

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

AÑO I – N° 1, Ene/Feb 2014

Año 2014
Secretaría de Biblioteca y Jurisprudencia



Presentación

La Secretaría de Biblioteca y Jurisprudencia del Poder Judicial pone a consideración de los usuarios el presente Boletín. El mismo será de aparición bimestral y contendrá todas las resoluciones publicadas en la base de datos de jurisprudencia durante el período mencionado.

El boletín contiene todas las resoluciones: Acuerdos, Sentencias e Interlocutorias publicadas, la mayoría con el texto completo. El contenido aparece 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

Feb/2014



Indices

Por Organismo

Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia

- **"CAMPOS AUDELINA Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** (Expte.: 2035/2007) – Acuerdo: 56/13 – Fecha: 06/12/2013 [ver](#)
- **"BUAMSCHA EDUARDO GUILLERMO C/ ISSN Y PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** (Expte.: 2729/2009) – Acuerdo: 59/13 – Fecha: 16/12/2013 [ver](#)
- **"FUENTES FRANCISCO JAVIER Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** (Expte.: 1844/2006) – Acuerdo: 60/13 – Fecha: 16/12/2013 [ver](#)
- **"LAUTEC S.R.L. C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** (Expte.: 3444/2011) – Acuerdo: 62/13 – Fecha: 16/12/2013 [ver](#)
- **"QUIROGA HORACIO RODOLFO –INTENDENTE DE LA CIUDAD DE NEUQUEN— C/ CONCEJO DELIBERANTE DE LA CIUDAD DE NEUQUEN S/ CONFLICTO INTERNO MUNICIPAL"** (Expte.: 3377/2011) – Acuerdo: 02/13 – Fecha: 06/05/2013 [ver](#)
- **"COUYOUPETROU SILVIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** (Expte.: 3052/2010) – Acuerdo: 64/13 – Fecha: 26/12/2013 [ver](#)
- **"KREITMAN BEATRIZ Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD"** (Expte.: 1162/2004) – Acuerdo: 1380/07 – Fecha: 07/06/2007 [ver](#)
- **"COSTARELLI MARIO ALFREDO C/ COLEGIO FARMACÉUTICO PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN DE NULIDAD"** (Expte.: 2244/2007) – Interlocutoria: 6271/08 – Fecha: 07/04/2008 [ver](#)

Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia

- **"LAGOS NORMA EDITH C/ MUNICIPALIDAD DE CHOS MALAL S/ ACCIÓN DE AMPARO"** (Expte.: 58/2012) – Acuerdo: 03/14 – Fecha: 14/02/2014 [ver](#)
- **"DATES JOSÉ ANTONIO S/ SUCESIÓN AB-INTESTATO"** (Expte.: 45/2011) – Acuerdo: 02/14 – Fecha: 13/02/2014 [ver](#)
- **"COMASA S.A. C/ CHROMU S.A. S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** (Expte.: 215/2009) – Acuerdo: 01/14 – Fecha: 13/02/2014 [ver](#)
- **"FERNÁNDEZ AEDO ÁNGEL BERNARDO C/ PROTECCIÓN CATÓDICA DEL COMAHUE S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** (Expte.: 231/2009) – Acuerdo: 60/13 – Fecha: 03/12/2013 [ver](#)
- **"MONTECINO MIGUEL R. C/ TEXEY S.R.L. Y OTROS S/ DESPIDO"** (Expte.: 23/2008) – Acuerdo: 59/13 – Fecha: 27/11/2013 [ver](#)

Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia



- **"MORALES EMANUEL RAÚL ADAN S/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL EMPLEO DE ARMA DE FUEGO "** (Expte.: 96/2011) – Acuerdo: 107/13 – Fecha: 26/08/2013 [ver](#)
- **"GRACIELA BEATRÍZ ROSSI S/ JURADO DE ENJUICIAMIENTO"** (Expte.: 158/2013) – Acuerdo: 173/13 – Fecha: 09/12/2013 [ver](#)
- **"SANABRIA AMARILLA GUSTAVO S/ HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA "** (Expte.: 223/2011) – Acuerdo: 169/13 – Fecha: 03/12/2013 [ver](#)
- **"CÓRDOBA JUAN CARLOS S/ EJECUCIÓN DE CONDENA"** (Expte.: 10/2012) – Acuerdo: 176/13 – Fecha: 11/12/2013 [ver](#)
- **"VALVERDE JOSÉ RAMÓN S/ ABUSO DE ARMA CALIFICADO POR EL CONCURSO PREMEDITADO DE DOS O MÁS PERSONAS –DOS HECHOS-, TRIPLE HOMICIDIO CALIFICADO POR ALEVOSÍA Y POR EL CONCURSO PREMEDITADO DE DOS O MÁS PERSONAS –DOS HECHOS CONSUMADOS- EN PERJUICIO DE BECERRA URRUTIA Y DE CAMPOS, UN HECHO EN GRADO DE TENTATIVA EN PERJUICIO DE RIOSECO, AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO Y LA INTERVENCIÓN DE UN MENOR DE EDAD, TODO EN CONCURSO REAL "** (Expte.: 43/2013) – Acuerdo: 177/13 – Fecha: 11/12/2013 [ver](#)
- **"PIZARRO DANIEL JESÚS S/ VIOLACIÓN DE DOMICILIO"** (Expte.: 79/2012) – Acuerdo: 179/13 – Fecha: 13/12/2013 [ver](#)
- **"R. G. E. S/ ABUSO SEXUAL"** (Expte.: 05/2013) – Acuerdo: 181/13 – Fecha: 13/12/2013 [ver](#)
- **"CORONEL JORGE OMAR S/ HOMICIDIO Y ROBO"** (Expte.: 52/2013) – Acuerdo: 183/13 – Fecha: 16/12/2013 [ver](#)
- **"QUIROGA MARIA INES – SALAS PABLO ELIER S/ HOMICIDIO CULPOSO"** (Expte.: 138/2012) – Acuerdo: 184/13 – Fecha: 16/12/2013 [ver](#)
- **"L. J. C. S/ ABUSO SEXUAL CON Y SIN ACCESO CARNAL Y CORRUPCION DE MENORES – AMENAZAS SIMPLES (3 HECHOS) Y VIOLACION DE DOMICILIO EN CONCURSO REAL"** (Expte.: 123/2011) – Acuerdo: 187/13 – Fecha: 20/12/2013 [ver](#)
- **"ANTIÑIR PATRICIO - ANTIÑIR DANIEL Y GONZALEZ POO ROBERTO S/ HOMICIDIO"** (Expte.: 151/2013) – Acuerdo: 186/13 – Fecha: 16/12/2013 [ver](#)
- **"ESCOBAR ROBERTO ANTONIO – CARABAJAL OTILIA DEL VALLE – MARQUEZ SILVIA ANAHI S/ PRIVACIÓN ILEGITIMA DE LA LIBERTAD"** (Expte.: 53/2011) – Acuerdo: 188/13 – Fecha: 20/12/2013 [ver](#)
- **"GAAB MIGUEL ÁNGEL – MARIPE ANDRÉS JESÚS – SCARFI CARLOS GUILLERMO – GENTILI ALDO LUIS S/ ADMINISTRACIÓN INFIEL"** (Expte.: 245/2012) – Acuerdo: 189/13 – Fecha: 20/12/2013 [ver](#)
- **"P. N. D. A. S/ ABUSO SEXUAL"** (Expte.: 112/2012) – Acuerdo: 190/13 – Fecha: 20/12/2013 [ver](#)

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

- **"ROBLEDO ROBERTO ALEJANDRO C/ PAREDES FIGUEROA ADOLFO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** (Expte.: 354963/2007) – Sentencia: 210/13 – Fecha: 10/12/2013 [ver](#)
- **"ARIAS MARTA BEATRIZ C/ ELECTRICIDAD BELGRANO S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** (Expte.: 425820/2010) – Sentencia: 212/13 – Fecha: 10/12/2013 [ver](#)
- **"LILLO MAXIMINO C/ BASANTA HUGO HECTOR Y OTROS S/ COBRO DE HABERES"** (Expte.: 2319/2011) – Sentencia: 206/13 – Fecha: 05/12/2013 [ver](#)



- **"DUARTE RIVAS CESAR ALEXIS C/ MEDANITO S.A. S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES"** (Expte.: 353404/2007) – Sentencia: 201/13 – Fecha: 14/11/2013 [ver](#)
- **"PANOZZO DARIO RUBEN C/ SUCES. DE MENGELLE AUGUSTO LUIS S/ PRESCRIPCION"** (Expte.: 309591/2004) – Sentencia: 204/13 – Fecha: 03/12/2013 [ver](#)
- **"VIDAL MIRIAN DEL CARMEN Y OTRO C/ GENERAL MOTORS ARG. S.R.L. Y OTROS S/ RESOLUCION DE CONTRATO"** (Expte.: 413311/2010) – Sentencia: 203/13 – Fecha: 14/11/2013 [ver](#)
- **"MORALES CARLOS ANTONIO C/ TOMAS DE CARRIO TERESA S/ POSESION VEINTEAÑAL"** (Expte.: 392346/2009) – Sentencia: 216/13 – Fecha: 27/12/2013 [ver](#)
- **"JAUQUE HAYDEE Y OTRO C/ HERMOSILLA SOTO JUAN EDUARDO Y OTRO S /D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** (Expte.: 386428/2009) – Sentencia: 218/13 – Fecha: 26/12/2013 [ver](#)
- **"MAGGIO LAUREANA C/ VILU S.R.L. Y OTRO S/ D. y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** (Expte.: 371884/2008) – Sentencia: 01/14 – Fecha: 04/02/2014 [ver](#)
- **"ORTIZ SANHUEZA ROMINA GISEL C/ BAYTON S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** (Expte.: 425767/2010) – Sentencia: 03/14 – Fecha: 06/02/2014 [ver](#)
- **"ZANELATO CARLA C/ SALVATORI RICARDO Y OTRO S/ EJECUCIÓN HONORARIOS E/A:177042/97"** (Expte.: 1183/2007) – Interlocutoria: 284/09 – Fecha: 27/10/2009 [ver](#)
- **"S.E.I.S.P.A. S.A. C/ CONSTRU COL SRL S/ COBRO EJECUTIVO"** (Expte.: 415093/2010) – Sentencia: 152/11 – Fecha: 30/08/2011 [ver](#)
- **"BRAVO PAVON NERY JANNET C/ ORIGENES SEGUROS S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** (Expte.: 370343/2008) – Sentencia: 102/11 – Fecha: 28/06/2011 [ver](#)
- **"LATORRE FLORES VICTORIA DEL C. C/DIODATO ANDREA YANINA Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOMOTOR C/ LESION O MUERTE"** (Expte.: 355171/2007) – Sentencia: 96/11 – Fecha: 28/06/2011 [ver](#)

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

- **"M. C. C/ F. G. E. S/ SEPARACION X CAUSAL OBJETIVA"** (Expte.: 47391/2011) – Sentencia: 16/14 – Fecha: 31/01/2014 [ver](#)
- **"C. N. C. C/ A. M. R. S/ ALIMENTOS PARA EL CONYUGUE"** (Expte.: 54320/2012) – Sentencia: 17/14 – Fecha: 31/01/2014 [ver](#)
- **"CORTES JORGE LUIS C/ ARDITO ROMINA VALERIA Y OTRO S/ COBRO SUMARIO DE PESOS"** (Expte.: 414097/2010) – Interlocutoria: 418/11 – Fecha: 06/10/2011 [ver](#)
- **"IBÁÑEZ OSCAR ACRICIO C/ GRUICH ANA LAURA Y OTROS S/ DESALOJO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL"** (Expte.: 344151/2006) – Sentencia: 235/11 – Fecha: 25/10/2011 [ver](#)
- **"SOTO CARRASCO JUAN MANUEL C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN Y OTRO S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** (Expte.: 351577/2007) – Sentencia: 50/11 – Fecha: 31/03/2011 [ver](#)
- **"GAS Y PETROLEO DE NEUQUEN S.A. - ROVELLA CARRANZA S.A.U.T.E. S/ INSCRIPCION DE ADENDA UTE"** (Expte.: 17284/2010) – Interlocutoria: 309/11 – Fecha: 26/07/2011 [ver](#)
- **"GAS Y PETROLEO DE NEUQUEN SOCIEDAD ANONIMA CON PARTICIPACION ROVELLA CARRAZA S.A. AREA LA RIBERA I Y II S/ INSCRIPCIÓN ADENDA UTE"** (Expte.: 17818/2011) – Interlocutoria: 118/12 – Fecha: 19/04/2012 [ver](#)



