron allí. Después con la mal llamada conquista del desierto se construyó allí. Las pircas están cayéndose a pedazos. Se construyeron con mano de obra esclava. Hay una vieja ruca (casa o vivienda) de barro, de material de la zona, todavía en pie de los antepasados de Marciano.

También hay otras construcciones reparadas recientemente. El territorio mapuche usaba los lugares de acuerdo a su hábitat. Perteneció primero a la familia directa de Marciano.

Participo de las asambleas, generalmente. Participé de la de abril o mayo del año pasado. Se discutió mucho y la decisión la tomamos por mayoría".

Al contrainterrogatorio de Fiscalía dijo: "… soy autoridad filosófica y espiritual en mi comunidad. Resolvemos en reunión, debate y mayoría. La Asamblea es soberana. Puede ratificar, discutirla o tomar otra decisión en función de los intereses de la comunidad. Estuve hace 5 meses en Santa Marta.

Paso permanentemente por el camino que se trafica. No conocí a los antepasados de Marciano, que eran los propietarios".

Luego, el testigo Diego Abel MENA expresó: "Nací en Aguada del Sapo. De Espinazo del Zorro queda a unos 35 km. Conozco el lugar. El lugar donde están María y Marciano también. Nosotros por ser parte del pueblo mapuche y por ser poseedores de nuestro territorio por la trashumancia nos toca pasar por esos lugares. Históricamente se circula por ahí. Geográficamente me toca estar donde el Peñi Marciano vive. Ancestralmente nos manejamos así. Ocupamos ciertos lugares pero en sí el territorio es uno solo. Desde el concepto mapuche de cosmovisión. Nos vamos dando el ordenamiento desde lo espiritual. El lugar es Araña Mun y lo conozco. Conocía a su Papá, Feliciano Silva, por trasmisión directa. Vivieron allí. Existen desde 1918 corrales de piedra. Naturalmente pasábamos por ahí. Son pircas construidas con forma propia a lo largo de la historia, para encerrar los animales. Existen en el lugar, fueron construidas por sus abuelos de Marciano. Hay un lugar cercano, Piñan Curra (lugar sagrado).

Nuestros abuelos, nuestro origen, nos vamos haciendo. La posesión de ellos viene de largos años, de muchos años. Desde que tengo uso de razón, los alambres estuvieron por el suelo. Siempre los conocí así, deteriorado. Yo tengo 35 años. Nunca vi gente allí".

A intervención de Fiscalía, testimonió: "… todos los años se pasa por ahí.

Varía por la naturaleza o cuestión climática. Trashumancia se hace en noviembre. Se regresa a fines de marzo, abril. Recuerdo a partir desde 1990. Desde la niñez se trasmitió de mis padres, hermanos, se trasladaban por allí. Siempre estuvieron en ese lugar. No conozco que haya habido propietario. Se atraviesa la ruta provincial n° 20 y se utiliza ese camino y pasa por el frente de donde está el Peñi Marciano".

Al contrainterrogatorio del Querellante expresó: "… no conozco quien alambró el campo. Nunca vi trabajando sobre el alambrado. Lo he sentido nombrar a Oscar Isazi, como que suele circular. A Pesqueira no. Soy empleado público en el Consejo Provincial de Educación. En el Albergue n° 83, desde marzo a diciembre, desde 2013. Trabajamos comunitariamente, si se superponen horarios. Los fines de semana se puede utilizar para eso".

Rubén CHEUQUETA, seguidamente dijo: "Pertenezco a la comunidad Mapuche Cayupán. Yendo para Junín. Conozco el lugar Espinazo del Zorro. Siempre pasamos por ahí por la veranada. Y porque mis antepasados fueron de esos lugares. Ellos, mis padres y abuelos nos trasmitían que vivían ahí. Tengo documentación (acta de nacimiento y defunción). En el lugar hay prueba antigua, corral de piedra (pirca). Está el lugar "Cochico" y "Lapa". Actualmente y antes pasó por ahí para la trashumancia. A caballo desde 1980, más o menos. Antiguamente el lugar no estaba cerrado. Sólo con pirca de piedra. Nos contaban que lo usaban para cazar guanacos para la comida. Actualmente hay alambre en muy malas condiciones".

Al contrainterrogatorio del Ministerio Fiscal expresó: "… he sido autoridad en mi comunidad. La Cayupan, tiene influencia en el Overo y Cortaderas. Veranada en Chachil. Mis abuelos y padres vivían ahí y familiares de Marciano. Es de Felipin. Hay un camino de trashumancia que pasa por la estancia. Está alambrado. Ahora los he visto a Marciano y María. No recuerdo cuanto tiempo. No conozco a Isazi, ni Pesqueira. A Fernández si. Lo conozco de Media Luna, de la

comunidad Mapuche Rams. No sé para quién trabajó".

A intervención del Querellante expresó: "… desconozco quién alambró. No estaban. Participo de la trashumancia desde 1980. Diciembre enero y abril/mayo.

Desde el 2001 trabajo en el Consejo de Educación. Soy maestro de idioma. De marzo a diciembre. Desde la comunidad Cayupán a Santa Marta hay 40/50 km. La trashumancia la hacemos de Cayupán a Chachil pasando por Santa Marta. Vamos por un camino. Los animales ingresan, el alambrado está en mal estado".Esteban Cheuqueta, a su turno, manifestó: "Pertenezco a la Comunidad Cayupan.

Los conozco por familia y por la trashumancia. Conozco el lugar. A los 8 años empecé andar por ahí. Continuamente pasamos por ahí. La veranada es en Chachil.

Mucho más antes estuvieron mis abuelos. Me ha contado mi papá, que estaba en Casa Piedra, casi el mismo lugar. Hay pircas de piedras que dejaron los abuelos. Están los corrales y murallas de piedras que todavía están. Después lo alambraron. Lo dejó esta gente que estuvo ahí. El alambrado está todo oxidado con partes casi enterrado, muy deteriorado. Casi caído, es fácil ingresar a la estancia. No sé si vivía alguien ahí. No vi producción".

A preguntas del Ministerio Fiscal dijo: "Nahuel y Silva pertenecen a la comunidad Felipin. Uno elige por familia. No puede estar en dos comunidades. Yo soy familiar de Silva. No sé si se puede cambiar. Por la ruta 20, que sale Aguada del Overo a Espinazo del Zorro. Por ahí es la trashumancia. Vamos por el camino que pasa por el lugar ese, Santa Marta. Los he visto cuando ellos llegaron, más o menos como tres años. Antes no los vi pero el lugar era de nuestros abuelos. Lo vi alambrado, desde cuando tenía 8 años. Nací en 1968".

A intervención del Querellante precisó: "… primero estuvieron los abuelos nuestros y después vino Trujillo. Sé que mis papás estuvieron ahí por las actas de nacimiento. Después estuvo Isazi. Conozco a Pesqueira, lo sentí nombrar".

El testigo Pablo BENITEZ, declaró: "Pertenezco a la Comunidad Felipin, soy el Lonco actual, desde fines de 2015. Ocupamos territorio amplio, en su invernada y veranada. Chacayco, Los Molles, Aguada del Sapo, Araña Mun, entre otros.

Conozco el lugar donde están María y Marciano, Araña Mun. Lugar conocido por los mayores de la comunidad. Siempre fueron ocupados por nuestros antepasados.

Tenemos nuestras raíces ahí. Actualmente viven generaciones mapuches. Y han vivido. Ahí han vivido mis bisabuelos maternos. Hasta que llegaron los usurpadores tirándole su ruca de manera violenta. Isazi, Pesqueira en su momento. Posterior al desalojo que sufrieron mi mamá junto a mi padre hace 50 años volvieron a ese territorio. Ahí nació mi hermano y estuvieron mis tíos.

Hay antiguas construcciones, que son eternas se puede decir. Son pircas de piedras. Ranchos antiguamente llamados ranchos de chorizo. Hay corrales. Hago trashumancia, pasamos por allí, siempre. Siempre se ocupó ese lugar. El alambrado que esta está muy deteriorado, cualquier animal o ser humano puede pasar en cualquier parte. No vi gente antes. Que estuviera viviendo. Se habló de la situación de Marciano y María. Han sido nacidos en su lugar, se recordó".

Se exhibe un acta donde reconoce su firma. Y agregó: "Se respalda y se apoya al Peñi Marciano y a su esposa. No recuerdo la fecha. Estaban gran parte de los miembros de la Comunidad. Por cuestiones personales no pude llegar a una asamblea anterior. Marciano también es criancero. Yo he ido. Hemos charlado sobre nuestros antepasados. Que nuestras raíces están ahí, nuestros pasados fueron desalojados. No conozco a los supuestos dueños. Nunca los vi".

Al contrainterrogatorio de la Fiscalía dijo: "… la asamblea fue en el 2016. Hay cosas que si se tienen que volver a analizar se hace. Nahuel y Silva siempre pertenecieron a la Comunidad Felipin. Su padre fue miembro de nuestra comunidad. Yo voy de Aguada del Sapo al Chachil, tenemos dos días, depende del tiempo. La trashumancia llega a Espinazo del Zorro. Pasamos por el paraje Araña Mun. En algún momento estuvo alambrado muy deteriorado. Nosotros pasamos por esos territorios, haciendo ocupación con pastoreo. La última fue en otoño de 2016. Ellos volvieron a ocupar esas tierras".

Luego, a preguntas de la parte Querellante expresó: "… motivos pueden ser varios. La decisión fue de acompañar y apoyar a Marciano. Antes no sé. No sé quién hizo el alambrado. Conozco a Izasi por la historia de mis ancestros".

Antes de retirarse el testigo, ya fuera del interrogatorio manifestó que en el 2009 hubo allanamientos en la casa de los Isazi y Pesqueira donde encontraron prendas de ancestros".

De inmediato, Juan BENITEZ, expresó: "Soy actualmente secretario, werken de la Comunidad Felipin. Conozco el lugar. Cuando vamos y venimos a la veranada en Chachil. Yo salgo desde Aguada del Sapo. Ahí no vivía nadie. Antiguamente los mapuches por lo que me han contado mis viejos. Hay un corral de piedra grande de unos 80mts.

Hay una pirca de piedras también. Hay un alambre muy antiguo. Están deteriorados. Son alambres viejos. En algunos lugares están tirados. Desde que se fue Izasi que era un anterior dueño de la Estancia, porque en realidad es un puesto. Izasi se fue hace unos 15 años atrás. Estuve en la última asamblea de la comunidad. Se habló lo de María y Marciano, de la posesión de ellos".

A preguntas del acusador público precisó: "Conozco a Fernández desde chico. Actualmente vive en Media Luna. Conozco que él trabajó para los que dicen ser dueño. Los franceses. El lugar es Araña Mun. En abril pasé y estaban ellos. Anteriormente pasé en enero de 2015".

Al contrainterrogatorio de la parte querellante dijo: "… los repararon ellos. Están del otro lado. El francés. Se hicieron canales del otro lado para diques, para el agua. Lo hicieron con máquinas. Creo que lo hizo una empresa que contrató el francés".

Por último testimonió Diana LENTON, quien manifestó: "Soy recibida y doctorada en la UBA, docente e investigadora en Conicet como Antropóloga. Especializada en Antropología política e histórica. Investigo principalmente acciones de campaña del desierto y ya en el siglo XX, desde 1960, la reorganización de la comunidades. Conozco la Zona Centro por haber trabajado con otras comunidades (Lonco Purrán y Uncu Nehuén). En general no sólo el pueblo mapuche es su relación con la tierra … más holística. No sólo con la propiedad o residencia.

El concepto es bidimensional (planos, mapas) mientras que el de los pueblos indígenas es tridimensional. Hay conceptos de propiedad diferente y organización diferente. Está el concepto de subsuelo (recursos y tierra de los muertos). Otra dimensión son los recursos naturales. No hay una separación entre naturaleza y cultura como en occidente. La relación con sus muertos es que no se tiende a separar. Nosotros si lo hacemos, están en otro lado –concepto higienista-. Conviven en el mismo lugar y es importante para ellos.

La primera barrera fue la campaña del desierto a partir de las campañas militares, especialmente en la Patagonia. Luego se privatiza y se divide la tierra. Alambrados, que delimitan y sirven de interrupción para el paso, porque ellos son semisedentarios. Es lo que se lama trashumancia. Ellos se desplazan cíclicamente. Las rutas también implican una ruptura de las culturales antiguas. Otra cuestión que afecta la tierra es el decreto del 1964 (737, creo) de Sapag. Reconocimiento de agrupaciones indígenas. Entre ellas 18, entre las cuales estaba Felipin. Se hicieron mensuras y se las protegió. Pero también fue un corset. Ley 23.302 luego las reconoce como comunidades dándole una organización similar en 1986. Pasa a organizarse desde la organización tradicional. Eran distintas familias que comparten un territorio. Hubo una reducción del Estado acerca de la interculturalidad. Una familia ahora quedó confinada en un determinado lugar. Es una cuestión de papeles. Nunca estuve en Felipin. Conozco a algunas personas de talleres y charlas.

Supe que en el 2009 hubo una denuncia por robo de piezas arqueológicas. Lo supe por colegas y por los diarios. Que la familia Romero presentó la denuncia y que la familia Pesqueira intentó vender en el extranjero piezas que estaban en las Estancias, en sus cascos. La ley impide que el patrimonio que es de todos los argentinos se vaya al exterior. En el 2001, hay una ley de restitución de restos humanos. Estas piezas salen de excavación de tumbas generalmente. Esto tiene que ver con una condición de dimensión humana. Se está considerando ahora sumar la entrega del ajuar funerario".

Al contrainterrogatorio de la Fiscalía dijo: "… Neuquén tiene una actitud positiva. Reconoce al pueblo Mapuche y tiene un problema con la industria petrolera y minera. Respecto a eso hay tensión. Habría que flexibilizar los caminos de trashumancia. Se mezclan, y eso hace al patrón cultural. Con una escritura se haría lo mismo, se los limitaría. Existe una noción de propiedad comunitaria. Es un cambio de paradigma".

Culminada la producción de prueba se escuchó al Amicus Curiae, representado por Relmu Ñancu, Carol Soae, por el Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas. En carácter de Secretaria General, quien manifestó: "Quiero explicar que el

Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas fue creado por Decreto Nacional y depende de Justicia de la Nación y Derechos Humanos. Se nombró a Félix Díaz como Presidente. Y el Vicepresidente para la región sur es Rubén Huanque. Podemos participar de la política estatal pública hacia los pueblos indígenas.

Podemos ver casos de judicialización a lo largo del país. Una de las causas más salientes es la usurpación. Este espacio es un organismo de la estructura estatal nacional que no ha sido un regalo. Fue a partir de un acampe en Buenos Aires por diez meses. Eso derivó en una movilización de los indígenas del país.

Se materializa luego en un Decreto Nacional. Para los pueblos perseguimos como gran objetivo llevar adelante la interculturalidad, a pesar del reconocimiento a nivel nacional, provincial y diversos tratados, porque lamentablemente estamos lejos de la aplicación real de los derechos. Nos terminan trayendo a una instancia judicial que entendemos que no es la forma correcta. Hoy hay un proceso hacia la libre determinación y autonomía pero hemos sufrido. En este Amicus queremos plantear dos cosas, una con la forma y otro con el fondo. En la forma, es cómo se llevó adelante el proceso judicial. En un país donde se han mejorado las condiciones para llevar a miembros de comunidades a juicio, se ha vulnerado la diversidad cultural que incluye al intérprete. Debe ser garantizado ese derecho. Además la inexistencia de este tipo de casos de protocolos. Consideramos que si los conflictos deben ser resueltos en juicio y que luego el juicio –por no garantizarse esos derechos- puede ser nulo, se corre un riesgo por mala utilización de los recursos del Estado.

Al no tener intérprete ni protocolo adecuado no se hizo la debida publicidad.

La relación nuestra con la tierra, en este juicio se afectaría a la comunidad.

Creemos necesario que dentro del protocolo se especifique la forma de publicitar el juicio y que se puedan generar condiciones de paridad con los Loncos. ¿Cómo no sirvió el juicio por jurados intercultural que ya se efectuó?

Hay una incoherencia. No cabe duda que los imputados son miembros de comunidad mapuche. Es necesario urgentemente generar condiciones para resolver los conflictos. Nos parece bochornoso que se los acuse por usurpación si ya se los reconoció como pre-existente. En el año 2013, en el Observatorio de los Derechos Indígenas, están involucrados 241 personas por usurpación.

El derecho a la propiedad comunitaria es otro debate. Hablamos de un derecho colectivo respecto a la tierra. Hay sistemáticas violaciones de las normas. Nos preocupa la violación de la Ley 23.554, que es de defensa. Hay una serie de irregularidades cuando se adquiere este pedazo de tierra en cuestión. Por eso se hizo una denuncia en la instancia federal. Llama la atención que la Fiscalía procure garantizar los derechos de la víctima (un extranjero) sin tener nada puntual contra los extranjeros. Deberíamos utilizar la estructura estatal para garantizar los derechos indígenas.

Solicitamos se dé la absolución de los hermanos imputados. Además se dictó la Ley 26.160, de relevamiento territorial indígena. En Neuquén hay 13 carpetas trabadas y una de las Comunidades es la Felipin".

Seguidamente, hicieron uso de su derecho a declarar los imputados. Dijo la Sra. María Mirta Nahuel: "Yo tengo prueba de ese lugar, es mi lugar, de ahí no me voy a retirar, es mi palabra". Luego el Sr. Marciano Silva expresó: "Mi abuelo y mis bisabuelos son criados de ese lugar, es mi herencia, no me voy a retirar, esa tierra la voy a seguir defendiendo a muerte".

III. Alegatos de clausura de las partes. Palabra de los imputados.

En primer término el Ministerio Público Fiscal remitió a la presentación del caso, a la plataforma fáctica reprochada, enfatizando que los imputados ingresaron de manera clandestina ocupando y despojando a su verdadero propietario del lugar.