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

- **"SERASSIO SILVIA GABRIELA C/ BANCO PROVINCIA DEL NEUQUEN S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** (Expte.: 392206/2009) – Sentencia: 167/13 – Fecha: 12/11/2013 [ver](#)
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ GARRIDO DOMINGO ANTONIO S/ APREMIO"** (Expte.: 462880/2012) – Sentencia: 166/13 – Fecha: 12/11/2012 [ver](#)
- **"CREDITO AUTOMATICO S.A. C/ CUEVAS CONCEPCION OLGA S/ COBRO EJECUTIVO"** (Expte.: 215284/1998) – Sentencia: 157/13 – Fecha: 29/10/2013 [ver](#)
- **"BORQUEZ CID BERNARDITA DEL C. Y OTROS C/ TRONCOSO JELDRES ALBERTO E. S/ D.Y P. X USO AUTOM."** (Expte.: 389063/2009) – Sentencia: 156/13 – Fecha: 29/10/2013 [ver](#)
- **"ESPARZA RICARDO ALBERTO M. C/ ESCALA SUR S.R.L. S/ DESPIDO"** (Expte.: 412563/2010) – Sentencia: 183/13 – Fecha: 12/12/2013 [ver](#)
- **"LILLO JULIO RUBEN C/ CANALI ELIO ROQUE S/ COBRO DE HABERES"** (Expte.: 413918/2010) – Sentencia: 184/13 – Fecha: 17/12/2013 [ver](#)
- **"D. N. I. C/ C. M. N. Y OTROS S/ IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD"** (Expte.: 20909/2005) – Sentencia: 187/13 – Fecha: 19/12/2013 [ver](#)
- **"MUÑOZ FLORES LIDIA ELIZABETH C/ REVELLO JUAN CARLOS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO DE AUTOMOTOR C/ LESIÓN O MUERTE"** (Expte.: 367400/2008) – Sentencia: 190/13 – Fecha: 19/12/2013 [ver](#)
- **"DE TROCHI LUIS MARIANO C/ SIMON TERESA S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** (Expte.: 388169/2009) – Sentencia: 177/13 – Fecha: 21/11/2013 [ver](#)
- **"GARRIDO FRANCISCO C/ CLIBA ING. AMB. S.A. ECSAN S.A. UTE S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** (Expte.: 416206/2010) – Sentencia: 01/14 – Fecha: 04/02/2014 [ver](#)
- **"VEDOYA PABLO HERNAN C/ DE MARTINO MARCELO Y OTRO S/ D. Y P. INCONSTITUCIONALIDAD L. 24557"** (Expte.: 372904/2008) – Sentencia: 02/14 – Fecha: 04/02/2014 [ver](#)

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería N° 4 de la I Circunscripción

- **"KREITMAN BEATRIZ ISABEL Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** (Expte.: 476640/2013) – Sentencia: S/N – Fecha: 03/02/2014 [ver](#)

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería N° 2 de la I Circunscripción

- **"ZOIA CLAUDIO OSCAR Y OTROS C/ COOP. DE SERV. PUBL. PLOTTIER LT S/ ACCION DE AMPARO"** (Expte.: 472059/2012) – Sentencia: S/N – Fecha: 13/02/2014 [ver](#)



Por Tema

Accidente de trabajo

- **"SOTO CARRASCO JUAN MANUEL C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN Y OTRO S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 351577/2007) – Sentencia: 50/11 – Fecha: 31/03/2011 [ver](#)
- **"VEDOYA PABLO HERNAN C/ DE MARTINO MARCELO Y OTRO S/ D. Y P. INCONSTITUCIONALIDAD L. 24557"**- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 372904/2008) – Sentencia: 02/14 – Fecha: 04/02/2014 [ver](#)

Accidente de tránsito

- **"ROBLEDO ROBERTO ALEJANDRO C/ PAREDES FIGUEROA ADOLFO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 354963/2007) – Sentencia: 210/13 – Fecha: 10/12/2013 [ver](#)
- **"JAKE HAYDEE Y OTRO C/ HERMOSILLA SOTO JUAN EDUARDO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 386428/2009) – Sentencia: 218/13 – Fecha: 26/12/2013 [ver](#)
- **"MAGGIO LAUREANA C/ VILU S.R.L. Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 371884/2008) – Sentencia: 01/14 – Fecha: 04/02/2014 [ver](#)
- **"BORQUEZ CID BERNARDITA DEL C. Y OTROS C/ TRONCOSO JELDRES ALBERTO E. S/ D. Y P. X USO AUTOM."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 389063/2009) – Sentencia: 156/13 – Fecha: 29/10/2013 [ver](#)
- **"MUÑOZ FLORES LIDIA ELIZABETH C/ REVELLO JUAN CARLOS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO DE AUTOMOTOR C/ LESIÓN O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 367400/2008) – Sentencia: 190/13 – Fecha: 19/12/2013 [ver](#)

Acción de amparo

- **"LAGOS NORMA EDITH C/ MUNICIPALIDAD DE CHOS MALAL S/ ACCIÓN DE AMPARO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil - (Expte.: 58/2012) – Acuerdo: 03/14 – Fecha: 14/02/2014 [ver](#)
- **"KREITMAN BEATRIZ ISABEL Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería N° 4 - I Circunscripción Judicial - (Expte.: 476640/2013) – Sentencia: S/N – Fecha: 03/02/2014 [ver](#)
- **"ZOIA CLAUDIO OSCAR Y OTROS C/ COOP. DE SERV. PUBL. PLOTTIER LT S/ ACCION DE AMPARO"**- Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería N° 2 - I Circunscripción Judicial - (Expte.: 472059/2012) – Sentencia: S/N – Fecha: 13/02/2014 [ver](#)



Acción penal

- **"MORALES EMANUEL RAÚL ADAN S/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL EMPLEO DE ARMA DE FUEGO "** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 96/2011) – Acuerdo: 107/13 – Fecha: 26/08/2013 [ver](#)

Actos procesales

- **"BRAVO PAVON NERY JANNET C/ ORIGENES SEGUROS S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 370343/2008) – Sentencia: 102/11 – Fecha: 28/06/2011 [ver](#)
- **"CORTES JORGE LUIS C/ ARDITO ROMINA VALERIA Y OTRO S/ COBRO SUMARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 414097/2010) – Interlocutoria: 418/11 – Fecha: 06/10/2011 [ver](#)

Alimentos

- **"C. N. C. C/ A. M. R. S/ ALIMENTOS PARA EL CONYUGUE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 54320/2012) – Sentencia: 17/14 – Fecha: 31/01/2014 [ver](#)

Contratos

- **"COMASA S.A. C/ CHROMU S.A. S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil - (Expte.: 215/2009) – Acuerdo: 01/14 – Fecha: 13/02/2014 [ver](#)

Contratos administrativos

- **"LAUTEC S.R.L. C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa -(Expte.: 3444/2011) – Acuerdo: 62/13 – Fecha: 16/12/2013 [ver](#)

Contrato de trabajo

- **"ARIAS MARTA BEATRIZ C/ ELECTRICIDAD BELGRANO S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 425820/2010) – Sentencia: 212/13 – Fecha: 10/12/2013 [ver](#)
- **"LILLO MAXIMINO C/ BASANTA HUGO HECTOR Y OTROS S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 2319/2011) – Sentencia: 206/13 – Fecha: 05/12/2013 [ver](#)
- **"DUARTE RIVAS CESAR ALEXIS C/ MEDANITO S.A. S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 353404/2007) – Sentencia: 201/13 – Fecha: 14/11/2013 [ver](#)
- **"ORTIZ SANHUEZA ROMINA GISEL C/ BAYTON S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I



Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 425767/2010) – Sentencia: 03/14 – Fecha: 06/02/2014 [ver](#)

- **"LILLO JULIO RUBEN C/ CANALI ELIO ROQUE S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 413918/2010) – Sentencia: 184/13 – Fecha: 17/12/2013 [ver](#)
- **"GARRIDO FRANCISCO C/ CLIBA ING. AMB. S.A. ECSAN S.A. UTE S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 416206/2010) – Sentencia: 01/14 – Fecha: 04/02/2014 [ver](#)

Cuestión abstracta

- **"KREITMAN BEATRIZ Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa - (Expte.: 1162/2004) – Acuerdo: 1380/07 – Fecha: 07/06/2007 [ver](#)

Daños y perjuicios

- **"LATORRE FLORES VICTORIA DEL C. C/DIODATO ANDREA YANINA Y OTRO S/ D.Y P. POR USO AUTOMOTOR C/LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 355171/2007) – Sentencia: 96/11 – Fecha: 28/06/2011 [ver](#)

Delitos contra la integridad sexual

- **"L. J. C. S/ ABUSO SEXUAL CON Y SIN ACCESO CARNAL Y CORRUPCION DE MENORES – AMENAZAS SIMPLES (3 HECHOS) Y VIOLACION DE DOMICILIO EN CONCURSO REAL"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 123/2011) – Acuerdo: 187/13 – Fecha: 20/12/2013 [ver](#)

Derecho colectivo del trabajo

- **"ESPARZA RICARDO ALBERTO M. C/ ESCALA SUR S.R.L. S/ DESPIDO"**- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 412563/2010) – Sentencia: 183/13 – Fecha: 12/12/2013 [ver](#)

Derechos reales

- **"PANOZZO DARIO RUBEN C/ SUCES. DE MENGELLE AUGUSTO LUIS S/ PRESCRIPCION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 309591/2004) – Sentencia: 204/13 – Fecha: 03/12/2013 [ver](#)
- **"MORALES CARLOS ANTONIO C/ TOMAS DE CARRIO TERESA S/ POSESION VEINTEAÑAL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 392346/2009) – Sentencia: 216/13 – Fecha: 27/12/2013 [ver](#)

Divorcio

- **"M. C. C/ F. G. E. S/ SEPARACION X CAUSAL OBJETIVA"** - Cámara de Apelaciones en



lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 47391/2011) – Sentencia: 16/14 – Fecha: 31/01/2014 [ver](#)

Ejecución de la pena

- **"CÓRDOBA JUAN CARLOS S/ EJECUCIÓN DE CONDENA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 10/2012) – Acuerdo: 176/13 – Fecha: 11/12/2013 [ver](#)

Empleo Público

- **"FUENTES FRANCISCO JAVIER Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa - (Expte.: 1844/2006) – Acuerdo: 60/13 – Fecha: 16/12/2013 [ver](#)
- **"COUYOUPETROU SILVIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa - (Expte.: 3052/2010) – Acuerdo: 64/13 – Fecha: 26/12/2013 [ver](#)

Filiación

- **"D. N. I. C/ C. M. N. Y OTROS S/ IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 20909/2005) – Sentencia: 187/13 – Fecha: 19/12/2013 [ver](#)

Jubilaciones y pensiones

- **"CAMPOS AUDELINA Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa (Expte.: 2035/2007) – Acuerdo: 56/13 – Fecha: 06/12/2013 [ver](#)
- **"BUAMSCHA EDUARDO GUILLERMO C/ ISSN Y PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa - (Expte.: 2729/2009) – Acuerdo: 59/13 – Fecha: 16/12/2013 [ver](#)

Jurisdicción y competencia

- **"COSTARELLI MARIO ALFREDO C/ COLEGIO FARMACÉUTICO PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN DE NULIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa - (Expte.: 2244/2007) – Interlocutoria: 6271/08 – Fecha: 07/04/2008 [ver](#)

Partes del proceso

- **"PIZARRO DANIEL JESÚS S/ VIOLACIÓN DE DOMICILIO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 79/2012) – Acuerdo: 179/13 – Fecha: 13/12/2013 [ver](#)
- **"R. G. E. S/ ABUSO SEXUAL"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 05/2013) – Acuerdo: 181/13 – Fecha: 13/12/2013 [ver](#)
- **"IBAÑEZ OSCAR ACRICIO C/ GRUICH ANA LAURA Y OTROS S/ DESALOJO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 344151/2006) – Sentencia: 235/11 – Fecha: 25/10/2011 [ver](#)

Participación criminal



- **"ANTIÑIR PATRICIO - ANTIÑIR DANIEL Y GONZALEZ POO ROBERTO S/ HOMICIDIO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 151/2013) – Acuerdo: 186/13 – Fecha: 16/12/2013 [ver](#)

Penas

- **"VALVERDE JOSÉ RAMÓN S/ ABUSO DE ARMA CALIFICADO POR EL CONCURSO PREMEDITADO DE DOS O MÁS PERSONAS –DOS HECHOS-, TRIPLE HOMICIDIO CALIFICADO POR ALEVOSÍA Y POR EL CONCURSO PREMEDITADO DE DOS O MÁS PERSONAS –DOS HECHOS CONSUMADOS- EN PERJUICIO DE BECERRA URRUTIA Y DE CAMPOS, UN HECHO EN GRADO DE TENTATIVA EN PERJUICIO DE RIOSECO, AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO Y LA INTERVENCIÓN DE UN MENOR DE EDAD, TODO EN CONCURSO REAL"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 43/2013) – Acuerdo: 177/13 – Fecha: 11/12/2013 [ver](#)
- **"CORONEL JORGE OMAR S/ HOMICIDIO Y ROBO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 52/2013) – Acuerdo: 183/13 – Fecha: 16/12/2013 [ver](#)

Poderes del Estado

- **"QUIROGA HORACIO RODOLFO –INTENDENTE DE LA CIUDAD DE NEUQUEN– C/ CONCEJO DELIBERANTE DE LA CIUDAD DE NEUQUEN S/ CONFLICTO INTERNO MUNICIPAL"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa - (Expte.: 3377/2011) – Acuerdo: 02/13 – Fecha: 06/05/2013 [ver](#)

Procedimiento laboral

- **"FERNÁNDEZ AEDO ÁNGEL BERNARDO C/ PROTECCIÓN CATÓDICA DEL COMAHUE S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil - (Expte.: 231/2009) – Acuerdo: 60/13 – Fecha: 03/12/2013 [ver](#)
- **"MONTECINO MIGUEL R. C/ TEXEY S.R.L. Y OTROS S/ DESPIDO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil - (Expte.: 23/2008) – Acuerdo: 59/13 – Fecha: 27/11/2013 [ver](#)

Procedimiento penal

- **"QUIROGA MARIA INES – SALAS PABLO ELIER S/ HOMICIDIO CULPOSO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 138/2012) – Acuerdo: 184/13 – Fecha: 16/12/2013 [ver](#)

Procesos de ejecución

- **"ZANELATO CARLA C/ SALVATORI RICARDO Y OTRO S/ EJECUCIÓN HONORARIOS E/A:177042/97"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 1183/2007) – Interlocutoria: 284/09 – Fecha: 27/10/2009 [ver](#)
- **"S.E.I.S.P.A. S.A. C/ CONSTRU COL SRL S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 415093/2010) – Sentencia: 152/11 – Fecha: 30/08/2011 [ver](#)
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ GARRIDO DOMINGO ANTONIO S/ APREMIO"**- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial –



Secretaría Sala III - (Expte.: 462880/2012) – Sentencia: 166/13 – Fecha: 12/11/2012 [ver](#)

- **"CREDITO AUTOMATICO S.A. C/ CUEVAS CONCEPCION OLGA S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 215284/1998) – Sentencia: 157/13 – Fecha: 29/10/2013 [ver](#)

Procesos sucesorios

- **"DATES JOSÉ ANTONIO S/ SUCESIÓN AB-INTESTATO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil - (Expte.: 45/2011) – Acuerdo: 02/14 – Fecha: 13/02/2014 [ver](#)

Prueba

- **"P. N. D. A. S/ ABUSO SEXUAL"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 112/2012) – Acuerdo: 190/13 – Fecha: 20/12/2013 [ver](#)

Remoción de jueces

- **"GRACIELA BEATRÍZ ROSSI S/ JURADO DE ENJUICIAMIENTO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 158/2013) – Acuerdo: 173/13 – Fecha: 09/12/2013 [ver](#)

Resoluciones judiciales

- **"SANABRIA AMARILLA GUSTAVO S/ HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 223/2011) – Acuerdo: 169/13 – Fecha: 03/12/2013 [ver](#)

Responsabilidad civil

- **"VIDAL MIRIAN DEL CARMEN Y OTRO C/ GENERAL MOTORS ARG. S.R.L. Y OTROS S/ RESOLUCION DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 413311/2010) – Sentencia: 203/13 – Fecha: 14/11/2013 [ver](#)

Responsabilidades especiales

- **"SERASSIO SILVIA GABRIELA C/ BANCO PROVINCIA DEL NEUQUEN S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** (Expte.: 392206/2009) – Sentencia: 167/13 – Fecha: 12/11/2013 [ver](#)

Sociedades Comerciales

- **"GAS Y PETROLEO DE NEUQUEN S.A. - ROVELLA CARRANZA S.A.U.T.E. S/ INSCRIPCION DE ADENDA UTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 17284/2010) – Interlocutoria: 309/11 – Fecha: 26/07/2011 [ver](#)
- **"GAS Y PETROLEO DE NEUQUEN SOCIEDAD ANONIMA CON PARTICIPACION ROVELLA CARRAZA S.A. AREA LA RIBERA I Y II S/ INSCRIPCIÓN ADENDA UTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 17818/2011) – Interlocutoria: 118/12 – Fecha: 19/04/2012 [ver](#)

Sucesiones



- **"DE TROCHI LUIS MARIANO C/ SIMON TERESA S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"**- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 388169/2009) – Sentencia: 177/13 – Fecha: 21/11/2013 [ver](#)

Suspensión del juicio a prueba

- **"ESCOBAR ROBERTO ANTONIO – CARABAJAL OTILIA DEL VALLE – MARQUEZ SILVIA ANAHI S/ PRIVACIÓN ILEGITIMA DE LA LIBERTAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 53/2011) – Acuerdo: 188/13 – Fecha: 20/12/2013 [ver](#)
- **"GAAB MIGUEL ÁNGEL – MARIPE ANDRÉS JESÚS – SCARFI CARLOS GUILLERMO – GENTILI ALDO LUIS S/ ADMINISTRACIÓN INFIEL"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 245/2012) – Acuerdo: 189/13 – Fecha: 20/12/2013 [ver](#)



Por Carátula

- **"ANTIÑIR PATRICIO - ANTIÑIR DANIEL Y GONZALEZ POO ROBERTO S/ HOMICIDIO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 151/2013) – Acuerdo: 186/13 – Fecha: 16/12/2013 [ver](#)
- **"ARIAS MARTA BEATRIZ C/ ELECTRICIDAD BELGRANO S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 425820/2010) – Sentencia: 212/13 – Fecha: 10/12/2013 [ver](#)
- **"BORQUEZ CID BERNARDITA DEL C. Y OTROS C/ TRONCOSO JELDRES ALBERTO E. S/ D.Y P. X USO AUTOM."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 389063/2009) – Sentencia: 156/13 – Fecha: 29/10/2013 [ver](#)
- **"BRAVO PAVON NERY JANNET C/ ORIGENES SEGUROS S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 370343/2008) – Sentencia: 102/11 – Fecha: 28/06/2011 [ver](#)
- **"BUAMSCHA EDUARDO GUILLERMO C/ ISSN Y PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa - (Expte.: 2729/2009) – Acuerdo: 59/13 – Fecha: 16/12/2013 [ver](#)
- **"CAMPOS AUDELINA Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa (Expte.: 2035/2007) – Acuerdo: 56/13 – Fecha: 06/12/2013 [ver](#)
- **"C. N. C. C/ A. M. R. S/ ALIMENTOS PARA EL CONYUGUE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 54320/2012) – Sentencia: 17/14 – Fecha: 31/01/2014 [ver](#)
- **"COMASA S.A. C/ CHROMU S.A. S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil - (Expte.: 215/2009) – Acuerdo: 01/14 – Fecha: 13/02/2014 [ver](#)
- **"CÓRDOBA JUAN CARLOS S/ EJECUCIÓN DE CONDENA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 10/2012) – Acuerdo: 176/13 – Fecha: 11/12/2013 [ver](#)
- **"CORONEL JORGE OMAR S/ HOMICIDIO Y ROBO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 52/2013) – Acuerdo: 183/13 – Fecha: 16/12/2013 [ver](#)
- **"CORTES JORGE LUIS C/ ARDITO ROMINA VALERIA Y OTRO S/ COBRO SUMARIO DE PESOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 414097/2010) – Interlocutoria: 418/11 – Fecha: 06/10/2011 [ver](#)
- **"COSTARELLI MARIO ALFREDO C/ COLEGIO FARMACÉUTICO PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN DE NULIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa - (Expte.: 2244/2007) – Interlocutoria: 6271/08 – Fecha: 07/04/2008 [ver](#)
- **"COUYOUPETROU SILVIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa - (Expte.: 3052/2010) – Acuerdo: 64/13 – Fecha: 26/12/2013 [ver](#)
- **"CREDITO AUTOMATICO S.A. C/ CUEVAS CONCEPCION OLGA S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 215284/1998) – Sentencia: 157/13 – Fecha: 29/10/2013 [ver](#)
- **"DATES JOSÉ ANTONIO S/ SUCESIÓN AB-INTESTATO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil - (Expte.: 45/2011) – Acuerdo: 02/14 – Fecha: 13/02/2014 [ver](#)