Efectuó una primera aclaración y hizo hincapié, por la relevancia del tema, que no se estaba juzgando a la Comunidad Felipin, ni por ser miembro de dicha comunidad ni el derecho a la tierra de sus ancestros. Sólo por las conductas de ellos al ocupar el inmueble y determinar si las mismas constituyen o no delito.

Postuló que la materialidad del hechos se había acreditado. Pincemin y Baigorria dijeron que los conocieron por la situación. Fernández había avisado que dos personas habían ingresado. La coincidencia de los testigos fue en cuanto a que Marciano ingresó al lugar, volteó un alambre y la tranquera estaba con candado. En este sentido, dijo, se vieron fotografías de donde surgían huellas gráficas y contundentes.

Todos prácticamente hablaron de las cenizas del Volcán Calbuco y por ello decidieron ingresar al campo para protegerse. "Venía con la tropa". Y dijo que luego continuaría su viaje.

También remarcó que Pincemín estableció que había un galpón de 1908, primero de Trujillo, luego de Pesqueira y más tarde de Luis Boez. Recién a partir de abril de 2015 aparecen Silva y Nahuel. Las llaves las tenía Fernández, quien advirtió su presencia.

Todos han sido claro en cómo los encontraron y qué es lo primero que expresaron (Cordero, Palavecino, Fernández e incluso Baigorria). Además Luis Boez estaba reparando los puestos (conforme fotografías). Es decir, existía una ocupación del denunciante –sostuvo-. Se exhibió una escritura pública de donde también surgen los antiguos propietarios.

Aún con los propios testigos de la defensa (Cheuqueta, Mena y Romero) se dio cuenta que el lugar estaba alambrado y por las fotografías vistas, no existía deterioro del mismo.

En cuanto a Fernández, dijo que conocía a los imputados por los caminos, por la trashumancia. Y que era un campo tranquilo. Que no había conflictos. Y él que tenía la llave, avisó a su patrón y Silva dijo "avisá nomás". Había actos puramente posesorios y la intrusión no le permitió continuar.

La Fiscalía hizo centro también en el acta de la comunidad. En cuanto a que fue hecha por presión de Fiscalía y/o de la Defensa. Por el contrario el acta es la forma de reflejar sus decisiones y los pasos a seguir –afirmó-. La Asamblea soberana determinó que no lo iban a acompañar e incluso que Marciano debe irse a Aguada del Timón. Entonces existió una consulta a la Comunidad Mapuche y la misma Comunidad habilitó de alguna forma se siguiera con el proceso.

El Lonco Bascuñan dijo que ese territorio no estaba relevado y que la carpeta no estaba. Es que no estaba en conflicto. No había reclamo alguno. El acta fue clave.

Continuó su alegato, sosteniendo que a su juicio la autoría también estaba acreditada. Fernández lo vio que primero ingresó chivas y al otro día ve el vehículo y animales. No existió otra persona. Ellos estaban ya afincados. Silva reconoció que era propiedad privada y que seguirían viaje. Pero al pasar los días y no irse, ello derivó en la denuncia. Luego Nahuel le dijo que no se iban a retirar. Que era de sus ancestros.

Los albañiles también tuvieron que abandonar el lugar. A su turno, la testigo Hermosilla dio cuenta que ingresaron por otro lugar, quien sufrió lesiones en su mano. Cordero también manifestó que luego fue cambiado el candado.

En cuanto a que la Estancia Santa Marta o Araña Mun es tierra de la Comunidad Felipin no es cierto. No había reclamo, el galpón es de 1908. Más de cien años de propiedad privada. No se está negando el derecho a la tierra de las comunidades indígenas, como parte de los derechos humanos; no tratándose de derechos absolutos. Deben ejercerse conforme a la ley que reglamenten su ejercicio. El fin es el bienestar general. La armonía y la convivencia social.

No se pueden avalar las vías de hecho o la justicia por mano propia. Como tengo derecho, lo tomo y lo ocupo. Lo trascendente es que ingresaron por la fuerza y de manera clandestina. Debe haber un límite. No puede avalarse un actuar oportunista o abusivo. Deben evitarse conflictos sociales o situaciones de violencia. Debe ponerse un límite. No puede gobernar la violencia. Conforme jurisprudencia, la propiedad particular está también reconocida por la Convención. Según esta el límite lo encuentra en el derecho de los demás. Caso "Sayohua Yamaha vs. Uruguay". El Estado debe realizar las acciones para la recuperación de tierras. El Estado debe buscar la mejor solución. También refirió a un precedente de la Provincia de Río Negro, "Loft Querhue". La Ley 26.160 establece un procedimiento, tal vez sí con lentitud pero no apaña a quien despoja a otro de la posesión. No puede existir prerrogativas. Remitió también a un antecedente de la Cámara Penal de Dean Funes, expresando que debe demandarse por medios legales.

En consecuencia concluyó que en el caso surgió palmario que la primera vez que entraron, ingresaron de forma violenta y de manera clandestina. Entonces se acreditaban las condiciones del tipo legal. Sostuvo asimismo que hubo discordancia entre los testigos de la Defensa. Por el contrario, todos coincidieron que el campo estaba alambrado. La forma en la cual ocuparon el territorio e impidieron el derecho posesorio, claramente acreditó el delito.

Debe entonces limitarse para evitarse más violencia. Afirmó que la Multiculturidad existe en Argentina y mínimamente

esto debe respetarse. El Estado es el encargado de esta reparación histórica y las comunidades tienen herramientas para hacerlo. En un Estado de Derecho no puede permitirse que los ciudadanos se arroguen sus derechos por esta forma. Desde Fiscalía se ha tenido la premisa de evitar esta circunstancia.

Por lo expuesto, solicitó la declaración de responsabilidad de los imputados, con más accesorias legales y costas.

La parte Querellante particular adhirió en primer lugar a los argumentos de la Fiscalía. Remarcó que el bien jurídico no es la nuda propiedad. Abarca también la posesión y tenencia. Efectivamente ejercitadas por su mandante.

Pincemin, refirió que Santa Marta era un campo productivo. Que se transfirió en producción. Que se realizaron reformas y que en el momento estaban refaccionando el puesto hoy tomado. Que los albañiles se tuvieron que ir.

Cordero en este punto también dio cuenta de eso. Que las llaves de la tranquera las tenían él y Fernández. Baigorria fue coincidente. Pincemin dijo de modo categórico que no conocía a los imputados con anterioridad al hecho puntual.

Había un proyecto de inversión de mucho dinero. Benitez dijo que las mejoras las hizo el francés. Y los testigos aludieron a los Izasi y a los Trujillo. Fernández dijo que se encargaba de controlar los animales de Santa Marta, observada desde el puesto que estaba en frente. Que el puesto estaba siendo refaccionado.

Subrayó que se pretendió la idea de que el francés nunca tuvo posesión porque no estaba en la Estancia, "… es un razonamiento inconsistente que no merece ser atendido. El tipo penal protege al poseedor, no se exige la presencia. Se repele las vías de hecho. Quiere evitar la justicia por mano propia" –sostuvo-.

Además recordó que había un proyecto de producción de carne de calidad. Se acreditó la posesión pacífica. En cuanto a la comisión del delito quedó acreditado que voltearon el alambrado, a la derecha de la tranquera. Ingresaron con la Berlingo roja, con chivas y aprovechándose del clima. Tomaron el puesto y también el galpón, despojando a nuestro representante, quien tuvo que arrendar otros campos. Fernández avisó a Agustín Cordero y luego a Pincemin.

Sólo Fernández y Cordero tenían llaves. Los imputados luego cambiaron los candados. Que los alambrados estaban en malas condiciones –dijo- no fue un argumento válido. Conforme las fotografías. No estaban tapados con arena ni deteriorados. El alambrado estaba volteado y había huellas.

Finalmente, se comprobó el no aval de la Comunidad y luego, después de un año, cambiaron de opinión. Además Silva hacía la veranada en El Chachil y la trashumancia la hacen por la ruta provincial n° 20. Todos dijeron que sus padres y antepasados le trasmitieron que esas tierras eran de sus antecesores. Sin conocimiento directo.

En el momento la ocupación previa y pacífica estaba su mandante ocupando ese campo. No se puede tomar por la fuerza una propiedad. Pertenecer a una comunidad mapuche implica poder actuar con violencia? Nada los habilita a cometer delitos. No pueden invocar valores de comunidades indígenas para proceder así. La antropóloga Lenton no dijo que las comunidades indígenas solucionen de forma violenta sus conflictos. No puede actuarse por su cuenta.

Convalidarlo sería permitir la justicia por propia mano. Así, concluyó que no se logró desvirtuar de forma contundente la acusación.

Destacó al respecto tres situaciones: 1. Que la intervención del Amigo del Tribunal hizo referencia a que judicializar este tipo de conflicto sería un grave precedente con alcance internacional. Dicha gravedad no tendría la magnitud que si avalara a hacerlo por mano propia. Sería una jungla. Donde se haría hacer valer la violencia. Tenemos un Estado de Derecho y para todos las normas son iguales. No hay tal gravedad.

El segundo aspecto relevante –remarcó-, fue el erróneo concepto de apoyo comunitario de los testigos de la defensa. Rozaron el falso testimonio. Hubo testigos que dijeron que Silva y Nahuel habían estado con anterioridad a abril de 2015. Y otra evidencia fue que cuando la Comunidad decidió no dar apoyo, luego de un año, apoyaron un hecho ilícito. Fue con un acta rectificatoria.

Existían herramientas para hacerlo.

Por último, llamó la atención luego con la violencia con la que permanecieron.

No son propias de un Estado de Derecho. No voy a poner en tela de juicio si ese lugar perteneció a los antepasados de ellos porque la Defensa tampoco lo probó.

Ellos incluso dejaron a una persona discapacitada para luego poder ingresar de nuevo al lugar. En consecuencia, peticionó sean declarados penalmente responsables.

Por último la Defensa de los encartados afirmó que nadie puede usurpar lo que es propio. No sólo se han incorporado los testigos sino se ha escuchado a la Antropóloga Lenton. Estas tierras son propiedad comunitaria.

María y Marciano, volviendo de su veranada, decidieron establecerse, asentarse, como hace muchísimos años en las tierras en cuestión. Lo hacen en horas de la tarde en lo que son sus tierras.

Son tierras de la Comunidad Felipin y alrededor, habitan otras comunidades (Rams, Cayupan). En cuanto a la calificación postuló que no pudo demostrarse los elementos típicos prometidos. El elemento subjetivo (pleno conocimiento del ingreso a la propiedad privada). Bascuñan y Romero dijeron que fue una maniobra de hostigamiento de parte de la Fiscalía y de la Defensa anterior. Allí vivieron familiares de la Familia Silva y Cheuqueta. La Antropóloga Lenton habló de los alambrados. Se mencionaron los lugares y los nacimientos como Espinazo del Zorro. También se mencionó la denuncia federal que no fue incorporada por déficit de defensa anterior. Ellos saben que esas son sus tierras. El único y claro conocimiento es que les pertenecen.

La propiedad no se acreditó. La Escritura se ofreció sólo, respecto que Pincemin dijo era título perfecto pero se trató de una venta no perfeccionada.

Existe un trámite pendiente. Para que un extranjero adquiera debe tener una residencia de por lo menos de diez años. Concluyó que los acusadores no pudieron acreditar la propiedad, ni la posesión, ni la tenencia.

En cuanto a la violencia, se supuso que fue con el vehículo. No hubo pericia del auto. Ni cotejo de huellas. Se dio por sentado pero no se corroboró. Esto fue acreditado por nuestros testigos que dijeron que el alambrado en algunos lugares estaba tirado.

En cuanto a la clandestinidad argumentó que fue de día y que simplemente realizaron un acto con la habitualidad de las veranadas que anualmente efectuaban. "Hay un hostigamiento de la Fiscalía. Una persecución de mis asistidos" –subrayó-.

Las tierras privadas supuestamente compradas por un privado son de los antepasados de Silva y Nahuel. Esto es toda una violación, otra a las que deben enfrentarse ellos. Hay absoluta vulnerabilidad de ellos y de todo el Pueblo Mapuche. Se trata de reivindicar el derecho que tienen ellos sobre la tierra.

En consecuencia, solicitó la absolución de sus ahijados procesales y la imposición de costas a los acusadores.

Tras ello, nuevamente los imputados solicitaron la palabra. El Sr. Marciano Silva dijo que sus antepasados nacieron allí, que tenía actas y que era su derecho. Que el francés era el intruso. Que jamás escuchó un Santa Marta, Araña Mun si. La Sra. María Mirtha Silva expresó que nunca iban a entregar la tierra. "Tenga que ver quien tenga que ver. Y se hará cargo la justicia".

IV. Valoración de la prueba producida. Pronunciamiento.

Encontrándose la causa en estado de decidir en definitiva y cumplido el proceso de deliberación (Art. 193 del digesto de forma), se informó verbalmente el veredicto el día miércoles 2 de Noviembre ppdo., anunciándose el día y hora de la notificación de la sentencia integral para el día 9 de Noviembre de 2016, conformándose las partes con el envío de la sentencia por correo electrónico a sus casillas de correo oficiales, defiriéndose asimismo la debida fundamentación.

Observación preliminar.

Liminarmente, dado el celo profesional de todas la partes evidenciado en los alegatos de clausura y las particularidades que presenta este caso, imputados integrantes de una comunidad indígena, entiendo dable remarcar que el dictado de una condena no implica el desconocimiento de los derechos aborígenes, ni una absolución supone una habilitación para menoscabar derechos de otros, legitimando el uso de la violencia.

Sin duda el Estado Argentino se orienta a la multiculturalidad, concepto que a mi juicio importa tener presente el principio de relativismo cultural donde, en suma, debe respetarse la cultura del otro, los derechos del otro. En síntesis, una cultura no es un sistema cerrado.

Desde esta perspectiva, la Magistratura Penal tiene por función una vez celebrado el juicio, dictar una sentencia de responsabilidad penal o bien de absolución en virtud de la prueba producida y valorada. Ello conforme los

conocimientos que, en definitiva, emergen de la Teoría del Delito. En otras palabras, toda vez que se juzgan conductas humanas, corroborar la adecuación de determinado accionar objeto de reproche en una figura delictiva y la capacidad de comprensión de la norma de parte del o los imputado/s.

Sentado ello, corresponde entonces poner a consideración las siguientes cuestiones o temas objeto de resolución:

PRIMERO: MATERIALIDAD O EXISTENCIA DEL HECHO.

En el caso, la acusación concretada a Nahuel y Silva determinó que el día 23 de abril de 2015, en horas de la tarde, para ingresar con sus animales, aproximadamente 200 chivas, 3 caballos, 30 vacas y un vehículo Citroen tipo Berlingo dominio DJT-750 de su propiedad; con pleno conocimiento que se trataba de una propiedad privada del denunciante, voltearon el alambrado al lado de la tranquera de la Estancia Santa Marta, ubicada en el Paraje Espinazo del Zorro, departamento Catan Lil, provincia del Neuquén, identificada como parte del lote X y XI Sección 27 y parte lotes 20 y 21 de la sección 26, nomenclatura catastral N° 11-RR-019-7178 propiedad del Sr. Luis Georges Sylavain Boez.- De esta forma Silva y Nahuel ingresaron de manera clandestina a la propiedad, ocupando un galpón allí existente de piedras de 8 x 8 mts. aproximadamente, orientado hacia el cardinal Este sobre la margen norte de la Ruta provincial n° 20; existiendo en su interior colchones, una carpa, caja de víveres, sillas, etc.; despojando de esta forma parcial e ilegítimamente a su verdadero propietario del pleno ejercicio de posesión preexistente sobre dicho inmueble.

Dicha plataforma fáctica mereció, asimismo, la subsunción típica en las previsiones de los arts. 181 inc. 1° y 45 del Código Penal, usurpación en carácter de autor.

Sentado ello, en lo que respecta a la materialidad del hecho endilgado, el mismo ha quedado debidamente acreditada, con el grado de certeza exigido en debate. Precisamente, el día 23 de abril de 2015 se verificó un ingreso en el predio denominado Estancia Santa Marta, de forma violenta y clandestina.

Ello así, de acuerdo a distintos testimonios contestes en que se corroboró un ingreso de personas, con animales y un automotor. Que la circunstancia fue advertida en un primer momento por Fernández (puestero del campo de enfrente), tras ello por Agustín Cordero y luego por Pincemin (el administrador de la Estancia).

Asimismo, en respaldo de ello, fueron los dichos de Baigorria, efectivo policial que se acercara a horas de producido el ingreso y al que los ingresantes le expresara, a igual que a Fernández, que estaban de paso, camino de Los Molles a Chacayco, regresando de la veranada y que por las inclemencias de la naturaleza (suspensión de ceniza volcánica del Calbuco), habían transitoriamente entrado al campo, parado en el lugar con sus animales y que luego al aclarar seguirían viaje.

En este sentido se comprobó (cfr. testimonios y fotografías exhibidas) que el alambrado ubicado hacia la derecha de la tranquera de acceso se encontraba volteado y, al tiempo, había huellas en el lugar. Relativo a este punto, es importante señalar que dicha circunstancia se constató en un tramo de alambrado y postes inmediatamente consecutivo a la existencia de la tranquera que se encontraba con cadena y candado. De modo que la lógica, la experiencia y el sentido común descartan la posibilidad que previamente, al lado, de forma, insisto, consecutiva a la tranquera cerrada con cadena y candado, el alambrado estuviera deteriorado o previamente caído o volteado y que las personas que ingresaron no hayan ejercido sobre estos violencia.

En tal sentido Breglia Arias, en su obra "Código Penal, Comentado, Anotado y Concordado", T° II, expresa que "… la violencia en cuestión es aquella dirigida a vencer la eventual o efectiva resistencia opuesta por personas, como la fuerza aplicada a cosas que obstaculizan o estorban la ocupación o mantenimiento en exclusividad.

Concomitante con el espacio, rural, aduno la variable temporalidad. Que el ingreso se haya concretado en horas de la tarde, a espaldas o lejos de la vista del puestero de enfrente o, eventualmente, del encargado, administrador, de los albañiles que se encontraban allí trabajando, la existencia del alambrado volteado en la forma ya mencionada, las huellas constatadas, la presencia en el campo de dos personas, un automotor y el ingreso de aproximadamente 200 chivas –entre otros animales-, más los testimonios de mención dan cuenta que el ingreso se produjo con violencia y clandestinidad.

Precisamente, este último medio comisivo se identifica con actos subrepticios, con engaño, en ausencia del poseedor o tenedor, o con precauciones para evitar que quienes tenían derecho a oponerse tomaren conocimiento;

circunstancias que se verifican en el presente caso.

Reparo en este aspecto que cuando Fernández advierte la situación ya habían ingresado los animales, dato del cual se infiere que se obró con el tiempo suficiente, de forma subrepticia, para lograr la entrada de tamaña cantidad.

SEGUNDO: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO E INTERVENCION DE LOS IMPUTADOS EN EL HECHO ILICITO DE REPROCHE.

Al tiempo ha quedado debidamente probado con certeza, que quien detentaba la posesión del predio en cuestión era Georges Luis Boez, sin adentrarme en disquisiciones que hacen a la propiedad y sus alcances relacionados con el título registral pues, sabido es, que el bien jurídico tutelado o protegido por la norma ampara a la propiedad, a la tenencia, a la posesión e, incluso, si bien discutido doctrinaria y jurisprudencialmente, a la cuasiposesión.

Pincemin, Cordero y Fernández dieron cuenta que se trataba de un campo en producción, en el que se hicieron arreglos de alambrados, diques y se estaban efectuando reparaciones en el puesto, para dejarlo a nuevo. De igual modo, que desde que estaba Boez se había trazado un trabajo serio para producción de carne de calidad, considerando el impacto ambiental.

De otro lado, también ha quedado acreditado que dicha acción fue desarrollada por Nahuel y Silva. En lo fundamental, tanto Fernández, Cordero, Pincemin y Baigorria, vieron a los imputados en el campo de la Estancia Santa Marta, siendo estos concordantes en las descripciones brindadas relativas al automotor que allí se encontraba, a la cantidad estimada de animales y a las expresiones de Marciano y María. Aludo concretamente a que primero se habrían refugiado allí y se irían al aclarar y luego que se quedarían y reclamarían esa tierra que les pertenecía por haber sido de sus antepasados.

Hasta aquí el análisis, entiendo que la conducta de los Sres. Nahuel y Silva se trató de una acción típica y antijurídica. Una conducta exteriorizada que satisface determinadas exigencias para la imputación penal –no se trató de un mero comportamiento reflejo o bien motivado por una fuerza externa imposible de resistir, por ejemplo-. Luego típica, en orden a que existe una correspondencia exacta entre lo realizado y aquello descripto en la ley. Y antijurídica, por cuanto no se ha verificado, de la totalidad del cuerpo normativo, la existencia de un permiso o causal de justificación que concurra a favor de los nombrados.

TERCERO: CULPABILIDAD. COMPRENSION DE LA NORMA PENAL.

Ahora bien, desde la dogmática penal, teniendo en cuenta la estructura del delito doloso de comisión, al examinar la categoría de la culpabilidad; reparo que resulta de aplicación al presente caso las conceptualizaciones referidas al llamado error de comprensión por el desarrollo cultural divergente de los imputados. Tal extremo se verifica cuando quien concreta una acción contraria a derecho, condicionado culturalmente, no comprende que ella es mala, aun cuando conozca la prohibición.

En lo que aquí concierne, de la valoración de los diversos testimonios vertidos en juicio, de los dichos de la Antropóloga Lenton y de la información ilustrada por el Amicus Curiae (en particular, la relación o vínculo de la Comunidad Mapuche con la Tierra); entiendo que el ámbito de determinación de la voluntad de Nahuel y Silva estuvo particularmente influida por sus creencias y derecho consuetudinario con más peso que el derecho positivo vigente.

El análisis se centra en la comprensión cultural. Los reprochados Nahuel y Silva obraron sabiéndose integrantes de la Comunidad Mapuche Felipin, ingresaron al campo de la Estancia Santa Marta, lugar que había pertenecido a sus antecesores, a sus antepasados, quienes efectuaban por allí la trashumancia. De ahí que sea totalmente posible que tras una excusa provisoria, reflexionaran sobre la legitimidad de los derechos del otro e invocaran luego derechos ancestrales. Derechos también reclamados en sus declaraciones ante este Tribunal. A mi juicio, este proceso de pensamiento, de revisión, de reexamen, es el que precisamente se observa desde el marco normativo. Es decir, trazando un paralelismo, si la ley puede hacerlo es razonable que los imputados también.

En este contexto y de acuerdo a las claras argumentaciones del Ministerio Público Fiscal en su alegato de clausura, considero relevante afirmar que la antinomia "soberanía nacional – diversidad cultural", si bien se encuentra en permanente tensión, corresponde equilibrar justamente mediante el concepto de multiculturalidad, que no resultó novedoso con la reforma constitucional de 1994, sino que ha sido producto de una revisión de nuestro tiempo con anclaje histórico en el Preámbulo de nuestra Carta Magna al decir, los representantes del Pueblo, reunidos en

Asamblea General Constituyente, que dicha matriz normativa sería para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino. Por ende, lo multicultural fue fundacional. Nació con la Nación Argentina y luego, el propio devenir histórico y el reexamen de la cultura hegemónica fue trazando un reconocimiento a las organizaciones de los pueblos tribales e indígenas.

En el presente caso, la posesión ancestral que aducen los acusados tiene en definitiva protección constitucional. El reconocimiento de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, al decir de María Angélica Gelli, con los caracteres de no enajenable, intransmisible, inembargable y no tributable, muta los principios consagrados por el código civil para la propiedad privada, orientado al amparo de la tierra como factor aglutinante de la comunidad.

Al respecto, los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales y de sus integrantes, se extienden sobre la superficie terrestre y sobre los recursos naturales que están sobre dicha superficie y aún en el subsuelo. En otros términos, las tierras y también los recursos naturales que en ella se comprenden integran el concepto o la noción jurídica de territorio.

Puntualmente, el Convenio de la OIT n° 169, dispone en su artículo 13.2 que "la utilización del término tierras (…) deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera". Para la Corte Interamericana, el término "territorio" se refiere a la totalidad de la tierra y los recursos naturales que los pueblos indígenas y tribales han utilizado tradicionalmente [Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, Nro.172, nota al pie Nro.63].

En igual lineamiento, la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios no se circunscribe de ningún modo a las aldeas o asentamientos pues, va más allá. Incluye tierras utilizadas para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte y otros fines [cfr. CIDH, Informe n° 40/04. Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párrafo 129. CIDH. Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, Nro. 172, párrafo 114].

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso comunidad indígena "Eben Ezer vs. Pcia. de Salta" (Fallos 331:2119) sostuvo que la relevancia y delicadeza de los bienes culturales de las comunidades indígenas deben guiar a los jueces, no sólo en el esclarecimiento y decisión de los puntos de derecho sustancial, sino también a los vinculados con la protección judicial prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 25 (ADLA, XLIV – B, 1250) que exhiben raigambre constitucional.

En esta trama, obviamente se erige el art. 75, inc. 17 del C.N. aprobado por unanimidad en la Convención Constituyente de 1994 que dispone, entre las atribuciones del Congreso: "… reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas Argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural, reconocer las personerías jurídicas de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras y que tradicionalmente ocupan, y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenada, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones …".

A su vez, el art. 53 de la Constitución de la Provincia del Neuquén afirma: "La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas neuquinos como parte inescindible de la identidad de idiosincrasia provincia (…) reconocerá la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan…".

Asimismo, el art. 82, del mismo texto legal establece: "… d. Serán mantenidas y aún ampliadas las reservas y concesiones indígenas. Se prestará ayuda técnica y económica a estas agrupaciones propendiendo a su capacitación y la utilización racional de las tierras concedidas, mejorando las condiciones de vida de sus habitantes y tendiendo a la eliminación progresiva de esta segregación de hecho…".

De otro lado, el Decreto Provincial n° 1184, con mención de la Ley Nacional n° 23.302 y de la Provincial n° 77, instrumenta el procedimiento a seguir para el otorgamiento de personería jurídica a Comunidades Indígenas, aludiendo expresamente con relación a la reglamentación del art. 2° de la ley nacional, al "… trabajo de campo a

realizarse con todas y cada una de las comunidades mapuches…" y a su identidad étnica, lengua actual o pretérita autóctona, cultura y organización social propias, la conservación de sus tradiciones esenciales y convivencia en un hábitat común.

Ahora bien, la cláusula constitucional nacional es clara, en lo que atañe al reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, aspecto que implica la afirmación de una serie de prerrogativas tales como el respeto a la identidad, a su educación y cultura, a la personería jurídica de sus comunidades, a la propiedad y posesión comunitaria de sus tierras, a la participación en la gestión de los recursos naturales y en relación a los demás derechos que los afecten. Esto es, derechos humanos, acuñados en la Constitución Nacional y Tratados Internacionales, respecto a los cuales deben implementarse medidas positivas directas a fin de salvaguardar su pleno goce y ejercicio (cfr. art. 75, inc. 23, C.N.), de neto tinte operativo.

Se trata, en definitiva, de un reconocimiento a un hecho histórico, toda vez que los pueblos indígenas existían antes de la formación del Estado Nacional.

Otro texto legal que se direcciona a la revalorización del patrimonio cultural de las Comunidades Indígenas, es la Ley 26.160, sobre emergencia en materia de posesión y propiedad de tierras que tradicionalmente ocupan dichas comunidades originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el registro nacional de comunidades indígenas u organismo provincial competente, a efectos de mejorar las condiciones de vida de las comunidades indígenas.

Analizando entonces el caso desde dicho marco normativo y valorando la prueba producida en debate, tengo por acreditado con los distintos testimonios vertidos y las actas de asamblea de la Comunidad que Nahuel y Silva pertenecían y pertenecen a la Comunidad Mapuche Felipin, que se generó en el seno de la misma una profunda discusión frente a los hechos y que en un primer momento por soberana decisión se resolvió no acompañar la postura de los nombrados. Sin embargo, más tarde, tal como lo apuntaran varios testigos, se cambió esa decisión, también tomada nuevamente en el ámbito de una asamblea, resolviéndose avalar la conducta de los hoy reprochados, expresando que ese lugar correspondía a sus antepasados.

Por otro lado y más allá de la existencia del alambrado, postes y tranquera de las hectáreas de la Estancia Santa Marta, la acreditación de quién efectuó el corral de pircas (construido con piedras y adobe) evidentemente fue objeto de dichos en el juicio. Los dichos de algunos de los testigos de los acusadores contra los dichos de los testigos de la defensa. Así, si bien el Ministerio Público Fiscal y la parte querellante lograron introducir información en el sentido que antes de Boez, estuvieron los Pesqueira e Isazi y antes que estos, la familia Trujillo; no se acreditaron con la certeza necesaria los plazos temporales o fechas y por ende, tampoco puede corroborarse con igual alcance que la construcción que dataría del año 1908 haya sido efectuada por propietarios privados distintos de integrantes de una comunidad aborigen.

Tal circunstancia a mi criterio se presenta como clave, un núcleo que genera una duda razonable que no he podido superar con la información ventilada en juicio. Sumo a ello que, según previsiones de la Ley 26.160, tampoco pudo determinarse con certeza si dicho territorio se encuentra relevado y, a decir verdad, se halla en cabeza del Estado, la obligación de regularizar eventualmente ese derecho, constitucionalmente reconocido, "de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan" a través, en su caso, de la confección del correspondiente título comunitario.

El testigo Agustín Cordero puntualizó que la Comunidad Felipin está en Chacayco, lugar del cual la Estancia se encuentra estimativamente entre 15 a 20 km, aclarando "que empieza la zona" y que "… la Estancia Santa Marta queda en Espinazo del Zorro y Valle del Lapa…". A su vez, Carlos Bascuñan fue muy claro al expresar que los límites no los ponen los alambrados y que ellos se asientan por lugares, extremo que fue en consonancia con los dichos de la Antropóloga Lenton al afirmar que este tipo de comunidades tiene un vínculo especial, muy estrecho con la tierra y que son semisedentarios.

Héctor Fernández, por su parte, puestero del campo vecino y primero en observar la presencia de animales y dos personas, declaró conocer a los Sres. Nahuel y Silva por la huella, por el tráfico que pasa por El Espinazo del Zorro, precisando –a preguntas de la defensa técnica- que se refería al tráfico de animales. En dicho contexto de

información, me refiero a la variable espacio, los testigos Juan Romero y Pablo Benítez aludieron en sus testimonios a los lugares de influencia de la zona conocida como Chacayco Sur, a saber: Lapa, Chapal Mahuida, Araña Mun, Pehuen Mapu, Chachil, Catan Lil –entre otros- y que, precisamente el lugar donde se encontraban los encartados era Araña Mun.

En consonancia, los testigos Diego Mena y Rubén Cheuqueta aludieron a la zona de Espinazo del Zorro y Araña Mun, como lugares en donde los antepasados realizaban la trashumancia, la "huella" mencionada por Fernández, como el lugar de tráfico de animales. Dato no menor, si se comprende que antes de la delimitación o demarcación a través del alambrado los lugares de paso se verificaban por los cursos o accidentes naturales que lo permitían.

Vale destacar que este tópico fue receptado por la reciente Ley Provincial n° 3016, sancionada el 22 de agosto de 2016 y promulgada el 16 de setiembre de 2016, que reconoce a la trashumancia como una práctica histórica y cultural, consistente en un movimiento recurrente, pendular y funcional, cuya periodicidad está regulada por las estaciones, en la cual se traslada el ganado menor, generalmente caprino, a través de las huellas de arreo.

Dicho texto legal establece que las huellas de arreo se agrupan en aquellas coincidentes con rutas nacionales, provinciales, caminos y sendas de libre tránsito, las que atraviesan campos fiscales, las que atraviesan campos privados y las que atraviesan campos de propiedad comunitaria.

A su vez, que las huellas de arreo que afecten tierras del dominio público o privado, nacional, provincial, municipal y/o del dominio privado de particulares y comunidades, se constituirán como servidumbres de tránsito administrativas.

En este punto quedó acreditado en debate que la trashumancia en el lugar conocido como Araña Mun hoy se efectúa por la ruta nacional n° 20, elemento que me lleva a colegir que probablemente esa zona haya sido históricamente lugar de tránsito y/u ocupación de comunidades indígenas.

En función de todo ello, remarco que los imputados Nahuel y Silva, desde su perspectiva de cosmovisión (principios sagrados de armonía, equilibrio e interrelación con la Tierra) y en función a su legado (de trasmisión en generaciones y por lo tanto consuetudinario), sabiendo que por esos lugares transitaron y ocuparon sus antepasados, obraron con error culturalmente condicionado, que obstaculizó la meridiana comprensión de la norma penal, extremo que se concluye en el análisis de la culpabilidad, razón por la cual se impone su absolución en orden al hecho de reproche, calificado como delito de usurpación en calidad de autores (cfr. art. 181, inc. 1° y 45 del C.P.).

CUARTO: IMPOSICION DE COSTAS.

De todo lo informado en debate y, asimismo, de la valoración de la prueba producida y valorada, advierto que se ha arribado a la instancia de juicio conforme al avance del proceso penal, respetuoso de los derechos y garantías de los imputados. El que ha merecido el debido control con intervención de otros jueces de garantías, observándose por lo tanto el debido proceso adjetivo.

De tal modo, no lleva razón la defensa técnica de los endilgados cuando tras afirmar que existió en el caso un hostigamiento de parte del Ministerio Fiscal para con Silva y Nahuel, corresponde imponer las costas a dicho organismo.

En breves términos, considero en función de lo ventilado en las tres jornadas de juicio que los acusadores, tanto la Fiscalía como el Querellante particular, tuvieron elementos suficientes y probables para sostener la acusación en la audiencia de control de la acusación (art. 168 del ritual).

Tal como lo sostuve en el precedente Nacif (Legajo 13.277/2014) de esta Circunscripción Judicial, al resolver sobre la imposición de costas: "… el análisis se enfoca en si se corroboró alguna actividad procesal irregular o defectuosa de parte del Ministerio Público Fiscal que imponga que la regulación de honorarios sea por ella soportado. Y la respuesta es no.

Evidentemente, frente a cierta información derivada de la denuncia, la Fiscalía tomo la decisión, tras el plazo de averiguación preliminar de formalizar la acusación (cfr. arts. 131 y 133, del ritual), dándose inicio a la etapa de Investigación Penal Preparatoria, luego solicitó prórroga de la misma y se activaron los mecanismos procesales correspondientes. Me refiero a las vías de impugnación previstas por la ley adjetiva por las cuales las partes pueden procurar la revisión de la resolución contraria a sus intereses (…) En otras palabras, la actividad fiscal se tradujo en una evaluación de la información acopiada en el legajo que motivaron sus pedidos (cfr. art. 69 del ritual) y así se fue

avanzando, con el debido control de las decisiones judiciales (arts. 227, 233 y cc. del CPPN); de manera que el desarrollo del proceso fue regular con pleno respeto a los derechos del encartado…".

En suma, habré de declarar la absolución de los imputados sin costas.

Consecuentemente, de las consideraciones de hecho y derecho reseñadas, considero justo en el caso absolver a los imputados, sin imponer costas a los acusadores.