- **"DE TROCHI LUIS MARIANO C/ SIMON TERESA S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"**- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 388169/2009) – Sentencia: 177/13 – Fecha: 21/11/2013 [ver](#)
- **"D. N. I. C/ C. M. N. Y OTROS S/ IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD"**- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 20909/2005) – Sentencia: 187/13 – Fecha: 19/12/2013 [ver](#)
- **"DUARTE RIVAS CESAR ALEXIS C/ MEDANITO S.A. S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 353404/2007) – Sentencia: 201/13 – Fecha: 14/11/2013 [ver](#)
- **"ESCOBAR ROBERTO ANTONIO – CARABAJAL OTILIA DEL VALLE – MARQUEZ SILVIA ANAHI S/ PRIVACIÓN ILEGITIMA DE LA LIBERTAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 53/2011) – Acuerdo: 188/13 – Fecha: 20/12/2013 [ver](#)
- **"ESPARZA RICARDO ALBERTO M. C/ ESCALA SUR S.R.L. S/ DESPIDO"**- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 412563/2010) – Sentencia: 183/13 – Fecha: 12/12/2013 [ver](#)
- **"FERNÁNDEZ AEDO ÁNGEL BERNARDO C/ PROTECCIÓN CATÓDICA DEL COMAHUE S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil - (Expte.: 231/2009) – Acuerdo: 60/13 – Fecha: 03/12/2013 [ver](#)
- **"FUENTES FRANCISCO JAVIER Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa - (Expte.: 1844/2006) – Acuerdo: 60/13 – Fecha: 16/12/2013 [ver](#)
- **"GAAB MIGUEL ÁNGEL – MARIPE ANDRÉS JESÚS – SCARFI CARLOS GUILLERMO – GENTILI ALDO LUIS S/ ADMINISTRACIÓN INFIEL"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 245/2012) – Acuerdo: 189/13 – Fecha: 20/12/2013 [ver](#)
- **"GARRIDO FRANCISCO C/ CLIBA ING. AMB. S.A. ECSAN S.A. UTE S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 416206/2010) – Sentencia: 01/14 – Fecha: 04/02/2014 [ver](#)
- **"GAS Y PETROLEO DE NEUQUEN S.A. - ROVELLA CARRANZA S.A.U.T.E. S/ INSCRIPCIÓN DE ADENDA UTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 17284/2010) – Interlocutoria: 309/11 – Fecha: 26/07/2011 [ver](#)
- **"GAS Y PETROLEO DE NEUQUEN SOCIEDAD ANONIMA CON PARTICIPACION ROVELLA CARRAZA S.A. AREA LA RIBERA I Y II S/ INSCRIPCIÓN ADENDA UTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 17818/2011) – Interlocutoria: 118/12 – Fecha: 19/04/2012 [ver](#)
- **"GRACIELA BEATRÍZ ROSSI S/ JURADO DE ENJUICIAMIENTO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 158/2013) – Acuerdo: 173/13 – Fecha: 09/12/2013 [ver](#)
- **"IBAÑEZ OSCAR ACRICIO C/ GRUICH ANA LAURA Y OTROS S/DESALOJO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 344151/2006) – Sentencia: 235/11 – Fecha: 25/10/2011 [ver](#)
- **"JAUQUE HAYDEE Y OTRO C/ HERMOSILLA SOTO JUAN EDUARDO Y OTRO S /D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 386428/2009) – Sentencia: 218/13 – Fecha: 26/12/2013 [ver](#)
- **"KREITMAN BEATRIZ ISABEL Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"** - Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería N°



- 4 - I Circunscripción Judicial - (Expte.: 476640/2013) – Sentencia: S/N – Fecha: 03/02/2014 [ver](#)
- **"KREITMAN BEATRIZ Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa - (Expte.: 1162/2004) – Acuerdo: 1380/07 – Fecha: 07/06/2007 [ver](#)
 - **"L. J. C. S/ ABUSO SEXUAL CON Y SIN ACCESO CARNAL Y CORRUPCION DE MENORES – AMENAZAS SIMPLES (3 HECHOS) Y VIOLACION DE DOMICILIO EN CONCURSO REAL"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 123/2011) – Acuerdo: 187/13 – Fecha: 20/12/2013 [ver](#)
 - **"LAGOS NORMA EDITH C/ MUNICIPALIDAD DE CHOS MALAL S/ ACCIÓN DE AMPARO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil - (Expte.: 58/2012) – Acuerdo: 03/14 – Fecha: 14/02/2014 [ver](#)
 - **"LATORRE FLORES VICTORIA DEL C. C/DIODATO ANDREA YANINA Y OTRO S/ D.Y P. POR USO AUTOMOTOR C/LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 355171/2007) – Sentencia: 96/11 – Fecha: 28/06/2011 [ver](#)
 - **"LAUTEC S.R.L. C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa -(Expte.: 3444/2011) – Acuerdo: 62/13 – Fecha: 16/12/2013 [ver](#)
 - **"LILLO JULIO RUBEN C/ CANALI ELIO ROQUE S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 413918/2010) – Sentencia: 184/13 – Fecha: 17/12/2013 [ver](#)
 - **"LILLO MAXIMINO C/ BASANTA HUGO HECTOR Y OTROS S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 2319/2011) – Sentencia: 206/13 – Fecha: 05/12/2013 [ver](#)
 - **"M. C. C/ F. G. E. S/ SEPARACION X CAUSAL OBJETIVA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 47391/2011) – Sentencia: 16/14 – Fecha: 31/01/2014 [ver](#)
 - **"MAGGIO LAUREANA C/VILU S.R.L.Y OTRO S/ D. y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 371884/2008) – Sentencia: 01/14 – Fecha: 04/02/2014 [ver](#)
 - **"MONTECINO MIGUEL R. C/ TEXEY S.R.L. Y OTROS S/ DESPIDO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil - (Expte.: 23/2008) – Acuerdo: 59/13 – Fecha: 27/11/2013 [ver](#)
 - **"MORALES CARLOS ANTONIO C/ TOMAS DE CARRIO TERESA S/ POSESION VEINTEAÑAL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 392346/2009) – Sentencia: 216/13 – Fecha: 27/12/2013 [ver](#)
 - **"MORALES EMANUEL RAÚL ADAN S/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL EMPLEO DE ARMA DE FUEGO "** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 96/2011) – Acuerdo: 107/13 – Fecha: 26/08/2013 [ver](#)
 - **"MUÑOZ FLORES LIDIA ELIZABETH C/ REVELLO JUAN CARLOS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO DE AUTOMOTOR C/ LESIÓN O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 367400/2008) – Sentencia: 190/13 – Fecha: 19/12/2013 [ver](#)
 - **"ORTIZ SANHUEZA ROMINA GISEL C/ BAYTON S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 425767/2010) – Sentencia: 03/14 – Fecha: 06/02/2014 [ver](#)



- **"PANOZZO DARIO RUBEN C/ SUCES. DE MENGELLE AUGUSTO LUIS S/ PRESCRIPCION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 309591/2004) – Sentencia: 204/13 – Fecha: 03/12/2013 [ver](#)
- **"PIZARRO DANIEL JESÚS S/ VIOLACIÓN DE DOMICILIO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 79/2012) – Acuerdo: 179/13 – Fecha: 13/12/2013 [ver](#)
- **"P. N. D. A. S/ ABUSO SEXUAL"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 112/2012) – Acuerdo: 190/13 – Fecha: 20/12/2013 [ver](#)
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ GARRIDO DOMINGO ANTONIO S/ APREMIO"**- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 462880/2012) – Sentencia: 166/13 – Fecha: 12/11/2012 [ver](#)
- **"QUIROGA HORACIO RODOLFO –INTENDENTE DE LA CIUDAD DE NEUQUEN– C/ CONCEJO DELIBERANTE DE LA CIUDAD DE NEUQUEN S/ CONFLICTO INTERNO MUNICIPAL"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa - (Expte.: 3377/2011) – Acuerdo: 02/13 – Fecha: 06/05/2013 [ver](#)
- **"QUIROGA MARIA INES – SALAS PABLO ELIER S/ HOMICIDIO CULPOSO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 138/2012) – Acuerdo: 184/13 – Fecha: 16/12/2013 [ver](#)
- **"R. G. E. S/ ABUSO SEXUAL"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal -(Expte.: 05/2013) – Acuerdo: 181/13 – Fecha: 13/12/2013 [ver](#)
- **"ROBLEDO ROBERTO ALEJANDRO C/ PAREDES FIGUEROA ADOLFO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 354963/2007) – Sentencia: 210/13 – Fecha: 10/12/2013 [ver](#)
- **"SANABRIA AMARILLA GUSTAVO S/ HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 223/2011) – Acuerdo: 169/13 – Fecha: 03/12/2013 [ver](#)
- **"S.E.I.S.P.A. S.A. C/ CONSTRU COL SRL S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 415093/2010) – Sentencia: 152/11 – Fecha: 30/08/2011 [ver](#)
- **"SERASSIO SILVIA GABRIELA C/ BANCO PROVINCIA DEL NEUQUEN S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** (Expte.: 392206/2009) – Sentencia: 167/13 – Fecha: 12/11/2013 [ver](#)
- **"SOTO CARRASCO JUAN MANUEL C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN Y OTRO S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 351577/2007) – Sentencia: 50/11 – Fecha: 31/03/2011 [ver](#)
- **"VALVERDE JOSÉ RAMÓN S/ ABUSO DE ARMA CALIFICADO POR EL CONCURSO PREMEDITADO DE DOS O MÁS PERSONAS –DOS HECHOS-, TRIPLE HOMICIDIO CALIFICADO POR ALEVOSÍA Y POR EL CONCURSO PREMEDITADO DE DOS O MÁS PERSONAS –DOS HECHOS CONSUMADOS- EN PERJUICIO DE BECERRA URRUTIA Y DE CAMPOS, UN HECHO EN GRADO DE TENTATIVA EN PERJUICIO DE RIOSECO, AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO Y LA INTERVENCIÓN DE UN MENOR DE EDAD, TODO EN CONCURSO REAL"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 43/2013) – Acuerdo: 177/13 – Fecha: 11/12/2013 [ver](#)
- **"VEDOYA PABLO HERNAN C/ DE MARTINO MARCELO Y OTRO S/ D. Y P. INCONSTITUCIONALIDAD L. 24557"**- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III - (Expte.: 372904/2008) – Sentencia: 02/14 – Fecha: 04/02/2014 [ver](#)



- **"VIDAL MIRIAN DEL CARMEN Y OTRO C/ GENERAL MOTORS ARG. S.R.L. Y OTROS S/ RESOLUCION DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 413311/2010) – Sentencia: 203/13 – Fecha: 14/11/2013 [ver](#)
- **"ZANELATO CARLA C/ SALVATORI RICARDO Y OTRO S/ EJECUCIÓN HONORARIOS E/A:177042/97"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 1183/2007) – Interlocutoria: 284/09 – Fecha: 27/10/2009 [ver](#)
- **"ZOIA CLAUDIO OSCAR Y OTROS C/ COOP. DE SERV. PUBL. PLOTTIER LT S/ ACCION DE AMPARO"**- Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería N° 2 - I Circunscripción Judicial - (Expte.: 472059/2012) – Sentencia: S/N – Fecha: 13/02/2014 [ver](#)



[Volver al índice](#) - [Por Organismo](#)
- [Por Tema](#)
- [Por Carátula](#)

"CAMPOS AUDELINA Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa (Expte.: 2035/2007) – Acuerdo: 56/13 – Fecha: 06/12/2013

DERECHO ADMINISTRATIVO: Jubilación y pensiones.

EMPLEO PUBLICO. HABER JUBILATORIO. DIFERENCIA EN LOS HABERES JUBILATORIOS. INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN. DETERMINACIÓN DEL HABER JUBILATORIO. MOVILIDAD DEL HABER JUBILATORIO. PROPORCIONALIDAD. RECHAZO DE LA DEMANDA.

El sistema previsional neuquino, al igual que el nacional, se apoya en la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad, atendiendo a la naturaleza sustitutiva que debe reconocérsele a la prestación (cfr. entre tantos otros, Ac. 931/04).

El régimen de jubilaciones y pensiones estatuido en la Ley provincial 611, se perfila como un sistema contributivo y de reparto, el cual, históricamente, ha sido conceptualizado como el compromiso intergeneracional solidario, por el cual, los activos (con sus aportes y contribuciones) sostienen a los actuales jubilados, con la legítima expectativa de gozar de idéntica actitud de parte de las generaciones venideras. Siendo ello así, para que el sistema subsista, tiene que existir una necesaria ecuación entre ingresos y egresos financieros, cuyo resultado alcance –en los términos ideados- para cubrir un monto que respete la necesaria proporción haber/salario -artículo 38 inc. c) de la Constitución Provincial-; subsistencia y perduración de la protección previsional, que se encuentra condicionada, en un desarrollo que pretenda ser lógico en sus consecuencias, a la inexistencia de factores ajenos de alteración, que lo desarticulen.

Si se produjo merma en los haberes de los trabajadores en actividad, es central destacar que la pauta de proporcionalidad y movilidad contenida en el artículo 38 inc. c) de la Constitución Provincial no se encuentra vulnerada y, desde allí, que sea plausible que los haberes de pasividad sean reducidos en la misma proporción en la que los fueron los de actividad.