POR TODO LO EXPUESTO y de conformidad con lo preceptuado en los Arts. 18 de la Constitución Nacional, 64 de la Constitución de la Provincia de Neuquén, 193, 194, 195, 196, 268 y ccs. del C.P.P. y Arts. 181, inciso 1° y 45 del Código Penal, este Tribunal,

RESUELVE:

I. ABSOLVER a los Sres. María Mirtha NAHUEL, DNI … y Marciano SILVA, DNI …, de demás condiciones personales obrantes en el legajo, respecto a la acusación formulada en orden a la comisión del delito de usurpación en calidad de autores (cfr. art. 181, inciso 1° y 45 del C.P., 178 y ccs. del C.P.P.N.).-

II. REGISTRESE. Quede notificada por su pública proclamación (artículo 195 CPP). Comuníquese en el día de la fecha a través de la Oficina Judicial de la

III Circunscripción Judicial por medio electrónico a las casillas oficiales de las partes y oportunamente archívese.-

Dr. Gustavo Jorge Ravizzoli - Juez Penal

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

"B. C. S/ ABUSO SEXUAL" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: OFIJU 25/2014) – Sentencia: 72/16 - Fecha: 08/08/2016

DERECHO PROCESAL - HECHO NUEVO - DERECHO PENAL - ABUSO SEXUAL - DECLARACION DE LA VICTIMA.

1.- No es lo mismo subsanar errores formales, que introducir un nuevo hecho en la audiencia de control de la acusación (art. 168 CPP). El proceso por más simple que se haga tiene una finalidad, que es garantizar un juicio justo a través del ejercicio regular de la defensa en juicio y del debido proceso. Así, la formulación de cargos tiene una finalidad: poner en conocimiento del imputado que se lo está investigando en relación a un hecho concreto, claro, preciso y detallado en cuanto a las circunstancias.

2.- El requerimiento de apertura a juicio establecido por el art. 164 del CPP, tiene por objeto que el fiscal tome una decisión en relación a la formulación de cargos ya efectuada, para así anoticiar a la defensa cuál va a ser en definitiva: el "hecho que se le atribuye" con una relación clara, precisa y circunstanciada, "la calificación legal" y "la pretensión punitiva provisoria". Además debe mencionar cuál es la prueba que llevará al juicio. Ello, con el fin de garantizar la defensa en juicio del imputado.

3.- No es lo mismo decir que le tocaba la cola, a decir que la accedió carnalmente, como pretende la fiscalía. Este hecho no es una agravante, es un hecho totalmente distinto. El debido proceso legal y la garantía de la defensa en juicio, no se cumplieron por más que se haya otorgado a la defensa 20 días para ofrecer prueba en relación a este segundo hecho (En el caso, se llegó a la audiencia de control, sin que se le hayan

formulado cargos, ni se haya efectuado el requerimiento de apertura a juicio sobre este hecho). Pareciera que se le exige a la defensa probar un hecho negativo. Probar que en vez de dos hechos, tuvo lugar uno sólo de ellos. Es más, en base a la misma prueba, también podría decir la parte acusadora que en vez de uno, fueron 20 hechos y ¿también se aceptaría la reformulación en la audiencia de control de la acusación, aunque no hubiera una nueva formulación de cargos, ni un nuevo requerimiento de acusación?. Todo indica que ello, amén de vulnerar todo el debido proceso como garantía del imputado, quita al defensor y al imputado toda posibilidad de defenderse. Pareciera que da lo mismo que al imputado se le pueda imponer hasta un máximo de quince años de prisión, que hasta un máximo de treinta años de prisión. Así lo expresó el mismo fiscal, cuando fundamentó que la pena era adecuada a los hechos porque eran dos. No es lo mismo imputar uno, que dos hechos, el máximo de la pena se eleva al doble. Por tal razón, le asiste razón a la defensa y corresponde declarar la nulidad de la incorporación de un nuevo hecho en la audiencia del art. 168 del CPP, debiendo estarse al único hecho por el que había sido oportunamente elevada la causa a juicio.

4.- La circunstancia de que la menor, no haya mencionado todos los hechos en los que fue abusada, no invalida el testimonio si existen otros elementos que pueden corroborar la credibilidad del mismo. Es sumamente común que los menores de edad, en los delitos que afectan la integridad sexual –ya sea por sentirse culpables, por cuestiones de pudor, o de vergüenza-, no digan absolutamente todo lo que les sucedió. Que limiten su relato a lo que consideren más importante y menos vergonzoso de contar, evitando entrar en detalles o cantidad de veces concretas que sucedió, y en muchas ocasiones disminuyendo dicha cantidad, pero ello de ninguna manera anula todo el resto del relato, lo gestual, lo corporal, lo emotivo, y toda la prueba periférica, como los informes psicológicos, médicos, los testigos de oídas, etc.

Ver texto completo:

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

"G. R. S/ ABUSO SEXUAL" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 13805/2014) – Sentencia: 70/16 - Fecha: 05/08/2016

DERECHO PROCESAL - JUECES NATURALES - DERECHO PENAL - ABUSO SEXUAL AGRAVANTES.

1.- Lo que pretende el principio del juez natural es lograr la imparcialidad del juzgador y lo protege estableciendo órganos judiciales preestablecidos en forma permanente,

prohibiendo la creación de organismos ad-hoc o creados con posterioridad al hecho para juzgar determinados delitos.

2.- La reforma procesal penal de Neuquén (nuevo Código Procesal Penal), con la creación de los Colegios de Jueces, no ha violado el principio del juez natural, estando debidamente determinada la competencia de los jueces a través de los arts. 24 y 25 del CPP y arts. 24 a 26 del LOJP. Por otra parte, tampoco ha planteado el impugnante la inconstitucionalidad de tales normas, por lo que no corresponde adentrarse más allá de lo señalado, máxime que tampoco ha cuestionado la falta de imparcialidad de los juzgadores.

3.- En relación al planteo del defensor de que no se puede agravar doblemente la conducta del imputado porque la minoridad de edad, ya se encuentra en el tipo básico del primer párrafo del art. 119 del CP, no pudiendo agregarle el agravante del cuatro párrafo del art. 119 inc. f), es importante señalar que lo que agrava la conducta del imputado es el aprovechamiento de la convivencia preexistente con la menor de edad, para cometer el ilícito. No es una doble agravante como pretende el defensor, el tipo básico del art. 119 en su primer párrafo habla del consentimiento –el que no puede ser prestado válidamente por una menor de trece años-, mientras que el párrafo cuarto agrava la conducta por el aprovechamiento de la convivencia preexistente con cualquier menor de edad, para perpetrar un ilícito. El primero y cuarto párrafo no tienen nada en común, la edad de la víctima en el primer párrafo del art. 119 se refiere a la invalidez del consentimiento, mientras que en cuarto párrafo se refiere al aprovechamiento de la convivencia con cualquier menor de edad para llevar a cabo los actos contra la integridad sexual. Es decir, que sólo resulta aplicable tal agravante cuando el autor se aproveche u utilice las ventajas que tal situación de convivencia le proporciona para poder consumar el abuso sexual.

Ver texto completo:

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

"COSTICH MARTÍN SEBASTIÁN S/ LESIONES GRAVES EN CONCURSO CON PORTACIÓN DE ARMA DE GUERRA" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 12862/2014) – Sentencia: 74/16 - Fecha: 16/08/2016

DERECHO PROCESAL - EXTINCION DE LA ACCION PENAL.

1.- El plazo fijado por el art. 56 de la ley orgánica resulta perentorio, y debe ser

interpretado restrictivamente en favor del ejercicio de los derechos del imputado. Provocando, la extinción de la acción penal prescripta por el art. 87del CPP (En el caso se había anulado un juicio llevado a cabo en el mes de agosto de 2015 y se discutía si tales actos habían tenido virtualidad para interrumpir la extinción prevista por el art. 56 LOJP).

2.- No se discute aquí el alcance de la palabra "finalización" (establecida en el legajo "Lara, Jonathan s/ Robo Calificado" Acuerdo 2/2016 del Tribunal Superior de Justicia) puesto que habiéndose anulado el juicio celebrado en agosto de 2015, no existe acto jurisdiccional válido a tener en consideración para la finalización del trámite (previo al cumplimiento del plazo).

3.- El código prevé una sola excepción al cumplimiento del plazo, que está dada por la suspensión de los plazos prevista por el art. 52 para aquellos imputados que fuesen declarados rebeldes circunstancia que no se ha acreditado en el caso bajo examen. Es por ello que resulta arbitraria la decisión del Tribunal de Juicio de instaurar como excepción no reglada por la ley a la actividad de la fiscalía en tanto "propulsora de la acción penal" (como causal de suspensión o interrupción del curso del plazo de dos años previsto por el art. 56 de la ley 2981). Asimismo resulta aplicable al caso la regla prescripta por el art. 23 del Código de Procedimiento Penal que reza: "todas las normas que coarten la libertad personal del imputado o limiten el ejercicio de sus derechos se interpretarán restrictivamente. La analogía sólo está permitida en cuanto favorezca la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos y facultades". (En el caso se había anulado un juicio llevado a cabo en el mes de agosto de 2015 y se discutía si tales actos habían tenido virtualidad para interrumpir la extinción prevista por el art. 56 LOJP).

4.- Las normas del código no permiten de modo alguno soslayar la perentoriedad de los plazos estatuidos, con mayor razón cuando se trata del derecho del imputado a que en un plazo razonable se resuelva su situación frente a la ley y a la sociedad. Derecho que ha sido expresamente reglado por el legislador provincial en la ley 2784 al declarar la extinción de la acción penal por vencimiento del plazo total de dos años previsto para el proceso en los supuestos de causas elevadas a juicio con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 2784 (art. 56 segundo párrafo, ley 2981), y sobreseer al imputado por el cargo que fuese legalmente impuesto. (En el caso se había anulado un juicio llevado a cabo en el mes de agosto de 2015 y se discutía si tales actos habían tenido virtualidad para interrumpir la extinción prevista por el art. 56 LOJP).

Ver texto completo:

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

"R. L. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFJU 15541/2015)) - Sentencia: 83/16 - Fecha: 31/08/2016

DERECHO PROCESAL - DERECHO AL RECURSO - DEBIDO PROCESO - DEFENSA EN JUICIO - JUICIO POR JURADOS – PRUEBA.

1.- Cuando se habla de recursos, la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos no priorizan el tipo de tribunal -técnico o popular- que emite la condena, sino desde la garantía del imputado a una revisión "amplia e integral" de los hechos, del derecho y de la prueba producida en la sentencia que lo condena. (Voto de Rodríguez Gómez).

2.- No fue el jurado, el que falló contrario a prueba, sino que fue el Juez técnico y las partes, que, al resolver el derecho (art. 205 del C.P.P.) no explicaron, ni ofrecieron a los Jueces legos, la carta de opciones posibles, como el delito menor incluido (abuso simple, agravado por la paternidad).

3.- De la trascripción de la explicación del concepto de duda razonable y de las instrucciones particulares, ley aplicable al caso, se deduce que el Jurado, no tuvo la opción, o posibilidad de conocer el delito menor incluido, que emerge ante la ausencia de prueba suficiente, para un veredicto de culpabilidad, sobre el agravante propuesto. De la observación del video de la audiencia en la que se resolvió el derecho, aparece esta circunstancia planteada y discutida, pero luego, no fue parte del menú de opciones brindadas. Por estas consideraciones, corresponde revocar la teoría legal aplicable a los hechos de los que fuera declarado penalmente responsable L. R. y tipificarlos en las previsiones del art. 119 primer párrafo y último párrafo del inc. f del C.P. Abuso sexual simple agravado por el vínculo y en consecuencia, requerir a la OFIJU remita las actuaciones para realizar una nueva audiencia de determinación de pena, conforme a esta teoría legal. (Voto del Dr. Rodríguez Gómez).

4.- Las decisiones del Jurado son impugnables cuando hubieran sido cuestionadas las instrucciones y "se entendiera que estas pudieron condicionar su decisión". Surge del testimonio del Dr. Estomba, que existió una duda sobre el acceso carnal, ya que desde el examen físico no se pudo constatar tal cuestión. En este contexto, era necesario darle al Jurado las herramientas jurídicas para que no confunda la teoría legal, y habiendo omitido tal cuestión, condicionaron su decisión. (voto de Cabral).

5.- El Código Procesal Penal faculta a los 'jueces profesionales' a dar al hecho una calificación jurídica distinta de la acusación, siempre que sea en beneficio del imputado (art. 196, CPP). Tal cuestión, no puede cercenarse al Jurado evitando explicarle en las instrucciones los delitos menores incluidos. Corresponde al Juez en definitiva –sin perjuicio del planteo que puedan efectuar las partes- el incluir tales supuestos jurídicos, pues de lo contrario, se colocaría a los imputados que son sometidos a un juicio por jurado, a una situación más gravosa que los que son sometidos a un juicio realizado por jueces técnicos. (voto de Cabral).

6.- Privar al Jurado de hipótesis alternativas de los delitos menores incluidos, sean o no planteados por las partes, implicaría engañarlos sobre la teoría jurídica aplicable al caso, no dándole ninguna otra alternativa posible. En el presente caso, no se le explicó al jurado la existencia de tres alternativas en función de la intensidad que pudiera tener el delito (abuso sexual simple, abuso sexual gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal. (voto de Cabral).

7.- La inexistencia de prueba que acreditara fehacientemente el acceso carnal, justificaba de manera acabada instrucciones alternativas sobre el delito menor incluido, ya sea en la figura de abuso sexual simple o de abuso sexual gravemente ultrajante. (voto de Cabral).

8.- El haber omitido explicaciones del derecho vinculadas a tal cuestión, fundamentales para una solución adecuada del caso, viola el debido proceso legal y la defensa en juicio. Corresponde al Juez del derecho –es decir al juez técnico-, dar las instrucciones que se adecúen a una correcta interpretación jurídica de los hechos, independientemente de las que propongan las partes, si las propuestas pueden llevar a la confusión del jurado sobre la acreditación de hechos que pueden variar el encuadre jurídico y por ende, la responsabilidad que le cabe al imputado. (Voto de Cabral).

9.- Por tal razón, y resultando evidente que en el presente caso, no le fueron explicados al jurado las alternativas posibles ante el hecho que entendieran que no estaba acreditado el acceso carnal, corresponde revocar lo resuelto en cuanto a la calificación legal, calificando el hecho en base a las instrucciones que se omitieron dar en forma deliberada. (voto de Cabral).

Ver texto completo:

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

"ALMIRON CARLOS EDGARDO - BLANCO JUAN ABEL - MILLA JOSE MARTIN - ESEISA SILVIO CESAR S/ ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES ESTAFA" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 13389/2014) – Sentencia: 76/16 - Fecha: 19/08/2016

DERECHO PROCESAL - IMPOSICION DE COSTAS.

1.- Dice el art. 268 del CPP que "toda decisión que ponga término al procedimiento o a un incidente se pronunciará sobre el pago de las costas procesales", por lo que el cumplimiento de tal labor no puede en modo alguno afectar el principio acusatorio del proceso penal, no siendo necesario que la parte lo solicite. (En el caso, la Juez de Garantías del interior había condenado en costas a la Fiscalía por haber perdido el caso).

2.- Lo resuelto por la Juez de Garantías del Interior resulta conteste con la doctrina jurisprudencial sentada por el máximo tribunal local (Tribunal Superior de Justicia del Neuquén, Sala Penal, R.I. n° 52/15 en caso "CASTILLO..."), y más recientemente, en cuanto estableció que "en aquellos casos en donde alguno de los Ministerios Públicos (Fiscalía o Defensa Pública) resultan perdidosos, la regla contenida en el segundo párrafo de la citada previsión legal se invierte, generándole así al magistrado la carga de expresar, de manera razonada y razonable, los motivos por los cuales estima procedente su condenación en costas" (Tribunal Superior de Justicia del Neuquén, Sala Penal, Ac. 09/16 de fecha 05/08/16 en caso "PELAYES, VERÓNICA ANDREA; CAROL, SOAE; RAIN, MAURICIO; VELAZQUEZ MARIQUEO, MARTÍN S/ LESIONES AGRAVADAS (art. 92)" (MPFZA LEG 10450/2014). Por lo tanto, de la valoración de los fundamentos vertidos en sentencia absolutoria dictada por la Sra. Juez de Garantías del Colegio de Jueces del Interior del Neuquén, se concluye en que la invocada arbitrariedad siquiera fue objeto de crítica fundada, por lo que la solución que en consecuencia corresponde adoptar, es la confirmación en todos sus términos de la sentencia absolutoria dictada (En el caso, la Juez de Garantías del interior había condenado en costas a la Fiscalía por haber perdido el caso).

Ver texto completo:

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

"**LOPEZ MIGUEL ANGEL – JARA JUAN RAMON S/ HOMICIDIO"** – Tribunal de Impugnación – (Expte.: MPFCU 14402/2014) – Sentencia 75/16 – Fecha: 17/08/2016

DERECHO PENAL - AGRAVANTE DE LA PENA.

Sobre la improcedencia de la aplicación del agravante genérico por haberse utilizado un arma de fuego planteada por la defensa; no se trata en este caso ni en este tipo penal, de la doble valoración, ya que en la parte especial, no fue agravado el homicidio por la utilización de un arma de fuego, en consecuencia no corresponde la excepción prevista en la segunda parte del art. 41bis "Esta agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo del tipo de que se trate" (Código Penal art. 41bis ultima parte). (En definitiva, el Tribunal consideró que era procedente la agravante del art. 41 bis CP, porque el arma de fuego no se encontraba contemplada dentro del tipo penal del homicidio simple).

Ver texto completo:

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

"C. C. S/ ABUSO SEXUAL" – Tribunal de Impugnación – (Expte.: MPFJU 12870/2014) – Sentencia: 77/16 – Fecha: 22/08/16

DERECHO PENAL - ABUSO SEXUAL - DERECHO PROCESAL - NULIDAD - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - SENTENCIA - ARBITRARIEDAD - IN DUBIO PRO REO.

1.- En relación con el planteo de nulidad de todo lo actuado desde la audiencia de control de acusación en adelante, por violación al derecho de defensa en juicio del imputado, si bien las partes coincidieron en que el escrito fue presentado en plazo vencido, no es menos cierto que la ley procesal establece que los jueces deben efectuar un control de constitucionalidad, aún de oficio. Resulta evidente que en el presente caso el agravio introducido tardíamente por la defensa pretende que se analice una supuesta afectación a una garantía constitucional, en razón de lo cual corresponde el tratamiento de dicho agravio. No resulta razonable la sujeción a criterios formalistas cuando el agravio alegado podría afectar el derecho de defensa en juicio del imputado, pilar de todo el sistema procesal vigente, y que además podría haber sido analizado aún de oficio.

2.- La función del Tribunal de Impugnación en el ejercicio del control de la sentencia condenatoria de grado es la de verificar que no existan defectos formales o sustanciales (Art. 236 CPP) en la declaración de responsabilidad, es decir que el fundamento en el que se sustenta la sentencia se adecue a las pruebas producidas en el debate. Dicho de otro modo, no puede admitirse una arbitraria o absurda

valoración de la prueba producida por las partes durante el juicio, limitando además su control al marco de los agravios presentados. En definitiva se debe verificar si los fundamentos en los que se sostiene la sentencia cuestionada se apoyan de manera razonada en las pruebas producidas, efectuando para ello un análisis de razonabilidad y coherencia entre lo sostenido por las partes, la información que se desprende de la prueba producida y lo afirmado en la sentencia. No se trata de reeditar el juicio en una segunda instancia, sino de verificar que el juicio llevado a cabo en la primera instancia responde a estándares de justicia y legalidad. De allí que exista un límite en la valoración que el Tribunal de Impugnación pueda hacer de la sentencia dictada. El limite estará dado no por la empatía que se pueda o no tener con las conclusiones a las que arribaron los jueces de grado, sino por la concordancia que exista o no entre esas conclusiones y lo que objetivamente se desprende de la prueba producida.

3.- El Tribunal de Impugnación debe verificar que la valoración efectuada por los jueces de la prueba presentada durante el juicio no haya sido "arbitraria", y por ende la conclusión jurídica a la que arribaron sea justa. Lo relevante no es compartir el análisis de valor que pueda hacerse, sino verificar que en el marco de ese análisis no se haya excedido el límite de la razonabilidad, tergiversando el contenido de la prueba al punto de modificarla o directamente suplirla con información irreal, construida a partir de una falsa valoración. En definitiva, no compartir la valoración efectuada por el juez no torna necesariamente arbitraria o absurda su sentencia, salvo que en el proceso de valoración de la prueba se haya producido una alteración de ésta, tergiversando el contenido mismo de las pruebas, al punto de hacerles decir lo que éstas no dicen.

4.- El sistema procesal acusatorio se sostiene en el principio lógico jurídico de dos sujetos litigando en un plano de igualdad procesal ante un tercero imparcial, imparcial e independiente: el juez. Ambos sujetos procesales (los acusadores por un lado y el imputado o acusado por el otro) deben necesariamente estar igualados frente al Juez en su capacidad técnica de litigación, toda vez que el proceso en sí mismo requiere una imprescindible destreza profesional propia de una actividad que revista una lógica complejidad.

5.- Tanto la acusación (fiscalía y querella) como la defensa deben estar integradas por profesionales del derecho, es decir, abogados con suficiente preparación técnica como para poder representar el interés que les ha tocado defender de forma efectiva. Una representación técnica ineficaz o inefectiva pude alterar el equilibrio que debe existir entre la acusación y la defensa y, en consecuencia, influir en el resultado final del juicio. El resultado final del proceso debe estar determinado por lo

que cada parte haya podido probar o no respecto de su teoría del caso, en función de la calidad y eficacia de las pruebas producidas, y no por la incapacidad técnica de los profesionales que intervienen en el proceso. La capacidad técnica o la falta de ésta puede influir en el resultado final del juicio y cuando ello ocurre, y en particular cuando afecta al imputado, desarticula los elementos esenciales del proceso (acusación, prueba, defensa y sentencia), afectando en forma irremediable la garantía de defensa en juicio y debido proceso legal.

6.- Es responsabilidad de los jueces velar por la plena aplicación de la garantía de defensa en juicio, llegando al extremo de poder separar al defensor cuando adviertan que la incapacidad técnica del abogado pueda alterar el normal desenvolvimiento de un juicio, es decir, cuando ponga en riesgo el derecho de defensa en juicio del imputado. Sin embargo, este deber del juez de garantizar el derecho de defensa en juicio, velando por el normal desenvolvimiento de la actividad del abogado defensor en el cumplimiento de su ministerio, debe ser ejercido con la mayor prudencia y cuidado, para que un excesivo rigorismo no termine produciendo el efecto contrario, afectando el derecho de defensa en juicio porque el juez consideró que el imputado no fue bien defendido sólo porque no comparte la estrategia elegida por el defensor.

7.- El juez no puede ni debe involucrarse en la estrategia elegida por el defensor, por muy heterodoxa o poco convencional que ésta pueda parecer, ya que lo contrario implicaría juzgar no ya su teoría del caso en función de las pruebas producidas, sino su forma de presentar su teoría del caso en función de una visión subjetiva de lo que puede o no considerarse una buena defensa. No pueden los jueces colocarse en rectores de quienes pueden ser considerados buenos o malos abogados, sólo pueden limitarse a analizar si pudieron o no acreditar sus afirmaciones en función de las pruebas objetivas producidas con una adecuada destreza técnica.

8.- La afectación al derecho de defensa en juicio debe poner en crisis en forma irremediable la defensa del imputado, por inexistencia de la defensa o por groseros errores inadmisible

9.- Si la acusación como la querella coincidieron en que no existe prueba positiva y objetiva del acceso carnal atribuido, más allá de que haya existido o no, la posibilidad de que hubiera ocurrido y que los rastros se hubieran borrado. Es evidente que existe una duda al respecto, y la duda nunca, en ningún caso, puede ser resuelta en contra del imputado, sino al contrario. Lo impone el artículo 8 del CPP, el que ordena cómo debe ser resuelto un caso frente a la existencia de duda: a favor del imputado. La sentencia, por su parte, nada aporta para salir de esa duda, al punto que ni siquiera menciona, ni aún en forma tangencial, esta cuestión, limitándose a dar por probado

una circunstancia fáctica decisiva sin siquiera mencionar una sola prueba que permitiera acreditarlo.

10.- Las pruebas que acreditan la existencia de un tipo penal determinado son esenciales y deben ser expresamente enunciadas en una sentencia de condena. Nada se dijo sobre esta cuestión, ergo la sentencia a este respecto se encuentra total y absolutamente infundada, transformándola, sólo a este respecto, en una sentencia arbitraria. Si los jueces consideraron que se acreditó el acceso carnal exigido en el tipo penal previsto en el artículo 119 párrafo 3er del CP, debieron mencionar en qué pruebas se fundaron para arribar a esa conclusión. Dicha omisión amerita que se revoque la sentencia respecto de este punto en particular, y se ordene la sustanciación de una nueva audiencia de cesura a los fines de determinar la pena a imponer respecto de los hechos probados, pero adecuándolos al tipo penal de abuso sexual simple, agravado por haber sido cometido contra una menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo (Art. 119 1er párrafo e inc. f) del 4to párrafo del CP).

Ver texto completo:

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

"G. F. S/ ABUSO SEXUAL" – Tribunal de Impugnación – (Expte.: OFICU 149/2014) – Sentencia: 73/16 – Fecha: 08/08/2016

DERECHO PENAL ABUSO SEXUAL DEFENSA EN JUICIO

1.- La "situación de convivencia" no es el modo comisivo del Abuso Sexual, sino una forma calificada del mismo. Y, como también lo postulara, el problema central es que el delito por el que fuera condenado requería necesariamente determinar –y antes atribuir o imputar- debidamente los modos comisivos básicos requeridos por la figura. Esto es, el ejercicio de violencia, amenazas, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

2.- El fiscal no advirtió que debía introducir en la nueva acusación los modos comisivos básicos de la figura legal por la que inicialmente acusara al imputado. Y lo mismo sucedió en los alegatos de apertura y clausura en Juicio, es decir, directamente no se atribuyeron los medios comisivos.

3.- Esta imprecisión y/o indeterminación de los hechos objeto de acusación llevó a confusión y a un esfuerzo argumentativo de los Magistrados que debieron decidir. El

vicio generó un gravamen de tal entidad que impidió el correcto ejercicio de la defensa. En concreto, de qué se defendía el imputado, si el déficit de la acusación fue de tal magnitud que ignoró los modos comisivos básicos (amenazas, violencia, etc.). Y, para mayor confusión, recordemos las defectuosas atribuciones formuladas en el acto de la declaración indagatoria, lo que recién pretendió ser saneado en el Control de Acusación –a pesar de las recomendaciones explícitas y/o tácitas de los Tribunales de Apelación-, pero que sin embargo se agravaron por la eliminación total de cualquier tipo de circunstancia y/o modo comisivo.

4.- Es un problema de la "acusación" indeterminada del Ministerio Público Fiscal, que por afectar el principio del "contradictorio", imposibilitó el ejercicio del Derecho de Defensa en Juicio.

5.- Entonces, tratándose de un vicio sustancial que afecta el Derecho de Defensa el imputado, corresponde declarar la nulidad de la acusación fiscal, disponiendo por ende la absolución. (art. 164 inc. 2do del C.P.P., art. 18 de la Constitución Nacional).

Ver texto completo:

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

"JARA RAUL DEL CARMEN S/ HOMICIDIO" – Tribunal de Impugnación – (Expte.: MPFNQ 10868/2014) – Sentencia: 20/2016 – Fecha: 10/03/2016

DERECHO PROCESAL – ARBITRARIEDAD.

1.- Como se ha repetido en distintas sentencias de este Tribunal de Impugnación la diferencia entre la arbitrariedad y la absurdidad radica en que la primera se constata ante la prescindencia de pruebas esenciales mientras que la segunda es procedente ante la apreciación de la prueba. Arbitrariedad significa "acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho…" Transportando esto al caso debemos concluir que no se observa atisbo alguno de arbitrariedad ni absurdidad ni tampoco resquicio defectuoso que pudiera dar cabida a la "nulidad inconstitucionalidad del proceso" que propicia el impugnante.

2.- El fiscal no está obligado a ofrecer prueba que no avale su versión pero no puede ocultar a la otra parte la existencia de prueba que pueda favorecer al imputado.

3.- La grave imputación que la defensa realiza a la fiscalía no tiene más respaldo que sus propios dichos. Dos personas (se ignora sus identidades pues tampoco develo ello el impugnante), habrían declarado en la fiscalía que los hechos no sucedieron como lo relataron los testigos declarantes en el juicio y la vindicta pública no lo comunicó a

la contraparte. Ahora bien, la oportunidad de acreditar todo esto fue la audiencia dispuesta y solicitada por la defensa, con la participación del juez de garantías, en donde el magistrado analizaría la admisibilidad probatoria de tales testimonios para la instancia de impugnación. Como el mismo impugnante lo reconoció en la audiencia ante esta Sala, él no concurrió a la misma (dio confusas explicaciones sobre tal ausencia) y, el fiscal manifiesta su rechazo al ofrecimiento de testigos (tampoco surge la identidad de los mismos en esa ocasión), a lo cual hace lugar el juez ponderando por supuesto la incomparecencia de la parte que lo pidió.

Ver texto completo:

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

"S. O. A. S/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE CALIFICADO" – Tribunal de Impugnación – (Expte.: MPFNQ 15184/2014) – Sentencia: 71/16 – Fecha: 08/08/16

DERECHO PENAL - PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL - ABUSO SEXUAL.

1.- La petición de inconstitucionalidad de una norma configura un acto de suma gravedad y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y, por ello, debe ser considerada como última ratio del orden jurídico, y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos 311:394; 312:122; 322:842). Por su parte, tampoco es posible presumir imprevisión en el legislador, ya que luego de analizar el tratamiento parlamentario de la Ley 25.087 se advierte la intención de los legisladores de agravar progresivamente las infracciones penales a partir de la descripción escalonada de las conductas, y de tal modo se pretendió no dejar librado a la interpretación judicial situaciones no regladas en la anterior legislación permitiendo a los magistrados un amplio margen para mensurar la pena en los casos de agravantes concurrentes.

2.- El artículo 119 del Código Penal, dentro del título "Delitos contra la Integridad Sexual" enuncia diferentes casos de abuso sexual y en el párrafo cuarto dispone que en los supuestos de los párrafos segundo y tercero, la pena será de 8 a 20 años de reclusión o prisión cuando el abuso cometido por personas que se encuentran enumeradas en los respectivos incisos, lo que no resulta contrario a los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la pena, que imponen una estrecha relación entre la sanción conminada y la ofensa cometida. En consecuencia, no encuentro

afectados los principios desigualdad ante la ley, culpabilidad y proporcionalidad de la pena, en la aplicación de dicha escala a la figura penal enrostrada en el caso traído a estudio.

Ver texto completo:

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

"C. N. O. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 12567/2014) – Sentencia: 85/16 - Fecha: 01/09/2016

DERECHO PENAL - DERECHO PROCESAL – REBELDIA - PRISION PREVENTIVA.

1.- Dice la impugnante que no existe validación diagnóstica por no haberse producido la pericia previa a la Cámara Gesell, sin embargo dicha entrevista no constituye técnicamente una pericia. Emerge del protocolo de Cámara Gesell que ello fue instituido como mecanismo de protección de los niños a fin de establecer concretamente la capacidad de los mismos para prestar declaración bajo esta modalidad evitando su revictimización. De ningún modo se establece como garantía del imputado, ni como prueba pericial que valide un testimonio que, no está de más decirlo, en ese momento aún no ha sido prestado.

2.- Respecto a los agravios sostenidos en torno a la sentencia que fija la pena, considero que le asiste razón a la recurrente, por cuanto efectivamente se valora como "agravante genérico" la circunstancia típica contenida en el inciso "f" del cuarto párrafo del art. 119 del Código Penal, la que fue excluida al principiar el debate, por afectación del principio de congruencia (entre los cargos formulados y la acusación fiscal), como así también se valora una circunstancia ajena al hecho por el que fuese declarado responsable, que no está tampoco prevista por el art. 41 del Código Penal, como lo es que hubiese sido declarado "rebelde" en el proceso.

3.- En relación al aprovechamiento de la convivencia preexistente, el mismo no constituye una gravante genérico tal lo sostenido en la sentencia (si así fuera debiera estar incluido en la parte general del código penal como lo están los agravantes por el uso de arma de fuego -41 bis-, intervención de menores de dieciocho años -41 quater- y por ley antiterrorista -41quinquies-) y como elemento típico fue excluido de la acusación, por lo que no puede en este sentido ser valorado como agravante.

4.- Respecto de la rebeldía decretada en el proceso, considero que no puede ser legítimamente receptada en calidad de agravante, no sólo porque el código no lo prevé como pauta a considerar sino también porque "el incumplimiento a la sujeción

al proceso" como lo menciona la sentencia, tiene asignada una consecuencia específica que es la de justificar la prisión preventiva (que oportunamente se dictó en contra de C.), pero de modo alguno trasunta una "mayor culpabilidad derivada del hecho que no se motiva en la norma" como lo sostiene la sentencia. Es la norma penal la que pretende motivar al sujeto activo, no la norma procesal.

5.- La trasgresión a la norma penal constituye un delito mientras que la trasgresión a una norma procesal, no. La intención de eludirla justicia no trasunta una mayor culpabilidad derivada del hecho de que no se motiva en la norma. Cuando hablamos de culpabilidad nos referimos a la reprochabilidad por el hecho penal por el que fuese declarado responsable el acusado y en ese contexto la capacidad de motivarse en la norma se conecta con la posibilidad de actuar de un modo distinto al que la norma penal prohíbe.

6.- La rebeldía no es una circunstancia análoga a la reincidencia como lo refirió la fiscalía. El art. 41 del código penal alude a la reincidencia y demás antecedentes -y condiciones personales (…) que demuestren su mayor o menor peligrosidad)- y esta previsión (cuya constitucionalidad ha sido incluso cuestionada) nada tiene que ver con la prisión preventiva que resulta de la constatación de peligros procesales (o el incumplimiento de deberes procesales oportunamente comprometidos). La rebeldía decretada a fines del año 2013, tuvo como consecuencia que dictaran la prisión preventiva de C., pero de modo alguno esta circunstancia puede proyectar una mayor culpabilidad por el hecho (por el que fuese responsabilizado) que se traduzca en una pena mayor.

Ver texto completo:

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

"A. A. L. S/ INFRACCION ART. 119 CP" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 17244/2014)- Sentencia: 79/16 - Fecha: 23/08/2016

DERECHO PROCESAL - CARGA DE LA PRUEBA - PRESUNCION DE INOCENCIA - DECLARACION DE LA VICTIMA.

Es lógico pensar que los padres no habrían querido "revictimizar" a sus hijas a través de una declaración en los términos estipulados como anticipo jurisdiccional de prueba por el art. 155 inc. 4° del CPP. Sin embargo, ello no justifica la flexibilización de garantías que amparan a todo acusado. Me refiero principalmente a la presunción de inocencia que impone la carga de la prueba a la Fiscalía, más aún cuando,

tratándose de un delito contra la integridad sexual cometido contra menores de edad el código procesal inviste la Defensora del Niño como parte necesaria en representación de la víctima –a la par de la Fiscalía- en carácter de Querellante público. Tenemos dos acusadoras y no contamos con la prueba esencial para este tipo de hechos: la declaración de las víctimas…". Las niñas podrían haber sido nuevamente entrevistadas para determinar si se hallaban en condiciones de prestar declaración en Cámara Gesell, contando ya con 5 y 6 años de edad, y no lo fueron, por la inactividad de las acusadoras. (En el caso las niñas habían sido entrevistadas pero se había determinado que no estaban en condiciones de declarar).