Como es de público conocimiento, desde el mes de Enero de 1996 se produjo una reducción en el nivel de las remuneraciones de los agentes públicos dependientes del Poder Ejecutivo, en el que laboraran los actores. Por lo tanto, tal reducción rige para ellos y, en orden a la mentada proporcionalidad de los haberes jubilatorios, la disminución operada en el sector activo necesariamente debe reflejarse en los pasivos, so pena de incurrir -de acogerse la solución propiciada por los reclamantes- en el quiebre del sistema de proporcionalidad aludida.

Texto completo

ACUERDO N° 56. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los seis días del mes de diciembre de dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Dra. Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "CAMPOS AUDELINA Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 2035/07, en trámite por ante la mencionada Sala y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMÁS KOHON, dijo: I.- Se presentan los Sres. Audelina Campos, Franklin Campos, Zenón Cañete, Alfredo Alonso Capdevila, Juana Margarita Cárcamo, Rosa Carinao, María Eugenia I. Castellano, Francisco Ernesto Castillo, Juan Alberto Chandia, Ursula Beatriz Chaves, Mirta Alicia Cheuquel, Carmen Evangelina Códoma, Teresa Cofre, Celestina Contreras, Milton Roque Correa, Osvaldo Hipólito Covati y Juan Segundo Culliqueo y promueven demanda contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén. Solicitan se declare la nulidad de las Resoluciones N° 398/03 y 399/03 y del Decreto 352/04 y se ordene el reintegro de las sumas que se dejaron de percibir, en virtud de las Resoluciones 026/96 y 107/96, en concepto de zona desfavorable por el período junio de 2001 a enero de 2003.

Sostienen que, con el dictado de la Resolución 026/96 y su modificatoria, se vulneró lo establecido en el artículo 54 inc. c) de la Constitución Provincial (hoy artículo 38 inc. c)).

II.- A fs. 41/41 vta., obra copia de la R.I. N° 4534/05, por la que se declara la admisibilidad de la acción.

A fs. 42, obra constancia del escrito de opción por el procedimiento ordinario.



III.- A fs. 49, el Fiscal de Estado toma intervención en los términos del artículo 1° y concordantes de la Ley 1.575.

IV.- A fs. 52/71, el Instituto de Seguridad Social del Neuquén contesta demanda.

Luego de negar los hechos alegados por la parte actora, solicita el rechazo de la acción.

Seguidamente, plantea excepción de prescripción de la acción y, subsidiariamente, en los términos del artículo 92° de la Ley 611.

Dice que los actores, al momento de obtener sus respectivos beneficios previsionales, prestaban funciones en diferentes sectores de la Administración Pública Provincial, que fueron alcanzados, en actividad, por los Decretos del Poder Ejecutivo Provincial que ordenaron la baja del adicional por zona desfavorable. En consecuencia, entiende que no se afectó la proporcionalidad exigida por el Tribunal Superior de Justicia.

No obstante, menciona como “situaciones excepcionales” a la Sra. Celestina Contreras, quien accedió al beneficio con posterioridad a enero de 1.996 y, por otro lado, percibía haberes inferiores a los \$ 500 (igual que el actor Juan Segundo Culliqueo) –por lo que no se aplicaron las Resoluciones N° 26/96 y 107/96-.

Destaca que los actores: Zenón Cañete y Juan Segundo Culliqueo han fallecido, produciendo un corte en el derecho al cobro del beneficio previsional por la extinción del mismo.

Dice que el haber jubilatorio de los actores fue reajustado, por aplicación del artículo 60 de la Ley 611.

En efecto, resalta que tras el dictado de los Decretos 214, 216, 218 y 219 del PEP se redujeron los haberes de los empleados públicos en actividad. Que, en consecuencia, se dictaron las Resoluciones 026 y 107 del año 1996 mediante las cuales se reajustó el haber previsional en un 15,64%.

Aduce que, desde que los reclamantes accedieron al beneficio previsional, se produjeron variaciones positivas en sus haberes.

Postula, que la forma en que se procedió con la movilidad de los haberes previsionales es totalmente legítima, actuándose de conformidad a lo previsto en el artículo 60 y ccs. de la Ley 611, no pudiendo oponerse su parte a lo estatuido por el legislador, lo cual, por lo demás, ocasionaría el quiebre del equilibrio financiero del sistema y el régimen de reciprocidad jubilatoria.

Solicita el rechazo de la demanda, con expresa imposición de costas a la contraria.

V.- A fs. 73/75, la actora responde la excepción de prescripción, solicitando su rechazo.

Mediante R.I. N° 6.256/08 se difiere el tratamiento de la excepción de prescripción para el momento de dictar sentencia.

VI.- A fs. 87, se abre la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 132, colocándose los autos para alegar por Secretaría.

Ambas partes presentan alegatos, los que se encuentran agregados en autos (cfr. fs. 156/159 y 161/166 vta.).

VII.- A fs. 168/170, obra el dictamen del Sr. Fiscal, quien propicia el rechazo de la demanda.

VIII.- A fs. 171, se dispone el llamado de autos, el cual, encontrándose firme y consentido, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

IX.- La temática en cuestión ha sido ampliamente desarrollada por este Cuerpo, en los precedentes “Groch” (Ac. 1685/09), “Cipriani” (Ac. 1703/09), “Cabrera” (Ac. 103/11), entre otros.

Allí se señaló que el planteo posee aristas muy complejas, no sólo porque impone analizar la constitucionalidad del sistema de movilidad previsional, sino porque, además, exige ponderar equilibradamente los alcances de la respuesta, situándonos ante la difícil tarea de dirimir un conflicto en el cual, la colisión de derechos y valores comprometidos, imponen la realización de un juicio que pondere los resultados del pronunciamiento.

X.- Siguiendo la línea argumental de los precedentes citados, corresponde afirmar, tal como ha sostenido este Tribunal, a partir del Acuerdo dictado in re “Messineo” (Ac. 613/99), que el argumento decisivo es de carácter constitucional. Deriva del principio de la necesaria, razonable y equitativa proporcionalidad que ha de haber entre el monto del beneficio previsional que percibe el agente pasivo y el que corresponde a la asignación del cargo de que era titular, al extinguirse o cesar la relación de empleo público.

En efecto, -conforme se señalara en innumerables pronunciamientos- el sistema previsional neuquino, al igual que el nacional, se apoya en la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad, atendiendo a la naturaleza sustitutiva que debe reconocérsele a la prestación (cfr. entre tantos otros, Ac. 931/04).

Se dice entonces, que ésta habrá alcanzado el conveniente nivel, cuando el jubilado conserva una situación patrimonial equilibrada a la que hubiera correspondido de haber seguido en actividad (cfr. CSJN “Sánchez, María del Carmen c/ Adm. Nac. de la Seguridad Social”. LL.mayo/2005).

Y es lógico que ello sea así, habida cuenta que la jubilación constituye una consecuencia de la remuneración que se percibía como contraprestación a la actividad laboral, una vez cesada la misma, y como débito de la comunidad por dicho servicio. Así, cuando se otorga un beneficio, su monto originario responde al propósito de asegurar un ingreso vitalicio que deriva del status del beneficiario, siendo ese ingreso, una proyección que sustituye a la remuneración que el agente percibía cuando estaba en actividad; debe por tanto, el monto originario, guardar una cierta proporción con esa remuneración.



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

Corresponde entonces advertir, que si bien estos dos momentos se presentan como mecanismos independientes (uno sirve para determinar el haber inicial, el otro -fijado en base al nivel de las remuneraciones- para adecuar el haber inicial en lo sucesivo), comparten sin embargo en la práctica, un mismo objetivo axiológico, que no es otro que servir de base para un sistema previsional respetuoso de los principios de proporcionalidad y/o movilidad jubilatoria y/o pensionaria.

Así lo ha señalado la generalidad de la doctrina conformándose al derecho judicial emanado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, afirmándose que la movilidad debe arrojar un haber que resulte razonablemente proporcional al que percibía el jubilado si siguiera en servicio activo (cfr. Bidart Campos "Principios constitucionales en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el artículo 14 bis" T y SS 1981, p. 543). En igual sentido, se indica, que tal directiva resulta un correlato de la garantía de la retribución justa brindada al trabajador en actividad de la que el salario mínimo, vital y móvil, constituye un piso o sea el exponente de menor significación económica, trasladándose el principio al régimen previsional, mediante el mandato de movilidad que asegura que sus beneficiarios mantengan un nivel de vida similar al que les proporcionaba a los trabajadores y a su núcleo familiar las remuneraciones percibidas en la actividad, postulado que puede definirse como el haber justo (cfr. Brito Peret, "Normas, principios y garantías constitucionales atinentes a la Previsión Social" DT 1993-A-164).

XI.- Ahora bien, si la cuestión encierra un debate de interpretación constitucional, cabe partir de la premisa del carácter supremo de los textos constitucionales y, desde allí, de la necesaria adecuación de las leyes a sus previsiones.

Aquí se impone destacar que, a diferencia de lo estatuido por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en el cual no se ha establecido una pauta específica de proporcionalidad, estando sujeto a la prudencia del legislador establecer las condiciones en que dicha garantía se hará efectiva, en el ámbito local está cuantificada por el art. 38 inc. c), siendo un imperativo constitucional, que "la Provincia, mediante la sanción de leyes especiales, asegurará a todo trabajador en forma permanente y definitiva... inc. c) jubilaciones y pensiones móviles, que no serán menores del 80% de lo que perciba el trabajador en actividad".

No obstante, si el mandato constitucional es supremo, no podría nunca el órgano legislativo ni la autoridad de aplicación apartarse de él, desde lo cual, si el mecanismo previsto en el artículo 60 de la Ley 611, provocara una lesión constitucional, tal solución no podría ser amparada jurisdiccionalmente.

La particularidad del tratamiento constitucional es decisivo y, por ende, tal como se expresara en el voto minoritario de Novelli (que luego daría pie a todo el desarrollo argumental de la posición finalmente adoptada por este Tribunal), "...La directiva constitucional no puede ser desconocida en su letra y contenido... Lo contrario importaría alterar el contenido de la manda constitucional con excepciones reglamentarias, cuando ello se encuentra expresamente vedado por el artículo 101 inc. 1) de la Constitución Provincial... la doctrina de la Corte Nacional que se cita como fundamento de la decisión precedente, y en pos de una justificación constitucional de la movilidad establecida en la ley jubilatoria provincial no puede en modo alguno considerarse aplicable al caso... Las situaciones a evaluar no son idénticas porque los ordenamientos constitucionales tampoco lo son..." (Ac. 378/96).

En definitiva, se concluye que el precepto es claro y fija un piso insoslayable para el legislador, en tanto determina la proporción infranqueable del 80% en relación al sueldo que percibe el trabajador al momento de cesar su actividad para acogerse al beneficio jubilatorio, proporción que en orden a la movilidad que el mismo precepto establece, debe mantenerse a lo largo de su vida en pasividad, constituyendo una precisa instrucción al legislador, de instrumentar un sistema normativo acorde a dichas directivas.

A la luz de las consideraciones expuestas, surge que la manda prevista en el artículo 38 inc. c) de la Constitución Provincial es netamente operativa, debiendo la legislación y las reglamentaciones dictadas en su consecuencia, reflejar y garantizar la proporcionalidad que tal manda constitucional garantiza. Proporcionalidad que deberá estar presente en los dos momentos a que aludiera en el principio: determinación inicial y movilidad posterior.

XII.- Dentro del contexto normativo descripto, los actores pretenden las diferencias correspondientes a la merma ocasionada por aplicación de las Resoluciones 26/96 y 107/96.

Por ello, el análisis tampoco puede escindirse del contexto fáctico en el que ha de desarrollarse.