Ver texto completo:

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

"P. R. D. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 10344/2014) – Sentencia: 90/16 - Fecha: 07/09/2016

DERECHO PROCESAL - DERECHO PENAL - EXTINCION DE LA ACCION PENAL - ABUSO SEXUAL.

1.- Más allá de la extemporaneidad o no en que las partes plantean la extinción de la acción penal, la misma es de orden público, por lo que el Tribunal debe avocarse a resolver el planteo.

2.- Las causas que se encontraran en instrucción al 14 de enero de 2014 y no llevaban más de tres años de instrucción, los plazos totales -es decir, el plazo de tres años que regula el art. 87 del CPP- comenzaría a computarse a partir de dicha fecha. De tal manera que recién se encontraría vencido el 14 de enero de 2017. No son de aplicación al caso, los plazos parciales que establece el nuevo Código para las causas de transición que se encontraban en instrucción a la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento procesal, porque no lo prevé así la LOJP, sino sólo el plazo total del proceso. Siendo ello así, el plazo no se encuentra vencido.

3.- Cabe aclarar que los jueces no fundan la credibilidad del relato en los nueve criterios de validación del método del CBCA que encontró el Lic. Colazzo en su informe, sino que son ellos los que consideran el relato creíble en función de todos y cada uno de los testimonios, los que no sólo valoran en forma individual sino también global y concatenada. Por otra parte, no podía ser de otra manera, pues son los jueces los que deben evaluar la credibilidad o no de un testimonio en función de la restante prueba.

4.- Los Juzgadores no se limitaron a reproducir los testimonios recibidos en el juicio, sino que efectuaron una valoración de todos y cada uno de ellos, para luego arribar a una conclusión en conjunto con una adecuada ilación de todas la pruebas, conforme la sana crítica racional, considerando que había cuestiones que se encontraban probadas y otras no.

Ver texto completo:

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

"ROSAS GASTÓN NICOLAS - BERNARDELLI ASDRUBAL MIRKO - GONZALEZ GUSTAVO MARCELO - CATALAN SERGIO RAUL Y CASTILLO MARTIN ALEJANDRO S/ TORTURA" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 12611/2014) – Sentencia: 89/16 - Fecha: 05/09/2016

DERECHO PROCESAL – QUERELLANTE – AUTONOMIA - EXTINCION DE LA ACCION PENAL.

1.- Véase que una diferencia fundamental entre el caso "LARA" y el que nos ocupa, es que la petición de la querella (revertir la absolución y condenar) nos pone en el momento de deliberación del Tribunal de Juicio, y, tal como surge del precedente "MOHAMED" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –donde se discutió el alcance del doble conforme–, ese fallo condenatorio pretendido, al ser el primero que establecería condena, es equiparable al que da el tribunal de juicio, ya que es susceptible de ser recurrido por vía de impugnación ordinaria. (voto de la mayoría).

2.- Claro está, que haciendo una interpretación correcta del CPP vigente en nuestra provincia y la jurisprudencia, lo que corresponde es que, frente a los supuestos de revisión de sentencias absolutorias, el Tribunal de impugnación se limite a anular, de ser procedente, el fallo puesto en crisis, y ordenar el reenvío, tal como surge del segundo párrafo del artículo 246 del CPP y se prevé en el artículo 247 del mismo digesto procesal, a los efectos de garantizar el "doble conforme", no obstante que la posibilidad de reenvío se encuentre limitada por las cuestiones que atañen a la garantía del non bis in ídem, conforme surge del precedente "SANDOVAL" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación(CSJN; Fallos: T. 333 P. 1687) (Voto de la mayoría)

3.- El Tribunal Superior de Justicia dice que el hecho que los recursos de impugnación ordinaria y extraordinaria no se encuentren contemplados dentro del plazo del artículo 56 de la ley Orgánica de la Justicia Penal no quiere decir que la administración de justicia se pueda tomar todo el tiempo que quiera para resolver los planteos impugnativos, sino que el plazo de ellos surge implícitamente de los acotados plazos que establece el CPP para cada uno de estos actos e instancias, los cuales en su

totalidad establecen los plazos máximos que pueden durar las etapas recursivas locales. (Voto de la mayoría).

4.- Retrotraer el proceso a una etapa anterior no puede significar una ampliación per se de los plazos procesales, máxime si esto ocurre en perjuicio del imputado y por causas que no son imputables a él. (voto de la mayoría).

5.- La mentada doble instancia –a la que muchos juristas pretenden dar un contenido más amplio del que tiene– en realidad es una garantía constitucional del imputado; mientras que la posibilidad recursiva del acusador (público o privado) es solo una concesión del legislador que no tienen el mismo rango de derecho fundamental. (voto de la mayoría).

6.- El derecho al doble conforme es una garantía constitucional conferida expresamente al imputado, y de allí que nuestro CPP le conceda gran amplitud impugnativa a la defensa y limitada a los acusadores, al punto tal que, por ejemplo, frente a la absolución de un jurado popular no existe recurso, y esto no presupone, de ninguna manera, la conculcación de ninguna garantía constitucional, pues, en rigor de verdad, la legitimación procesal conferida a los acusadores en la ley procesal, responde exclusivamente a una facultad legislativa de carácter discrecional del poder político provincial, y no a una manda constitucional.(voto de la mayoría).

7.- En el caso "LARA", al haber sido condenado el acusado, la extinción de la acción penal implicaba, per se, revertir el fallo, es decir, un cambio en el estado jurídico del imputado; mientras que en el presente caso, al haber sido absueltos los imputados, no se está cambiando, en esencia, lo resuelto por el tribunal de juicio. (voto de la mayoría).

8.- La tutela judicial efectiva implica para el querellante el derecho al juicio, algo que no hay discusión que lo obtuvieron, y no debe confundirse esto con el derecho a obtener condena. (Voto de la mayoría).

9.- Es un hecho que, conforme surge del debate parlamentario, estos nueve (9) meses no eran una prórroga de los dos años de adecuación que se preveían en la norma original del artículo 56 según ley 2891, sino que eran la regulación del tiempo para la tramitación de los recursos de impugnación ordinaria y extraordinaria en sede local, en pos de establecer certeza fijando un plazo, cuando antes no lo había, por lo que, no siendo una extensión de esos dos años, no corresponde contabilizarlos a partir del cumplimiento de ese plazo, sino desde el momento en que se dicta la sentencia de juicio, o, en el peor de los caso, desde el momento en que se interpone el recurso de impugnación, lo cual ocurrió hace mucho más de nueve (9) meses, por lo que, incluso considerando ese supuesto, que es al que remite el fallo "LARA" para explicar la voluntad del legislador, es un hecho que el plazo se encuentra fenecido, y,

consecuentemente, corresponde declarar extinguida la acción penal por esta razón ya que el presente caso se encuadra dentro de las previsiones del artículo 56 de la ley 2891 –Ley Orgánica de la Justicia Penal–, encontrándose vencido los plazos establecidos allí para la adecuación y finalización del proceso. (voto de la mayoría).

10.- Según fue sostenido por las partes, este legajo se encontraba elevado a juicio y radicado en un Tribunal colegiado a la fecha de entrada en vigencia del nuevo ordenamiento procesal, por lo que no cabe duda alguna que el legajo en análisis se encuentra atrapado en el segundo supuesto del artículo 56 LOJP. (Disidencia de la Dra. Deiub).

11.- En coincidencia con ello, el artículo 1° de la ley 2974, y sin perjuicio de las opiniones sobre su publicación tardía, establece: "…que las causas comprendidas en el segundo párrafo del artículo 56 de la Ley 2891, tendrán un plazo máximo de nueve (9) meses para resolver la impugnación ordinaria ante el Tribunal de Impugnación y extraordinaria ante el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén". (Disidencia de la Dra. Deiub).

12.- En ese contexto, debo dejar a salvo mi opinión personal, en el entendimiento que la expresión "finalización de los mismos" prevista en el artículo 56 LOJP, pretendió establecer que en el término máximo de dos años deben finalizarse los procesos venidos del anterior sistema, incluyendo la sentencia del Tribunal de Juicio en sus dos etapas (Responsabilidad y Cesura), alcanzando asimismo a los recursos de impugnación ordinaria y extraordinaria locales. (Disidencia de la Dra. Deiub).

13.- Sin perjuicio de ello entiendo que, la postura mayoritaria adoptada por la sala penal de nuestro Tribunal Superior dictada a partir del precedente Lara, en este caso no se encuentran vencidos los plazos regulados en el art. 56de la L.O.J.P. toda vez que a partir de la reforma incorporada a partir de la ley 2891, el plazo de (9) meses para resolver la impugnación ordinaria ante el Tribunal de Impugnación y extraordinaria ante el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén" no se encuentra cumplido, teniendo presente que el mismo corre a partir del 14 de Enero de2.016. (Disidencia de la Dra. Deiub).

14.- Por ende sostengo esta postura atendiendo a razones de uniformidad jurisprudencial, a efectos de evitar un dispendio innecesario por la aplicación del control extraordinario previsto en el inc. 3 del artículo 248 del C.P.P.N., que admite esa vía ante una sentencia de impugnación que resulte contradictoria con la doctrina sentada en un fallo anterior del Tribunal Superior de Justicia sobre la misma cuestión, y en "…la necesidad de interpretar las normas de forma unitaria, fortaleciendo de este modo el principio fijado por el artículo 16 de la Constitución Nacional. Ello así en tanto, la uniformidad de la jurisprudencia, sea en la Justicia nacional o dentro de un Estado

provincial, asegura un tratamiento similar frente a la ley penal por parte de los jueces, favoreciendo así la vigencia del principio de igualdad ante la ley..."(cfr. R.I. n° 64/14, "Vergez, Ricardo...", rta. el 21/5/14). (entendiendo que no debe hacerse lugar a la pretensión de extinción de la acción penal propiciada). (voto disidente de la Dra. Deiub).

Ver texto completo:

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

"HERMOSILLA CLAUDIO MAXIMILIANO S/ HOMICIDIO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 13917/2014) – Sentencia: 86/16 - Fecha: 01/09/2016

DERECHO PENAL - HOMICIDIO EMOCION VIOLENTA.

1.- No cualquier estado emocional es suficiente para aplicar la forma atenuada del delito, sino que la emoción debe ser necesariamente "Violenta". Se trata de una conmoción del ánimo por obra de los sentimientos del individuo. Esa ebullición del sentimiento domina o puede dominar durante algún tiempo el espíritu y suspende la acción libre y natural de los elementos intelectuales. Lo importante es que al momento del hecho se mantenga esa emoción, pero en forma "violenta". Esto completa el cuadro psicológico del delito emocional.

2.- Esta emoción implica una transformación de la personalidad, a consecuencia de un estímulo que afecta los sentimientos. Conmoción que se lleva a "una transformación de la personalidad, a consecuencia de un estímulo que afecta los sentimientos. Esa conmoción se traduce en un estado de furor, de ira, de irritación, de excitación del ánimo, de dolor, de miedo, que por su grado violento adquiere el carácter de una tendencia a la acción de sangre. El sujeto está perturbado, obra sin completo dominio de su conciencia.

3.- Las circunstancias de hecho probados en la sentencia dan cuenta de un obrar de H. que no se adecúa a lo emocional violento. Los hechos y manifestaciones posteriores al hecho, dan cuenta de un obrar premeditado. Y este tipo de actuar es justamente lo que se excluye del ámbito de la figura tratada. Es necesario un estado violento en los sentimientos, ya que no se trata de un premio para los iracundos, para los intemperantes o los violentos.

4.- Debe descartarse el estado emocional violento si el agente obró reflexivamente y, sobre todo, si actuó con premeditación. De hecho, luego de la agresión, buscó un cuchillo, hirió a la víctima, corrió con el arma a otra persona que conformaban el

grupo, para finalmente reflexionar sobre lo que había hecho: "maté ...al hijo de puta…". "Le dije que no me provocara". Esto habla a las claras de una actitud reflexiva sobre el hecho previo, que pone en evidencia un estado emocional, pero bajo ningún punto de vista violento y que las circunstancias lo hicieran excusable, y "no simplemente explicado por las circunstancias que mediaron en su producción" (C. C. C., sala de cámara, 25/4/67, causa "Méndez Duarte da Cruz, A.").

5.- Las circunstancias de hecho debidamente explicitadas en la sentencia cuestionada demuestran que no se trató de un acto descontrolado por emoción violenta, sino de una voluntad homicida con una dirección final de la conducta, con plena conciencia, aunque en un estado de ira u ofuscación, por lo que corresponde confirmar la sentencia.

Ver texto completo:

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

"PEREIRA BLANCA PRIMITIVA - CAPRIO ALEJANDRO MAXIMILIANO - CAPRIO ÉRICA NOEMI S/ ESTAFA"

- Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 11246/2014) – Sentencia: 91/16 - Fecha: 08/09/2016

DERECHO PROCESAL - EXTINCION DE LA ACCION PENAL - DERECHO PENAL – ESTAFA.

1.- El presente caso se adecua, sin ninguna duda, a las previsiones del artículo 56 toda vez que, tal como informara la defensa (datos no controvertidos por los acusadores), en la presente causa existió un requerimiento de instrucción de la entonces fiscal del caso, Dra. Lucero, de fecha 13 de noviembre del año 2009, remitido al juez de instrucción, en los términos la ley 1677. Como consecuencia de ese requerimiento se dio inicio al presente proceso, el que continuó con la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal (ley 2784). Es evidente que la presente causa estuvo en trámite de instrucción por más de 3 años, por lo que es indudable que se trata de uno de los supuestos del artículo 56 ya mencionado.

2.- Las circunstancias de que en el presente caso la fiscalía hubiera readecuado los hechos reprochados, solicitando una nueva formulación de cargos, en nada obsta a la adecuación del presente caso bajo los parámetros del artículo 56, ya que, tal como indicó el propio fiscal durante la audiencia, la reformulación se efectuó sobre la misma plataforma fáctica que ya existía en la causa, por lo que en los hechos no se modificó de manera sustancial la acusación que se venía sosteniendo en contra de la imputada. No puede admitirse que con la excusa de una readecuación de los cargos formulados, en los que no se modifica la base fáctica sobre la que éstos se apoyan, el

fiscal pretenda extender el plazo de adecuación del nuevo proceso, sumando un año más al que le concedió expresamente el artículo 56 de la ley 2891.

3.- En definitiva, inexorablemente se venció el plazo máximo de 2 años para adecuar el caso al nuevo proceso. Conforme ha sostenido el TSJ en el precedente "Lara" (legajo OFINQ 13328/14), es necesario que dentro del plazo de 2 años de adecuación al nuevo proceso se sustancie, por lo menos, el juicio de responsabilidad y pena.

4.- Es decir que en el presente caso el plazo para realizar el juicio venció el 14 de enero del año 2016, por lo que en el juicio sustanciado en contra de la imputada se violentó una norma expresa de la ley procesal (artículo 56 de la ley orgánica), al rehusarse el juez a dictar la extinción de la acción penal por vencimiento del plazo máximo de adecuación al proceso respecto de los hechos que venían siendo reprochados desde el sistema procesal ley 1677. En razón de ello corresponde revocar dicha sentencia respecto de los cuatro hechos identificados en el punto VI de la parte resolutiva de la sentencia de responsabilidad

5.- El artículo 129 del CPP establece un plazo de 60 días para que la fiscalía realice la investigación preliminar, sin prever ninguna sanción específica ante su incumplimiento. No puede, bajo ninguna circunstancia, crearse jurisprudencialmente un supuesto de extinción de la acción no previstos por el legislador, ya que ello implicaría realizar una actividad legislativa, vedada a los jueces

6.- Resulta esencial que en la conducta reprochada se describa en forma clara y precisa en qué consistió el ardid o engaño requerido por el tipo penal, ya que de lo contrario se afecta el derecho de defensa en juicio, en razón de que no se menciona un elemento esencial del tipo penal atribuido (En el caso, se le imputaba el delito de estafa).

7.- Debe darse una relación especial entre el engaño desplegado por el autor y el error de la víctima, de modo que el error debe haber sido consecuencia directa y precisa del engaño. Objetivamente será preciso que el medio engañoso empleado sea adecuado para hacer incurrir en error a una persona normal o media. Si el error no es consecuencia precisa del ardid o engaño, sino de la propia negligencia de la víctima, no se habrá cumplido los requisitos exigidos por el tipo penal (En el caso, se le imputaba el delito de estafa).

8.- Conforme el relato efectuado en los considerandos de la sentencia, no surge en forma clara si se trató de un verdadero ardid o si en realidad estamos frente a una promesa contractual eventualmente incumplida, teniendo en cuenta que la compraventa de la parte indivisa de la propiedad se efectuó ante un escribano público. No se afirma, ni se acredita , que la hipotética creencia de la compradora de que estaba adquiriendo un lote en condiciones de ser subdividido se sustentaba en un

engaño del que ella fue víctima -el que no fue descripto en la imputación-, si se trató en realidad de una promesa incumplida de la vendedora, o si no encontramos ante una falta al deber de cuidado de la propia compradora por no haber verificado con el debido cuidado las condiciones de venta de la propiedad y las posibilidades futuras para concretar la subdivisión del lote. Resulta un dato a tener en cuenta que la denunciante de todos modos decidió realizar la operación de compraventa a pesar de que ni siquiera pudo identificar el lote cuando fue a verlo. Ello obliga a preguntarse si en realidad existió un ardid idóneo para lograr el desapoderamiento o si simplemente se trató de un caso de negligencia contractual de la propia compradora, al no verificar con el debido cuidado el contrato de compraventa que estaba firmando. Existe duda al respecto. En función de ello, corresponde revocar la condena (En el caso, se le imputaba el delito de estafa).