En este orden, tal como se ha indicado en anteriores oportunidades (cfr. entre otros, Ac. 1700/09, Ac. 1703/09, Ac. 103/11, 105/11), debe existir una necesaria interrelación, que a mi criterio existe, entre lo percibido por los trabajadores en actividad, lo aportado al sistema y el consecuente haber de jubilación.

El régimen de jubilaciones y pensiones estatuido en la Ley provincial 611, se perfila como un sistema contributivo y de reparto, el cual, históricamente, ha sido conceptualizado como el compromiso intergeneracional solidario, por el cual, los activos (con sus aportes y



contribuciones) sostienen a los actuales jubilados, con la legítima expectativa de gozar de idéntica actitud de parte de las generaciones venideras.

Desde esta perspectiva, al estar el régimen organizado a través de una institución separada de la Provincia, dotada de recursos genuinos recaudados por los procedimientos regulados legislativamente (conforme lo previsto por el artículo 1º de la Ley 611, el Instituto de Seguridad Social del Neuquén actuará con Personería Jurídica e individualidad financiera propia, como ente autárquico de la Administración Pública), no se puede eludir la insistencia en orden a la fuente de financiación del sistema, la cual proviene fundamentalmente de los aportes de los trabajadores y contribuciones de los organismos empleadores (cfr. artículo 12 y ss. de la Ley 611).

Siendo ello así, debo asumir, que para que el sistema subsista, tiene que existir una necesaria ecuación entre ingresos y egresos financieros, cuyo resultado alcance –en los términos ideados- para cubrir un monto que respete la necesaria proporción haber/salario -artículo 38 inc. c) de la Constitución Provincial-; subsistencia y perduración de la protección previsional, que se encuentra condicionada, en un desarrollo que pretenda ser lógico en sus consecuencias, a la inexistencia de factores ajenos de alteración, que lo desarticulen.

Por ello, es que estimo que ante el estado de cosas actual y real (conforme al debido respeto de las instituciones, ha de estarse a la solución jurisdiccional desestimatoria de los reclamos del sector activo), no puedo sino propiciar una solución desestimatoria, en aquéllos casos en los que se produjo una merma en los haberes de los trabajadores en actividad, al entender, que si el sistema se presenta como una suerte de mecanismo de distribución de fondos obtenidos en un momento dado, esta última variable lejos de ser ignorada, debe tener concreta y práctica ponderación, con fundamento, además, “en exigencias superiores de causa política salvadora de su propia subsistencia o su desenvolvimiento regular” (Fallos 323:4205).

En estos supuestos, si se produjo merma en los haberes de los trabajadores en actividad, es central destacar que la pauta de proporcionalidad y movilidad contenida en el artículo 38 inc. c) de la Constitución Provincial no se encuentra vulnerada y, desde allí, que sea plausible -dado el excepcional contexto reseñado- que los haberes de pasividad sean reducidos en la misma proporción en la que los fueron los de actividad.

Por el contrario, cuando dicha merma no se registró para los trabajadores en actividad, el argumento constitucional se presenta decisivo y, en orden a las particularidades que diferencian el esquema local del nacional, las demandas deben prosperar.

Es que, cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la Constitución, de modo tal que llega a ponerse en colisión con enunciados de jerarquía constitucional, puede el juzgador apartarse de tal precepto y omitir su aplicación a efectos de asegurar la primacía de la Ley Fundamental (cfr. Fallos 292:383, entre otros).

XIII.- Surge de las constancias de autos que los actores, al momento de jubilarse, prestaban servicios dentro de la órbita de la Administración Central.

En efecto, Audelina Campos prestaba servicios en el Ministerio de Hacienda, Obras y Servicios Públicos (cfr. informe de fs. 102 y expediente administrativo N° 2408-119057/7).

Asimismo, los actores Franklin Campos y Juan Segundo Culliqueo prestaban servicios en la Dirección de Vialidad Provincial (cfr. informe de fs. 113 y expedientes administrativos N° 2408-71023/7 y 2707-6297/86). Asimismo, la Sra. Celestina Contreras es pensionada del Sr. Juan Andrés Montecino quien también se desempeñaba en la Dirección Provincial de Vialidad Provincial (cfr. informe de fs. 113 y expediente administrativo N° 2408-135117/8).

Zenón Cañete y Alfredo Alonso Capdevila trabajaban al momento de jubilarse en el Ministerio de Obras y Servicios Públicos (cfr. informe de fs. 102 y expedientes administrativos N° 2408-85433/3 y 2408-56735/2) y Osvaldo Hipólito Covati en el Instituto de Seguridad Social de Neuquén (cfr. informe de fs. 102 y expediente administrativo N° 2408-115780/2).

Juana Margarita Cárcamo, Úrsula Beatriz Cháves, Teresa Cofre, Mirta Alicia Cheuquel y Francisco Ernesto Castillo, al cese, laboraban en el Ministerio de Salud y Seguridad Social al igual que el Sr. Juan Ignacio Marichelar (esposo de la Sra. Rosa Carinao, quien se presenta en su carácter de pensionada) (cfr. informe de fs. 102 y expedientes administrativos N° 2408-36981/9, 2408-88554/6, 2408-137036/8, 2408-139288/9, 2408-137669/6 y 2408-116535/7). Juan Alberto Chandia y Milton Roque Correa, prestaron servicios en la Secretaría General de la Gobernación, Ministerio de Gobierno (cfr. informe de fs. 113 y expediente administrativo N° 2408-14128/76 y 2408-58555/4).

María Eugenia Castellano, hasta el momento de jubilarse trabajó en la Subsecretaría de Cultura – Ministerio de Acción Social (cfr. informe de fs. 102 y expediente administrativo N° 2408-138628/0).

Por último, la Sra. Carmen Evangelina Códoma prestaba servicios en el Ministerio de Producción y Turismo (cfr. informe de fs. 102 y expediente administrativo N° 2408-126339/4).

Como es de público conocimiento, desde el mes de Enero de 1996 se produjo una reducción en el nivel de las remuneraciones de los agentes públicos dependientes del Poder Ejecutivo, en el que laboraran los actores. Por lo tanto, tal reducción rige para ellos y, en orden a la mentada proporcionalidad de los haberes jubilatorios, la disminución operada en el sector activo necesariamente debe reflejarse en los pasivos, so pena de incurrir -de acogerse la solución propiciada por los reclamantes- en el quiebre del sistema de proporcionalidad aludida.



En consecuencia, las resoluciones del Instituto de Seguridad Social de Neuquén, lejos de estar viciadas de inconstitucionalidad, se ajustan en forma inmediata a los términos de los arts. 56 y 60 de la Ley 611 e, indirectamente, no presentan discordancia alguna con la Carta Magna Local, por cuanto, en lo que hacen a la situación de los actores como jubilados “del Poder Ejecutivo Provincial”, respetan la proporcionalidad que imperativamente debe regir, con relación a la remuneración de la categoría de revista con que accedieran al beneficio jubilatorio.

XIV.- Por estas consideraciones, al estar el régimen organizado a través de una institución separada de la Provincia, dotada de recursos genuinos recaudados por los procedimientos regulados legislativamente (conforme lo previsto por el artículo 1° de la Ley 611, el Instituto de Seguridad Social del Neuquén actuará con Personería Jurídica e individualidad financiera propia, como ente autárquico de la Administración Pública), no puedo eludir la insistencia en orden a la fuente de financiación del sistema, la cual, conforme se ha explicitado, proviene fundamentalmente, de los aportes de los trabajadores y contribuciones de los organismos empleadores (cfr. artículo 12 y ss. de la Ley 611).

Siendo ello así, igualmente debo asumir que, para que el sistema subsista, tiene que existir una necesaria ecuación entre ingresos y egresos financieros, salvado el supuesto en los cuales la razón constitucional se imponga como límite infranqueable.

Es por ello que, no presentándose en este caso una vulneración a las disposiciones del artículo 38 inc. c) de la Constitución Provincial, la demanda no podrá prosperar, deviniendo abstracto el tratamiento de los restantes planteos.

XV.- Por estas consideraciones, debo propiciar el rechazo de la demanda de los actores. En estos casos, las costas, teniendo en cuenta el carácter controversial de la cuestión y la naturaleza de los derechos en pugna, estimo equitativo fijarlas en el orden causado (art. 68, segundo párrafo del C.P.C.yC., de aplicación supletoria en la materia). TAL MIVOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI, dijo: Adhiero a las consideraciones efectuadas en el voto que antecede, por lo que emito el mío en igual sentido. MIVOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) RECHAZAR la demanda deducida por los Sres. Audelina Campos, Franklin Campos, Zenón Cañete, Alfredo Alonso Capdevila, Juana Margarita Cárcamo, Rosa Carinao, María Eugenia I. Castellano, Francisco Ernesto Castillo, Juan Alberto Chandía, Ursula Beatriz Chaves, Mirta Alicia Cheuquel, Carmen Evangelina Códoma, Teresa Cofre, Celestina Contreras, Milton Roque Correa, Osvaldo Hipólito Covati y Juan Segundo Culliqueo; 2°) Costas por su orden (art. 68, segunda parte, del C.P.C.yC.); 3°) Diferir la regulación de honorarios profesionales hasta tanto se cuente con pautas para ello; 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 Actuaría, que certifica.

Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI
Dra. LUISA A. BERMUDEZ – Secretaria

[Volver al índice](#) - [Por Organismo](#)
- [Por Tema](#)
- [Por Carátula](#)

"BUAMSCHA EDUARDO GUILLERMO C/ ISSN Y PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa - (Expte.: 2729/2009) – Acuerdo: 59/13 – Fecha: 16/12/2013

DERECHO ADMINISTRATIVO: Jubilaciones y pensiones.

DIPUTADO PROVINCIAL. APORTES PREVISIONALES. PROCESO MILITAR. HABER JUBILATORIO. RECHAZO DE LA DEMANDA.

Corresponde rechazar la demanda incoada por el actor en su carácter de ex Diputado Provincial contra el Instituto de Seguridad Social y la Provincia de Neuquén; pretendiendo el reconocimiento de sus aportes previsionales durante el período de tiempo que va desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 10 de diciembre de 1983, por cuando no resulta aplicable la Ley 1536 cuyo objetivo principal fue reincorporar al personal de la Administración Pública Provincial que había sido cesanteado durante el proceso militar en el marco del Decreto 69/76, Ley 939, correlativas y modificatorias, y con la reincorporación del agente se dispuso el reconocimiento de los servicios, incluyéndose a las personas que se encontraban en situación de acceder a la jubilación ordinaria o por edad avanzada (artículo 8° de la Ley 1536), toda vez que el actor, al momento en que acaecieron los hechos bajo análisis, ejercía un cargo electivo, “diputado provincial”, y por lo tanto, el motivo de su baja no se fundó en el Decreto mencionado sino que tuvo origen en el Acta de la junta militar de fecha 25 de marzo de 1976 que ordenó disolver las legislaturas provinciales.

El accionante nunca podría haber sido reincorporado en el cargo. Los Diputados ejercen un mandato de



naturaleza constitucional que se extiende a un período de cuatro años (su régimen está expresamente establecido en la Constitución Provincial -cfr. artículo 73° de la Constitución Provincial, actual artículo 162°). En este orden surge del Debate Parlamentario que el término “agente dejado cesante” intenta proteger al empleo público, es decir al personal administrativo de cada uno de los tres poderes, entes descentralizados o empresas del estado (véase artículo 1° de la Ley 1536 “personal civil de la Administración pública, en el Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, organismos descentralizados, empresas del Estado provincial”). En este contexto, se concluye que el ejercicio del mandato de diputado no se asimila al “empleo público” a los fines de acceder al reconocimiento “ficto” de servicios.

Texto completo

ACUERDO N° 59. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los dieciséis días del mes de diciembre de dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por el Señor Vocal Titular Doctor OSCAR E. MASSEI y la Señora Vocal Subrogante Doctora LELIA GRACIELA M. DE CORVALAN, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Doctora LUISA A. BERMUDEZ, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “BUAMSCHA EDUARDO GUILLERMO C/ ISSN Y PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. 2729/09, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- A fs. 19/21 vta. se presenta el apoderado del Señor Eduardo Guillermo Buamscha, con patrocinio letrado e interpone demanda contra el Instituto de Seguridad Social de Neuquén y la Provincia de Neuquén. Solicita se declare la nulidad del Decreto n° 774/09 del Poder Ejecutivo Provincial. Pretende el reconocimiento de sus aportes previsionales durante el período de tiempo que va desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 10 de diciembre de 1983. Bajo el acápite “Antecedentes” relata que, a partir del 3 de mayo de 1973, se desempeñó como Diputado Provincial en la Provincia de Neuquén, elegido por el voto popular y democrático, hasta el 24 de marzo de 1976, fecha en que dejó de funcionar la Honorable Legislatura y quedó detenido ilegítimamente a disposición del Poder Ejecutivo Nacional. Aduce que, su detención se prolongó por el lapso de 2.756 días, desde marzo de 1976 hasta octubre de 1983, momento en el cual recuperó su libertad. Dicha situación considera que se acredita con la Resolución N° 1666/94 expedida por el Ministerio del Interior de la Nación.

Luego pretende que, con los antecedentes citados, se realice el reconocimiento “ficto” de aportes previsionales durante el período de tiempo que duró la dictadura militar.

Fundamenta lo peticionado en la Ley Provincial N° 1536 y en los reclamos administrativos menciona la Ley 1282.

Sostiene que hay una manifiesta y evidente contradicción entre la Ley 1536 y el artículo 1° del Decreto Reglamentario N° 1276/84, por cuanto la ley reconoce un derecho sin limitaciones ni condicionamientos, mientras su decreto reglamentario lo limita y condiciona.

Indica que es necesario, ante la contradicción entre dos normas, determinar cual es aplicable a la situación particular y, a tal fin, la primer herramienta es el principio de prelación de las leyes u orden jerárquico normativo y, en consecuencia, la ley es jerárquicamente superior a un Decreto por lo que la ley prevalece.

En función de lo expuesto, menciona los precedentes de las Sras. René Etelvina Chaves y Liliana Cristina Obregón y destaca que en dichos supuestos el Poder Ejecutivo reconoció el derecho a pesar de que la solicitud fue extemporánea.

Ofrece prueba.

II.- A fs. 48/48 vta. se declara la admisibilidad formal de la acción mediante la R.I. N° 90/09.

III.- A fs. 50 el actor opta por el proceso ordinario y ofrece prueba.

IV.- A fs. 64/67 vta. el Fiscal de Estado de la provincia plantea la defensa de prescripción y contesta demanda.

Manifiesta que surge de los antecedentes agregados a la causa y de las afirmaciones de la actora, que el hecho que originó la presente acción aconteció en marzo de 1976 y culminó en diciembre de 1983, por lo que concluye que transcurrieron veintiséis años hasta la interposición de la demanda. Invoca el artículo 193° de la Ley 1284 que establece que la interposición del recurso o reclamación administrativa, suspende, por una sola vez, el curso de la prescripción durante un año. Y resalta que el actor inició el primer reclamo administrativo en fecha 07/08/2007, por lo que, desde la fecha de finalización del hecho (1983) y la fecha del reclamo administrativo de reconocimiento de servicios ya habían transcurrido veinticuatro años (24), es decir, la acción se encontraba prescripta desde hacía muchos años cuando se interpuso el primer reclamo administrativo.

Destaca que desde el momento que cesó su detención y regresó al país (1986) pudo ejercer su derecho a reclamar por el reconocimiento de los aportes, por lo que, desde esa fecha comenzó a correr el plazo de prescripción.

Por último, contesta demanda. Alega que el actor no pide la inconstitucionalidad del Decreto Reglamentario N° 1276/84, en consecuencia, concluye que por aplicación del principio de congruencia, la nulidad o inconstitucionalidad de tal reglamento no podrá ser declarada en autos.

Asimismo, resalta que el actor se limitó a pedir la nulidad del Decreto que agotó la vía, sin pedir nada con respecto a las resoluciones anteriores que habían rechazado sus reclamos administrativos.

V.- A fs. 69/72 se presenta el Instituto de Seguridad Social de Neuquén y contesta la demanda, solicita su rechazo con imposición de costas a la actora.

Luego de negar los hechos alegados por la parte actora, plantea que el cargo que ocupaba el accionante era un cargo electivo supeditado a la continuidad del mandato, la cual no estaba asegurada sino que era incierta y de naturaleza precaria.

Por otro lado, destaca que los antecedentes administrativos referidos a las Sras. René Etelvina Chaves y Liliana Cristina Obregón no resultan respaldatorios de la pretensión del actor. Dice que las Sras. Chaves y Obregón prestaban servicios como personal civil con estabilidad en la Administración Pública y sus labores se hubiesen prolongado por un plazo indeterminado sin fecha de finalización.

Sostiene que la situación fáctica descripta no se ajusta ni se asimila a la del actor, por lo tanto, si fuera posible hacer extensiva la aplicación de la Ley 1536, sólo podrían reconocerse aportes hasta el 03 de mayo de 1977 (fecha de finalización del mandato).

VI.- A fs. 76 se abre la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 103, colocándose los autos para alegar por Secretaría.

Ambas partes presentan alegatos, los que se encuentran agregados en autos (cfr. fs. 111/111 vta. y 113/115 vta.).

VII.- A fs. 117/122 vta. se expidió el Sr. Fiscal, quien propicia el rechazo de la demanda entablada. Considera que corresponde incluir a los integrantes del Poder Legislativo en las previsiones de la Ley 1536. Indica que no se aplica el art. 191 de la Ley 1284 cuando lo que se reclama es el reconocimiento de derechos derivados de beneficios previsionales. Destaca el carácter excepcional de la Ley 1536. Aplica el límite temporal establecido por el Decreto del Poder Ejecutivo N° 1276/84. Concluye que el lapso de tiempo para efectivizar la solicitud fue excesivo.

VIII.- A fs. 124 quedan estas actuaciones en estado de dictar sentencia.



IX.- Ahora bien, la pretensión actoral, que se resume en la solicitud de reconocimiento ficto de servicios durante el período 24/03/1976 hasta 10/12/1983, gira en base a tres ejes argumentales: la aplicación de la Ley 1536; la inaplicabilidad del plazo de caducidad establecido por el artículo 1° del Decreto N° 1276/84 y la referencia a los casos “Obregón” y “Chaves”.

A fin de determinar la procedencia de la demanda, es necesario efectuar un análisis minucioso de los argumentos enumerados.
Aplicación de la Ley 1536.

El objetivo principal de la Ley 1536 fue reincorporar al personal de la Administración Pública Provincial que había sido cesanteado durante el proceso militar (véase artículo 1° de la Ley 1536).

Asimismo, con la reincorporación del agente se dispuso el reconocimiento de los servicios, incluyéndose a las personas que se encontraban en situación de acceder a la jubilación ordinaria o por edad avanzada (artículo 8° de la Ley 1536).

En el Debate Parlamentario se destaca que si bien la situación económica de la Provincia era crítica, se optó por recargar a costa del erario público el reconocimiento de aportes jubilatorios que beneficiaría a los agentes que se acogieron a los beneficios de esta ley (refiriéndose a los agentes reincorporados al estado).

Los artículos de la Ley 1536 se encuentran claramente concatenados, obsérvese que el artículo 1° de la Ley 1536, establece: “Otórgase el derecho --sin limitaciones ni condicionamientos-- a reincorporarse en la misma categoría, remuneración y/o condiciones en que revistaba como personal civil de la Administración pública, en el Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, organismos descentralizados, empresas del Estado provincial, a toda persona que haya sido dejada cesante en sus empleos por causas o motivos políticos, sectoriales y/o por razones de seguridad, a partir del 24 de marzo de 1976, por aplicación de las normas jurídicas dictadas por el gobierno de facto --Dec. 69/76, Ley 939 y sus prórrogas, Leyes 977 y 1060 y sus modificatorias, las Leyes 1145 y 1209...”.

A su vez, el artículo 8° de la misma norma dispone que “El Instituto de Seguridad Social de Neuquén reconocerá --a los fines de la obtención de la jubilación ordinaria- los servicios de los agentes dejados cesantes por el Decreto 69/76 y por la Ley 939 y sus correlativas y modificatorias, reincorporados con anterioridad a la vigencia de la presente ley y los comprendidos en la presente norma legal, durante el lapso que duró la prescindibilidad o cesantía”.

Y agrega que: “En el supuesto de que solamente se requiera el reconocimiento de servicios, la solicitud deberá presentarse directamente ante el Instituto de Seguridad Social de la Provincia de Neuquén. En todos los casos se reconocerá --únicamente- el período que no efectuó aportes. A los efectos de la jubilación por edad avanzada se reconocerán los servicios, siempre que durante el período de prescindibilidad se hubiesen cumplido los requisitos jubilatorios”.

En efecto, de los preceptos citados surge que la ley prevé el reconocimiento para los agentes dejados cesantes por el Decreto 69/76 y la Ley 939 (correlativas y modificatorias).

Véase que el artículo 1° del Decreto N° 69/76 y de la Ley 939 (que luego fue prorrogada en el tiempo) autoriza a dar de baja por razones de servicio (o “seguridad”, en los términos del Decreto 69/76) al personal de planta permanente, transitorio o contratado que preste servicios en la Administración Pública Provincial, Poder Judicial, Legislatura provincial, Municipalidades, organismos centralizados, descentralizados de cualquier carácter, autárquicos, autónomos o empresas del Estado provincial y cualquier otra dependencia.

Sin embargo, el Sr. Buamscha, al momento en que acacieron los hechos bajo análisis, ejercía un cargo electivo, “diputado provincial”, por lo tanto, el motivo de su baja no se fundó en el Decreto 69/76 ni en la Ley 939 sino que tuvo origen en el Acta de la junta militar de fecha 25 de marzo de 1976 que ordenó disolver las legislaturas provinciales.

En consecuencia, la normativa indica que el reconocimiento de servicios fue previsto sólo para quienes podían ser reincorporados o bien se encontraban en condiciones de acceder a la jubilación ordinaria (o avanzada).

X.- Y así, el análisis nos lleva a descartar el tercer argumento de la demanda.

No es posible establecer un paralelismo entre la situación del actor y la de las Sras. Liliana Cristina Obregón y Rene Etelvina Chaves. A diferencia del actor, ambas personas (cfr. expediente administrativo N° 2369-029338/1 alc. 1 y Decreto N° 4304/99) continuaron con el ejercicio de la docencia (encontrándose incluídas en el artículo 1° de la Ley 1536).

Sin embargo, el accionante nunca podría haber sido reincorporado en el cargo.

Los Diputados ejercen un mandato de naturaleza constitucional que se extiende a un período de cuatro años (su régimen está expresamente establecido en la Constitución Provincial -cfr. artículo 73° de la Constitución Provincial, actual artículo 162°).

En este orden surge del Debate Parlamentario que el término “agente dejado cesante” intenta proteger al empleo público, es decir al personal administrativo de cada uno de los tres poderes, entes descentralizados o empresas del estado (véase artículo 1° de la Ley 1536 “personal civil de la Administración pública, en el Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, organismos descentralizados, empresas del Estado provincial”).

En este contexto, se concluye que el ejercicio del mandato de diputado no se asimila al “empleo público” a los fines de acceder al reconocimiento “ficto” de servicios.