Ver texto completo:

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

"A. R. E. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 12337/2014) – Sentencia: 93/16 - Fecha: 13/09/2016

DERECHO PROCESAL – ARBITRARIEDAD.

1.- El artículo 237 del CPP ha delimitado la posibilidad de impugnar la sentencia absolutoria a dos motivos específicos: arbitrariedad y apreciación absurda de las pruebas recibidas en juicio. Se ha entendido que, la diferencia entre la arbitrariedad y la absurdidad radica en que la primera se constata ante la prescindencia de pruebas esenciales mientras que la segunda es procedente ante la apreciación de la prueba. Arbitrariedad significa "acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho". Para que se habilite el recurso de una sentencia absolutoria en base a esta causal será necesario que el acto o proceder contrario a la justicia sea manifiesto, insostenible; no basta que se trate de una decisión basada en una interpretación de la ley que se considera minoritaria por la doctrina y la jurisprudencia. Objetivamente, la decisión debe ser visiblemente injusta y subjetivamente haber sido dictada "sólo por la voluntad del juez"; se trata de decisiones adoptadas en base a la íntima convicción del juzgador que se asocian con supuestos de ausencia de motivación.

2.- Absurdo quiere decir "contrario y opuesto a la razón; que no tiene sentido; dicho o hecho irracional, arbitrario o disparatado" (Diccionario de la Real Academia

Española), con lo que un término reconduciría al otro sólo que en el aspecto específico de la valoración. La absurda valoración de la prueba sería una valoración arbitraria de la misma. El absurdo no se acredita con la sola exhibición de una posición jurídica distinta a la del órgano decisor, sino que es imprescindible probar que ha habido una fractura del razonamiento lógico de la resolución derivando en conclusiones contradictorias o inconciliables con las circunstancias objetivas de la causa. También se configura el supuesto de absurdo si se abstienen de examinar una prueba decisiva para el fallo.

3.- La ausencia de la entrevista previa a la Cámara Gesell con G., omitida por el Lic. en psicología que la recepcionó, no resulta un argumento relevante que haya debido ser contestado por los sentenciantes, en tanto se trata de una entrevista establecida por el protocolo de Cámara Gesell de orden administrativo (no procesal) que se vincula a la protección de las víctimas procurando evitar su revictimización pero de modo alguno posee proyecciones en el ámbito probatorio (menos para ser valorado en contra del imputado).

4- Corresponde confirmar la sentencia impugnada, en tanto exhibe un razonamiento integrado, en el cual se conectan los hechos y las pruebas. No se ha constatado una fractura en el razonamiento lógico derivando en conclusiones contradictorias o inconciliables con las circunstancias objetivas de la causa. En este sentido, no alcanza la crítica ensayada por la Querella en cuanto opinión discrepante sobre el valor probatorio de las distintas evidencias que de ningún modo fulmina la coherencia de la motivación en la que se sostuvo el fallo ni materializa las excepcionales causales –de interpretación restrictiva- que el código habilita el recurso contra la sentencia absolutoria (art. 237 CPP).

Ver texto completo:

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

"P. G. F. S/ ABUSO SEXUAL" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 23660/2014) – Sentencia: 81/16 - Fecha: 30/08/2016

DERECHO PROCESAL – SENTENCIA ARBITRARIA.

1.- Una sentencia resulta arbitraria cuando su dictado obedece con exclusividad a la voluntad o capricho de quien la dicta, y por ende deviene alejada de la razonabilidad, justicia y legalidad. La apreciación absurda de la prueba también tiene que ver con un análisis arbitrario por parte del Juzgador, en tanto se pueda advertir de

manera palmaria que ha concluido en una valoración de la prueba de manera sesgada e ilógica, arribando a una decisión que claramente resulta contradictoria con los presupuestos objetivos de los que debía valerse. Para que resulte procedente la vía recursiva incardinada en tales supuestos, el recurrente debe efectuar una crítica adecuada, razonada, fundada y con amplias precisiones que permitan destacar los fundamentos del fallo impugnado para sostener los agravios que invoca. Por ende una simple disconformidad con la jurisprudencia aplicada o con el razonamiento del Juez no se acerca a esa determinación clara que debe primar para, habilitar la revisión de la sentencia absolutoria.

2.- Las partes acusadoras omiten palmariamente efectuar una crítica razonada que permita demostrar los agravios invocados sobre sentencia arbitraria que alegan, los que deben ser enunciados y demostrados fehacientemente atendiendo a la gravedad de los mismos. Los agravios de los impugnantes sólo implican una manifestación que acarrea una mera discrepancia con la valoración probatoria realizada por el Tribunal de Juicio y por ende no refieren de qué manera los jueces resolvieron de acuerdo a su íntima convicción ignorando el plexo probatorio rendido, o en su caso efectuando un análisis, absurdo, incoherente e ilógico de la prueba reunida.

Ver texto completo:

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

"CERDA ANTOLIN S/ HOMICIDIO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 10380/2014) – Sentencia: 94/16 - Fecha: 12/09/2016

DERECHO PENAL- EMOCION VIOLENTA - DERECHO PROCESAL – QUERELLA.

1.- El tipo penal comprende tres elementos: Uno, objetivo o material: matar a otro. Un elemento subjetivo, la Emoción Violenta, como estado de la conciencia que da color a su accionar, y un tercer elemento, normativo, complementario de los anteriores y que da sentido a la figura atenuada: "que las circunstancias hicieren excusable" (al estado emocional, no al homicidio). El segundo elemento constitutivo es la Emoción. No cualquier estado emocional es suficiente para aplicar la forma atenuada del delito, sino que la emoción debe ser necesariamente Violenta. Se trata de una conmoción del ánimo por obra de los sentimientos del individuo. Esa ebullición del sentimiento domina, o puede dominar durante algún tiempo, el espíritu y suspende la

acción libre y natural de los elementos intelectuales. Lo importante es que al momento del hecho se mantenga esa emoción, pero en forma "violenta". Esto completa el cuadro psicológico del delito emocional.

2.- Esta emoción implica una transformación de la personalidad, a consecuencia de un estímulo que afecta los sentimientos. Esa conmoción se traduce en un estado de furor, de ira, de irritación, de excitación del ánimo, de dolor, de miedo, que por su grado violento adquiere el carácter de una tendencia a la acción desangre. El sujeto está perturbado, obra sin completo dominio de su conciencia. Ello no supone que el actor esté impedido de comprender la criminalidad del acto, pues no hade olvidarse que el estado emocional crea un tipo atenuado de delito y no una figura de exclusión de la penalidad, pues si el estado emotivo fuera tal que produjera un estado de inconsciencia, se estaría ante un caso de inimputabilidad, de los previstos en el inc. 1° del art. 34del Cód. Penal.

3.- Ha que diferenciar los temas psicológicos/psiquiátricos –como ámbito exclusivo de los peritos-, de los normativos, reservados al Juez. Esto no quiere decir que el Juez nada pueda decir sobre las conclusiones de las tareas periciales, cuando, por ejemplo, las operaciones se basan en hechos no acreditados, que en parte es lo que el Juez del primer voto atribuye como un déficit de la operación pericial y de los alegatos del Ministerio Público Fiscal, o cuando el perito se ha excedido de los límites de su ciencia, o no ha respetado los métodos o protocolos de actuación, etc.

4.- La cuestión no es justificar un homicidio, sino atenuar su pena cuando el autor actuó violentamente emocionado y su conducta es excusable por las circunstancias todas del hecho. Probado que el homicida obró emocionado, debe determinarse si su conducta puede excusarse. "El juicio de excusabilidad es un juicio de justificación del haberse emocionado, es un examen y aprobación de la emoción desde el punto de vista causal y estimativo"; no es una causal de justificación del hecho. Lo que debe examinar el juzgador es el comportamiento del autor frente a las "circunstancias". En definitiva, el estado de emoción violenta es el motivo determinante de la atenuación de la pena, pero ese estado ha de responder a circunstancias que lo hagan excusable.

5.- La emoción debe estar calificada por un estado (referencia temporal) violento (referencia a su intensidad). El término "estado", implica cierta permanencia en el tiempo. Estos dos elementos complementan la emoción. Pero, además, la conducta homicida debe ser excusable por las circunstancias que a ella la llevaron. La ley emplea la conjunción "y", lo que implica que los requisitos de la figura privilegiada son dos: la "emoción y lo excusable". La ley no exige en cambio una valoración de la conducta del homicida y de "sus circunstancias". La figura, además de la emoción,

exige "que las circunstancias hicieren excusable", lo que quiere decir que es algo externo a la misma emoción. Las circunstancias no son la emoción, precisamente por constituir el otro requisito del texto legal. Circunstancia quiere decir, según su origen etimológico, tanto como "circunstare", lo que está circundando el hecho, es decir todo lo que está alrededor y no dentro de la mente del autor. Esas circunstancias han provocado la emoción, actuando lo exterior sobre lo interno.

6.- La emoción violenta como culpabilidad disminuida por sí no justifica una acción. Para nuestra ley son las circunstancias que han motivado esa emoción las que llevan a la disminución de la pena. El juzgador entonces debe analizar las circunstancias anteriores como las concomitantes con el hecho. Y las obligaciones que tenía el autor ante esas circunstancias. Todo ello para apreciar la razonabilidad del obrar del sujeto. Justamente allí donde los peritos encuentran el "estado emocional violento", como circunstancia de atenuación del art. 81 inc. 1) del código penal, es donde la propia norma limita su aplicación sólo para el caso en que estén presentes las circunstancias que hagan "excusable" a la emoción.

7.- La defensa planteó que no puede imponerse una calificación más grave que la pedida por el fiscal, porque el querellante es adhesivo. El planteo de la defensa es genérico, desconociendo normas concretamente aplicables al caso. El art. 66 del código procesal penal en su segundo párrafo señala expresamente que en aquellos casos en los que la víctima se haya constituido como querellante, el juez, a más tardar en la audiencia prevista en el artículo 166, convocará a las partes a efectos de resolver las controversias que pudieren existir entre el Ministerio Público Fiscal y la parte querellante sobre los discursos fácticos, jurídicos y estrategias probatorias. De hecho, según surge de la sentencia y de lo explicado por las partes en la audiencia de impugnación, ante las distintas calificaciones sostenidas por la Fiscalía y la Querella, el Juez de la Audiencia de Control decidió que la calificación correcta era la de homicidio agravado por el uso de arma de fuego. Y así fue presentado por los acusadores en Juicio.

Ver texto completo:

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

"GONZALEZ LIDIA MARIELA S/ TENTATIVA DE HOMICIDIO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: 15146/2015) – Sentencia: 95/16 - Fecha: 16/09/2016

DERECHO PENAL - LESIONES GRAVES

1.- Para que una agresión sea calificada como tentativa de homicidio no alcanza con valorar el medio empleado, su poder ofensivo, y el lugar donde fue inferida la lesión, sino que, para ello, deben ponderarse ciertos elementos contundentes y demostrativos de la intención de matar que no se ven en el caso y, sin los cuales, con base al principio in dubio pro reo, debió encuadrarse la conducta de la recurrente como constitutiva del delito de lesiones graves. En el contexto en que tuvo lugar el hecho no permite afirmar un designio previo o un obrar certeramente vinculante con un resultado letal querido.

2.- La línea divisoria, para verificar si nos encontramos frente al delito de homicidio tentado o de lesiones graves, es muy difusa y es en cada caso en concreto donde habrá que apreciar las particulares circunstancias del hecho para optar entre una y otra figura. Conforme lo sostiene la doctrina, para que se presente el delito de homicidio el autor debe haber querido tal resultado y que de acuerdo a las pruebas colectadas se compruebe la inequívoca intención por parte del autor de causar la muerte del sujeto pasivo, es decir acreditar cabalmente el propósito homicida.

Ver texto completo:

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

"S. E. E. S/ ABUSO SEXUAL SIMPLE" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: OFIZA 175/2014) – Sentencia: 96/16 - Fecha: 21/09/2016

DERECHO PENAL - ABUSO SEXUAL SIMPLE - DERECHO PROCESAL - DECLARACION DE LA VICTIMA – PRUEBA.

Que no se haya probado en el juicio (tampoco formó parte como objeto de acusación) que S. haya accedido carnalmente a la joven P., no significa sin más que la sentencia condenatoria no haya realizado una valoración integral de la credibilidad de la víctima, máxime cuando dicha decisión judicial justifica acabadamente por qué tiene por existidos los tocamientos en zonas del cuerpo de la joven (con significado sexual) por parte del acusado siendo que ello era lo que se debía probar. Yerra el defensor si considera que un desacople entre una parte de la declaración de la víctima con la prueba rendida en el juicio, alcanza para desvirtuar todo el testimonio y, con ello, encontrar terreno fértil para hacer caer el caso a la Fiscalía y Querellas.

Ver texto completo:

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

"**VENEGAS JACOBO - PARRA ROBERTO CARLOS S/ LESIONES CULPOSAS" -** Tribunal de Impugnación - (Expte.: OFIZA 16943/201) – Sentencia: 99/16 - Fecha: 26/09/2016

DERECHO PROCESAL – FUNDAMENTACIÓN DE SENTENCIAS.

Esgrimir errónea valoración de la prueba, es contradictorio con el agravio de falta de motivación, porque si la prueba fue erróneamente valorada, no significa de modo alguno que la sentencia fue inmotivada. En ese aspecto "objetivamente, la decisión debe ser visiblemente injusta y subjetivamente haber sido dictada "sólo por la voluntad del juez"; se trata de decisiones adoptadas en base a la convicción del juzgador que se asocian con supuestos de ausencia de motivación" .("Z., J. D./abuso sexual").-

Ver texto completo:

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

"VALDEZ ROBERTO MARCELO S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 52587/2015) – Sentencia: 107/16 - Fecha: 06/10/2016

DERECHO PROCESAL - DERECHO PENAL - JUICIO POR JURADOS - FEMICIDIO.

1.- Los Jurados no se encuentran vinculados por los alegatos de las partes. Son aquellos quienes en el proceso deliberativo analizan y discuten la totalidad de las pruebas producidas en el Juicio. Existe una "instrucción" específica al Jurado sobre este punto. Y también sobre el "valor" de los alegatos. Con esto quiero significar que basar la crítica al Veredicto únicamente en la valoración probatoria de los alegatos de clausura, es erróneo.

2.- Para determinar si el estándar de prueba de la duda razonable se satisface, es imprescindible un paso posterior al análisis individual de las pruebas. Se debe llevar a cabo un proceso de integración de la totalidad de las pruebas producidas. En este segundo paso, el análisis es completamente diferente del proceso de valoración individual. Esta tarea es la que permite determinar precisamente si el estándar de prueba se satisfizo. Y esto entendido en términos de lo que es razonable creer a la luz de la "totalidad" de las pruebas presentadas.

3.- Ahora, pretender como lo hace la querella que la Defensa debió acreditar su Teoría del Caso, es invertir la carga de la prueba, como lo afirma la Defensa. Aquí existe un

equívoco. La Fiscalía y la Querella decidieron no interrogar a la menor para protegerla psicológicamente. Entonces, los acusadores se conformaron con la prueba de la que disponían para probar su hipótesis. Es decir, no se trata de un problema de inversión de la carga de la prueba, sino de la necesidad de refutación de la Defensa de la hipótesis acusatoria, debiendo aportar por ende los testigos que apoyaran la propia, o bien, que lograran refutar la contraria. No estamos en presencia de un testigo que fuera ocultado a la Defensa. La defensa señaló que tampoco podría haber ofrecido el testimonio, desde que asumió la asistencia de Valdez poco antes del Juicio y ya superada la etapa de ofrecimiento de pruebas. Sin embargo, este argumento es aparente, ya que por la razón alegada le fue permitido recibir un testimonio experto, ofrecido aún en el Juicio mismo. Pero la testigo menor, A. G., a la que ahora pretende otorgar un alto valor probatorio –que desconocemos en qué dirección, por cierto-, ni siquiera fue propuesta, aún tardíamente. Es decir, no se obstaculizó en modo alguno el ejercicio de la actividad probatoria.

4.- Qué se le pide que haga a un Jurado?. Que tome una decisión razonable, que no es otra cosa que un veredicto adecuado al estándar probatorio. Se ha sostenido en general que el criterio correcto para resolver en un recurso contra un veredicto de culpabilidad, es determinar si un jurado razonable podría haber llegado a ese veredicto. Y que la función de un Tribunal de Revisión no es sustituir al Jurado para decidir acerca de la culpabilidad o inocencia, sino que por el contrario debe decidir si un Jurado debidamente instruido podría haber llegado razonablemente a ese Veredicto.

5.- Surge que el valor probatorio asignado por la defensa al cuadro cargoso se trata de una visión parcializada, y que sobre la base de las evidencias e inferencias realizadas precedentemente, cualquier Jurado, debidamente instruido, en modo alguno habría decidido, como lo afirma la Defensa, en forma irracional y arbitraria al emitir un veredicto de culpabilidad en el caso.

Ver texto completo:

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

"R. R. H. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 19272/2014) – Sentencia: 97/16 - Fecha: 21/09/2016

DERECHO PROCESAL

1.- Al juzgador de los hechos no se le exige determinar si el acusado es culpable o responsable, sino que debe determinar si la culpabilidad del acusado ha sido establecida por las pruebas presentadas con el grado exigido por el estándar probatorio. (En el caso, era un recurso de las partes acusadoras).

2.- Los acusadores no practicaron una crítica razonada de los argumentos de los Jueces que formaron la opinión mayoritaria, limitándose a revalorizar las pruebas producidas en Juicio, sin cumplir por ende con la carga demostrativa de la alegada "absurdidad" o "errónea valoración probatoria", límites impuestos procesalmente a su actividad recursiva.

Ver texto completo:

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

"M. S. L. F. S/ INFRACCION ART. 119 CP" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 20609/2014) – Sentencia: 100/16 - Fecha: 26/09/2016

DERECHO PENAL - ABUSO SEXUAL - DERECHO PROCESAL.

1.- La circunstancia de que la menor, haya dicho en un primer momento que el tocamiento fue por encimade la ropa en vez de por debajo, tal como lo dijo a la hora de declarar en la Cámara Gesell al igual de que había sido en tercer grado, no invalida su testimonio si existen otros elementos que pueden corroborar la credibilidad del mismo. Es sumamente común que los menores de edad, en los delitos que afectan la integridad sexual –ya sea por sentirse culpables, por cuestiones de pudor, o de vergüenza-, no digan absolutamente todo lo que les sucedió. Que limiten su relato a lo que consideren más importante y menos vergonzoso de contar, evitando entrar en detalles o en muchas ocasiones disminuyendo la entidad del ataque, pero ello de ninguna manera anula todo el resto del relato, lo gestual, lo corporal, lo emotivo, y toda la prueba periférica, como los informes psicológicos, las explicaciones dadas por ella misma, otros testigos expertoso de oídas, etc.

Ver texto completo:

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

"G. C. S/ ABUSO SEXUAL" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFJU 15900/2015) – Sentencia: 103/16 - Fecha: 29/09/2016

DERECHO PROCESAL - DEFENSA EN JUICIO.

El accionar del defensor particular que intervino con anterioridad a los letrados recurrentes no fue meramente formal o ineficaz, sino que se encarriló sobre una línea o estrategia de defensa posible para el caso, por lo que anticipo el rechazo al no lograrse demostrar una verdadera afectación al derecho de defensa en juicio del imputado, tanto en la audiencia de control de la acusación, como durante la primer fase del juicio. Habida cuenta de ello, considero que no corresponde hacer lugar al agravio sostenido respecto de la nulidad del proceso desde la audiencia de control de la acusación hasta la sentencia de responsabilidad por afectación a la garantía de defensa en juicio afectada a partir de una supuesta defensa ineficaz del anterior defensor del imputado de autos. A modo de síntesis, concluyo en que contrariamente a lo esgrimido no se ha acreditado una violación a las normas de CADH 8.2.f, en función de C.N. 18, 75.22, que determinan el alcance y aplicación de la garantía de defensa en juicio, que prive al decisorio en crisis de su carácter de acto jurisdiccional válido.

Ver texto completo:

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

"F. P. J. S/ ABUSO SEXUAL" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 14718/2015) – Sentencia: 102/16 - Fecha: 27/09/2016

DERECHO PROCESAL - VALORACION DE LA PRUEBA - SANA CRITICA RACIONAL - JUICIO DE RESPONSABILIDAD - NON BIS IN IDEM - DERECHO PENAL - ABUSO SEXUAL.

1.- La función del Tribunal de Impugnación en el ejercicio del control de la sentencia condenatoria de grado es la de verificar que no existan defectos formales o sustanciales (Art. 236 CPP) en la declaración de responsabilidad, es decir que el fundamento en el que se sustenta la sentencia se adecue a las pruebas producidas en el debate. Dicho de otro modo, no puede admitirse una arbitraria o absurda valoración de la prueba producida por las partes durante el juicio, limitando además su control al marco de los agravios presentados. En definitiva se debe verificar si los fundamentos en los que se sostiene la sentencia cuestionada se apoyan de manera razonada en las pruebas producidas, efectuando para ello un análisis de

razonabilidad y coherencia entre lo sostenido por las partes, la información que se desprende de la prueba producida y lo afirmado en la sentencia.

2.- No se trata de reeditar el juicio en una segunda instancia, sino de verificar que el juicio llevado a cabo en la primera instancia responde a estándares de justicia y legalidad. De allí que exista un límite en la valoración que el Tribunal de Impugnación pueda hacer de la sentencia dictada. El limite estará dado no por la empatía que pueda o no tenerse con las conclusiones a las que arribaron los jueces de grado, sino por la concordancia que exista entre esas conclusiones y lo que objetivamente se desprende de la prueba producida. Se trata pues de verificar que la valoración efectuada por los jueces de la prueba presentada durante el juicio no haya sido "arbitraria", y por ende que la conclusión jurídica a la que arribaron sea justa.

3.- Los hechos reprochados, debidamente descriptos en la sentencia, son los hechos que dieron por probados. No hay posibilidad de confusión en la sentencia, no existe ninguna duda respecto de los hechos a los que se refieren los jueces en la sentencia, por lo que no se entiendo cuál es el verdadero agravio de la defensa. Si su queja es que los hechos reprochados y descriptos no fueron reiteradamente mencionados y descriptos en algún capítulo puntual de la sentencia, dicho agravio no constituye una violación a norma procesal alguna.

4.- El código procesal establece como requisitos esenciales de la sentencia los descriptos en el artículo 194, y que el artículo 195 que expresamente establece que las sentencia sólo podrá dar por acreditados hechos o circunstancias contenidos en la acusación. Ambos artículos fueron debidamente cumplidos por los jueces de grado, habiendo puntualizado cuales fueron los hechos reprochados y que estos hechos (a excepción del hecho por el que retiraron la acusación) fueron debidamente acreditados. El código no describe un modelo de sentencia tipo que los jueces deban seguir, sólo exige que éstos incluyan todos los elementos descriptos en el mencionado artículo 194 del CPP.

5.- Cuando la ley procesal se refiere a la sana crítica, a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia se refiere justamente este tipo de pensamientos: si dos niñas están dispuestas a mentir en perjuicio de su padre, acusándolo de hechos execrables, deben existir hechos o circunstancias gravísimas que puedan explicar la razón de esas mentiras, y esos hechos o circunstancias deben necesariamente ser conocidos por el padre o por la madre, y sin embargo ninguno de ellos dijo nada al respecto. La explicación posible es que ambas menores puedan estar severamente afectadas por alguna enfermedad psicológica que las lleve a tal extremo. Sin embargo, luego de haberse entrevistado con varios psicólogos ninguno encontró que las niñas padecieran algún problema mental. De no existir alguno de estos dos motivos la sana

crítica y la experiencia común me llevan a creer que lo dicho por las jóvenes no debe ser descartado, salvo que ese testimonio resulte contradictorio con otros elementos de prueba (los elementos de modo, tiempo, y lugar), o que su relato haya variado a lo largo del tiempo, o que éste sea puesto en tela de juicio por los sicólogos que intervinieron y las entrevistaron, quienes pueden haber advertido que sus dichos fueron expuestos de forma dubitativa, o poco precisa, o que no pudieron dar precisiones temporales, o que existió algún indicio fundado que pudo tratarse de testimonios implantados, o muchas otras cuestiones que pueden enunciarlos psicólogos y terapeutas respecto del testimonio de las niñas, información toda que, por cierto, sí pueden brindar válidamente los psicólogos, aun cuando no tengan una especialidad en la psicología del testimonio.

6.- La defensa dijo que la psicóloga y terapeuta de M., no puede ser considerada como una testigo imparcial porque tiene empatía con su paciente y no puede cuestionar la veracidad de su testimonio. Si la empatía fuera una razón para descartar un testimonio el primero que debió haber sido descartado en este caso (y eventualmente en cualquier otro) es el de la madre de las víctimas, y sin embargo la defensa nada dijo al respecto. Es evidente que debe existir un cierto grado de empatía entre un terapeuta y su paciente para que la terapia sea fructífera. Sin embargo, ello no le impide al psicólogo o psiquiatra explayarse con absoluta libertad sobre lo relatado por su paciente, pudiendo advertir cuando de ese relato surgen contradicciones, o falta de precisiones, o hechos o circunstancias que se contradicen con información aportada anteriormente, etc. Que exista empatía, de ninguna manera quiere decir que puede existir complicidad o connivencia con su paciente, o complacencia con un relato que puede mostrar fisuras o contradicciones. No puede admitirse como una regla general (así fue planteado por la defensa) la imposibilidad de que un terapeuta declare respecto de los dichos de su paciente, porque con él tiene cierto grado de empatía. Esto es una afirmación completamente equivocada.

7.- Sin perjuicio de lo dicho, corresponde afirmar que durante el juicio los jueces están obligados a valorar todos los testimonios y pruebas producidas en el debate. En todo caso si la defensa pretende cuestionar la pertinencia de una prueba debe hacerlo en la etapa intermedia (en la audiencia de control de acusación), oportunidad en la que se discute la procedencia o no de ese tipo de testimonios, pero una vez admitido debe ser valorada. La defensa en su alegato nunca mencionó que en la audiencia de control de la acusación se hubiera opuesto a la producción de esta prueba, y que frente al rechazo de su pedido de exclusión de la prueba, hubiera dejado efectuada la respectiva reserva de impugnación, por lo que ello constituye un motivo más para el rechazo del agravio.

8.- En el sistema procesal actual los jueces deben valorar todas las pruebas producidas en el debate, incluido el testimonio de los psicólogos que llevan a cabo la cámara gesell. El propio defensor que pretende poner en duda la capacidad de los psicólogos para declarar como testigos en el juicio tuvo la oportunidad de contrainterrogarlos libremente por lo que mal puede ahora quejarse de que los jueces valoraron sus testimonios.

9.- El defensor también sostuvo en varias oportunidades que el testimonio de la madre de las niñas o el de sus terapeutas no puede ser corroborado, en razón de que no se le permite a la defensa interrogar a las menores en el juicio. Dicha afirmación es evidentemente inexacta y errónea. La defensa sí tuvo la oportunidad de interrogar a las menores en cámara gesell, al igual que la fiscalía y eventualmente la querella, y ello se concreta a través de los psicólogos que intervienen en el interrogatorio. Las partes hacen sus preguntas a través de esos profesionales. Ello es así para minimizar el impacto que implica que varios adultos estén preguntando simultáneamente a un menor sobre hechos o circunstancias de contenido sexual que debió padecer o de las que puede tener conocimiento, lo que sin ninguna duda puede amedrentar o revictimizar a un menor. Sin embargo que la entrevista se realice a través de un psicólogo, responsable de efectuar las preguntas que realizan las partes, de ninguna manera quiere decir que el defensor se vea impedido de ejercer debidamente su ministerio, interrogando –por interpósita persona- a un menor bajo las circunstancias ya indicadas. Es en razón de ello que no es cierto que no pueda corroborarse los testimonios de la madre o de las terapeutas de las menores, ya que esos testimonios fueron recibidos con la activa intervención de la defensa, la que pudo controlar el acto y realizar sus propias preguntas.

10.- El nuevo sistema procesal ha establecido que el juicio sea llevado en dos etapas, aun cuando queda perfectamente en claro que estamos hablando de un solo juicio: audiencia para determinar la responsabilidad y, eventualmente, audiencia para establecer la pena imponer. Siendo que se trata de un solo y único juicio no existe ningún impedimento para que a ambas audiencias sean convocados los mismos testigos, los que podrán ser interrogados sobre lo que las partes consideren oportuno y relativo al caso tratado, y a lo que ellas pretenden probar en cada una de las audiencias. No existe la posibilidad jurídica de considerar que se afecta la garantía contra la múltiple persecución penal cuando se está llevando a cabo un juicio único, en el que se determina primero la responsabilidad y, luego, eventualmente, la pena. La garantía mencionada no fue pensada y diseñada para el uso que pretende darle el defensor. Es evidente que el alcance de esa garantía es otro, totalmente distinto: que una persona no sea sometida a juicio dos veces (responsabilidad y cesura dos veces) por una misma conducta. Ese no es el caso de autos.

Ver texto completo:

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

"RODRIGUEZ NICOLAS M. – HERRERA GONZALO E. S/ ROBO CALIFICADO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCU 18006/2015) – Sentencia: 104/16 - Fecha: 29/09/2016

DERECHO PROCESAL – PRUEBA - DECLARACION TESTIMONIAL - TESTIGO UNICO.

1.- Los testimonios para arribar a una condena deben ser contestes. Ahora bien, cuando existe un único testimonio también es posible arribar a una condena siempre y cuando dicho testimonio tenga un valor importante en cuanto a lo cualitativo. La cantidad de testimonios no es lo que determina la condena o absolución, sino la calidad de dicho testimonio. En este caso, es una testigo privilegiada, desde que es la víctima, que estaba presente en el hecho y además reconoció al imputado en el mismo instante que ocurrió el hecho, es decir a una de las personas que había ingresado para sustraerle el dinero. Esta versión no pudo ser desvirtuada a lo largo del debate, ni en el contrainterrogatorio. La testigo refiere el porqué lo reconoce (nariz muy particular) y lo confirma cuando mira la video-filmación de las cámaras de seguridad. Lo conoce de hace años, porque llevaba a su hija a su casa y no se advierte en ella ninguna animosidad.

2.- Pretender el abordaje en la impugnación sobre pruebas puntuales no es otra cosa que requerir un análisis segmentado de los acontecimientos que se tuvieron por acreditados por parte de un Tribunal que no presenció el debate (principio de inmediación, art. 7, CPP).

3.- Quien pretende la revocación de una condena por arbitraria valoración de la prueba, debe explicar por qué razón las pruebas producidas en el juicio, que fueron ponderadas y evaluadas por los jueces en la deliberación, no satisfacen el estándar probatorio "de la duda razonable". En modo alguno puede pretenderse que sobre una parte de las constancias fílmicas, se efectúe una nueva valoración de la prueba, pues en tal caso se trataría de una segunda sentencia y no de una revisora de la anterior.

4.- La fiscalía no tiene la obligación de realizar todas las pruebas, sino aquellas que estime útiles y pertinentes para su teoría del caso, como también tiene la defensa la posibilidad de practicar y ofrecer prueba para contrarrestar los cargos que le formulan al acusado(arts. 135, 168, 170, 171 y 172 CPP).

5.- En cuanto a la testigo traída a declarar a la audiencia de impugnación, más allá que fue prueba que no tuvieron a la vista los jueces que intervinieron en el debate, y

que se pretende que ahora valore el Tribunal de Impugnación, sustrayendo al tribunal de juicio la materia propia de su competencia, cabe destacar que la defensa debería haber practicado sus diligencias de prueba en tiempo oportuno, tal como lo prevé el art. 135 del CPP. No hubo ninguna justificación del porqué esta testigo no pudo concurrir al juicio, máxime cuando refiere vivir a dos casas del comercio donde ocurrió el hecho.

Ver texto completo:

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

"RODRIGUEZ VICTOR EMANUEL S/ LESIONES GRAVES CALIFICADAS" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 12878/2014) – Sentencia: 105/16 - Fecha: 30/09/2016

DERECHO PROCESAL - EXTINCION DE LA ACCION PENAL - PLAZO RAZONABLE - PLAZO PERENTORIO.

1.- El plazo que fija el segundo párrafo del art. 56 de la ley orgánica para la justicia penal –para las causas de transición- debe ser interpretada armónicamente con el art. 87 del Código Procesal que fija el plazo total de duración del proceso en tres años, excluyendo del mismo al recurso extraordinario federal.

2.- El legislador estableció como excepción aquellos procesos que ya tuvieron tres años de instrucción (o sea una instrucción que iguala el plazo total previsto por el nuevo digesto) y aquellos que, habiendo concluido la instrucción, ya se encontraban elevados a juicio, como es el caso que nos ocupa.

3.- El artículo 87 vino a regular legalmente el "plazo razonable" de duración del proceso, llenando un vacío legal que en el anterior sistema generaba interpretaciones vagas e imprecisas, como así inseguridad jurídica por el tratamiento discrecional de los casos, se trató de fijar para estos casos excepcionales -cuyo proceso se habría prolongado en exceso-, un "plazo razonable" ajustado a las circunstancias especiales de las causas de transición, razón por la cual se le descontó un año para la readecuación y finalización, fijando en consecuencia el plazo en dos años.

4.- De una interpretación armónica de las normas citadas, cabe concluir que el plazo fijado por el art. 56 de la ley orgánica resulta perentorio, y debe ser interpretado restrictivamente en favor del ejercicio de los derechos del imputado. Provocando en el caso que nos ocupa, la extinción de la acción penal prescripta por el art. 87del CPP.

5.- El Tribunal Superior de Justicia en el precedente "Lara" dejó sentado que la finalización del proceso necesariamente requiere que se den las dos etapas del juicio,

puntualizando lo que debia entenderse por debido proceso. En el presente, el 14 de enero de 2016 la acción penal se extinguió sin haber finalizado el juicio.

6.- No sólo los imputados sino también las víctimas tienen derecho a una decisión judicial definitiva en tiempo razonable. El admitir interpretaciones laxas de las normas, a fin de tergiversar la teleología de la ley, extendiendo arbitrariamente los plazos fatales que el código procesal penal de la provincia ha fijado para el proceso, socava el derecho de toda persona a una decisión judicial definitiva en tiempo razonable. Ello en tanto, a futuro, no sólo los imputados, sino también las víctimas carecerían de expectativas a que los hechos que se investigan sean juzgados en tiempo oportuno. Serán los patrocinantes de la querella quienes deban dar explicaciones a esa parte, por no haber propulsado el proceso adecuadamente a fin de evitar que se extinguiese la acción penal.

7.- El imputado tiene derecho a ser juzgado en tiempo razonable y que se defina su situación frente a la ley y a la sociedad, y la víctima tiene derecho a que los acusados sean juzgados y eventualmente sancionados en tiempo razonable. Asimismo, la aplicación de las normas que garantizan una justicia en tiempo razonable consolidan la seguridad jurídica (para todos los ciudadanos) y en consecuencia, el Estado de Derecho. Cuando el sistema institucional funciona en términos iguales para todos, a través de normas claras y susceptibles de ser conocidas por todos, que rigen y se aplican a situaciones posteriores a su entrada en vigencia, puede hablarse de seguridad jurídica.

Ver texto completo:

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