Refuerza la fundamentación el Diputado Nunin quien expresó en el extenso Debate Parlamentario: “... vamos a reivindicar un daño causado a un vasto sector de los agentes provinciales, y como reparando algo del daño que indudablemente se realizó a través de una ley de prescindibilidad que significó lisa y llanamente una cesantía encubierta, violándose el artículo 14° de la Constitución Nacional, la que nos manifiesta que la estabilidad del empleado público provincial debe ser algo de acatamiento autónomo...”. Por otro lado, el Diputado Mosqueira también menciona “el artículo 14 de la Constitución Nacional que establece la estabilidad para el empleado público y lo refrenda nuestra Constitución Provincial en el artículo 54°, inc. j) ... y continúa “... no hemos respetado el derecho de los trabajadores y hemos llegado a dejar prescindibles a obreros de la Administración Pública mediante simples decretos ... ” (cfr. Versión Taquigráfica del Tratamiento en general del proyecto de ley por el cual se reincorpora al personal civil de la Administración Pública Provincial que fuera dejado cesante a partir del 24 de marzo de 1976, por aplicación de las leyes de prescindibilidad -Expte. D-002/83- proyecto 1616 y agregados P-006/83 -Proyecto 1626. Expte. P 002/84 y Expte. 10-031/84).

XI.- Por último, el artículo 2° de la Ley 1536 dispuso un plazo de caducidad para acceder a la reincorporación, que se extendió hasta el día 30 de junio de 1984. Éste plazo de caducidad, que también ha estado presente en leyes nacionales, en la Provincia se encuentra relacionado con el Decreto 1276/84 que fijó el mismo plazo, 30 de junio de 1984 (siguiendo la Legislación Nacional), a la solicitud de reconocimiento de servicios.

Sin embargo, la órbita de competencia del Decreto no incluye al Poder Legislativo. En consecuencia, al no aplicarse el Decreto N° 1276/84, el actor no tendría un plazo de caducidad para presentar la solicitud de reconocimiento de servicios.

De ésta forma se neutraliza el segundo argumento de la demanda, sin lugar a dudas el mismo es irrelevante para la solución de la causa.

XII.- Desde éste vértice, se concluye que el texto de la Ley 1536 no incluye al Sr. Buamscha, en su carácter de ex Diputado Provincial, atento tratarse de un beneficio previsto para agentes públicos “cesanteados” en el marco del Decreto 69/76, Ley 939, correlativas y modificatorias.

Este Tribunal ha sostenido reiteradamente que el Poder Judicial no puede sustituir la voluntad emanada del Órgano Deliberativo (cfr. Ac. 1129/04, 94/11, entre otros).



XIII.- Debo finalmente remarcar que, aún en la hipótesis de que el reconocimiento de servicios fuera procedente en el marco de la Ley 1536, nunca podría ir más allá del término del mandato, es decir, cuatro (4) años.

XIV.- Por estas consideraciones, tornándose abstracto el análisis de los restantes planteos, debo propiciar el rechazo de la demanda en todas sus partes.

En cuanto a las costas, si bien la demanda no prospera, estimo que las mismas han de imponerse en el orden causado (cfr. artículo 68, segunda parte, del C.P.C.yC. de aplicación supletoria en la materia).

Esta solución se impone, en virtud del carácter novedoso de la cuestión y la naturaleza del tema en debate. TAL MIVOTO.

La señora Vocal Doctora LELIA GRACIELA M. DE CORVALAN dijo: comparto la solución a la que arriba el Dr. Massei, como así también su línea argumental, por lo que emito mi voto del mismo modo. MIVOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, de conformidad Fiscal, SE RESUELVE: 1°) RECHAZAR la demanda incoada por el Sr. Eduardo Guillermo Buamscha contra el Instituto de Seguridad Social y la Provincia de Neuquén; 2°) Eximir de costas al accionante vencido, imponiéndolas en el orden causado, conforme lo expresado en el considerando XIV (cfr. artículo 68 –segundo párrafo- del CPCyC., de aplicación supletoria); 3°) Diferir la regulación de honorarios hasta que se cuente con pautas para ello; 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

Dr. OSCAR E. MASSEI - Dra. LELIA GRACIELA M. DE CORVALAN

[Volver al índice](#)

[-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

“FUENTES FRANCISCO JAVIER Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA” – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa - (Expte.: 1844/2006) – Acuerdo: 60/13 – Fecha: 16/12/2013

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

EMPLEADO MUNICIPAL. REMUNERACIÓN. ESTATUTO DEL PERSONAL MUNICIPAL. ADICIONALES POR FUNCIÓN Y PLUS MAYOR FUNCIÓN. COMPETENCIA. CONCEJO DELIBERANTE. NULIDAD.

Habrà de rechazarse la acción instaurada por un grupo de empleados municipales tendiente a obtener el pago de los adicionales rotulados por los Decretos Nros. 955/98 y 365/03 como asignación por función y plus por mayor función, por cuanto el órgano Deliberativo comunal dictó la Ordenanza 3237/98 que aprobó el nuevo Estatuto para el personal municipal, ordenamiento que rige actualmente la relación laboral de los accionantes con la demandada (cfr. art. 1°). De tal modo, la competencia para regular lo concerniente al Estatuto y Escalafón Municipal –contexto que alcanza lo atinente a las remuneraciones- corresponde al Concejo Deliberante y no al Sr. Intendente Municipal, por tanto los Decretos mencionados poseen el vicio de incompetencia que los torna nulos.

El Intendente no tenía competencia (en razón de la materia), ni respaldo legal alguno en lo concerniente al régimen salarial de los empleados de la Municipalidad, no debiendo haber otorgado, los adicionales y/o sumas no remunerativas reclamadas.

Texto completo

ACUERDO N° 60. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los dieciséis días del mes de diciembre de dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Doctores OSCAR E. MASSEI y EVALDO DARIO MOYA, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “FUENTES FRANCISCO JAVIER Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA” Expte. 1844/06, en trámite por ante la mencionada Sala y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Señor Vocal Doctor EVALDO DARIO MOYA dijo:.- A fs. 20/22 se presentan, mediante apoderado, con patrocinio letrado, los Sres. Francisco Javier Fuentes, Jesús Humberto Díaz y Julio Alberto Zapata e interponen acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Centenario.

Solicitan se ordene la incorporación en sus haberes de la asignación por función y plus por mayor función, establecida mediante los Decretos 955/98 y 365/03 y se le abonen las sumas percibidas en menos, con más los intereses generados desde la época en que debieron percibirla hasta el efectivo pago.

Manifiestan que accedieron al cargo de Inspector General (por concurso interno convocado el 30 de junio de 1998), mediante Decreto 534/98 y realizaron el curso de capacitación implementado por la Municipalidad, siendo designados en el Decreto 953/98.

Explican que mediante Decreto 955, del 4 de noviembre de 1998, se creó un adicional remunerativo para la función que desempeñan, equivalente al 80% de la categoría AUD, para compensar la mayor dedicación horaria de lunes a viernes o, en operativos, acontecimientos especiales, etc. y los días sábados, domingos o feriados; dicen que, a ello, se agregó una suma fija no remunerativa de \$250 otorgada mediante Decreto 365, del 17 de marzo de 2003.

Señalan que, posteriormente, se les otorgó la categoría OSC, mediante Decreto 1848/03, y el 23 de septiembre de 2004 la FUD,



mediante Decreto 1430/04.

Indican que en el artículo 2 de ese Decreto, se dejó sin efecto lo dispuesto mediante Decreto 955/98 y 365/03 y, como consecuencia de esta normativa, dejaron de percibir las citadas asignaciones, sin que correlativamente cesen las condiciones y horarios de trabajo que justificaron su otorgamiento.

Aluden a lo establecido en el art. 100 de la Carta Orgánica de la Municipalidad de Centenario, en cuanto entienden que se ha conculcado el derecho adquirido a sus salarios.

Explican los planteos efectuados en sede administrativa y destacan que no han variado sus condiciones laborales para justificar la sustracción de los emolumentos suprimidos.

Fundan en derecho. Ofrecen prueba.

II.- A fs. 31 se declara la admisión de la acción. Luego, los accionantes optan por el proceso ordinario.

III.- A fs. 51 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado en los términos de la Ley 1575.

IV.- A fs. 71/75 se presenta la Municipalidad de Centenario, por apoderado y con patrocinio letrado, y contesta la demanda. Peticiona su rechazo por las consideraciones de hecho y de derecho que expone.

Cumplida la negativa de rigor, cuestiona la falta de agotamiento en sede administrativa del planteo que se ventila en autos.

Sostiene que es falso que los actores no hayan cambiado su modalidad de trabajo. Dice que, desde el dictado del Decreto 1430/04, debieron cumplir con mayores funciones y/o carga horaria y ello les fue compensado con francos, tal como surge del informe efectuado por la Dirección de Inspección, que se ofrece como prueba.

Alude al carácter higiénico y social que tienen las disposiciones relativas al descanso, que procuran evitar que el trabajador labore en los lapsos destinados al mismo.

Agrega que, en esa línea, se dejó sin efecto los adicionales por mayor función y/o carga horaria, y se compensó con descanso efectivo la mayor dedicación.

Destaca que el Decreto 1430/04 recategoriza a los actores y deja sin efecto normas que establecían adicionales que no formaban parte del sueldo, obteniendo beneficios ya que, la misma suma que antes percibían como adicional no remunerativo, desde el mes de septiembre de 2004, es parte del sueldo y las mayores funciones y/o cargas horarias le son compensadas con francos.

Destaca que el adicional del Decreto 365/03 es no remunerativo y no bonificable.

Afirma que el Decreto 955/98 padece de un vicio muy grave previsto en el art. 66 inc. g) de la Ley 1284, al carecer de firma del agente que lo emite. Igual sostiene que el adicional que otorgaba lo era hasta tanto el Estatuto previera los adicionales correspondientes.

Refiere sobre las facultades del Concejo Deliberante para legislar lo relativo a sueldos (art. 33 de la Carta Orgánica) y menciona que, mediante la Ordenanza 3237/98 –Estatuto del Personal Municipal-, se derogó toda norma que se le oponga; entre ellas, el Decreto 955/98 que estipulaba cuestiones relacionadas con el sueldo de los agentes municipales. Ello, dice, debió efectuarse a través del dictado de una ordenanza.

Informa que el Estatuto para los empleados municipales –Ordenanza 3237/98- no regula el pago de adicionales para los inspectores municipales, siendo ello voluntad legislativa y ajeno al análisis judicial, sin perjuicio del planteo de inexistencia que se efectúa sobre el decreto.

Por último, señala que se han otorgado nuevos adicionales, mediante la Disposición 113/06, por lo que concluye que no se perjudicó a los actores y, en definitiva, solicita se rechace la demanda.

Impugna el reclamo de sueldos y, para el hipotético supuesto que se haga lugar a la demanda, requiere que se adecuen los rubros que componen los sueldos devengados como también el plazo de prescripción que los actores han omitido.

En atención al planteo de inexistencia del Decreto 955/98 y la percepción de los actores del adicional allí indicado, sin una norma que los autorice, plantea la reconversión por la restitución de dichos montos, con más los intereses por el mayor tiempo prescripto.

Ofrece prueba. Funda en derecho.

V.- A fs. 76 se hace saber que, atento lo que dispone el artículo 49 de la Ley 1305, no procede la reconversión.

A fs. 83/87 los accionantes responden el traslado de la contestación de demanda.

VI.- La causa se abre a prueba a fs. 88 y se clausura el período probatorio a fs. 277, colocando los autos para alegar.

VII.- A fs. 286/288 se expide el señor Fiscal del Cuerpo, quien propicia que se rechace la acción.

VIII.- A fs. 289 se dicta la providencia de autos para sentencia, la que se encuentra firme y consentida y coloca a los presentes en estado de dictar sentencia.

IX.- Expuestas las posiciones de las partes, surge que para analizar la pretensión de la demanda (pago de la asignación por función y plus por mayor función, que, refieren, les fuera acordado mediante los Decretos 955/98 y 365/03), se impone considerar el contexto normativo en cuanto a la atribución de competencia para el otorgamiento de adicionales de los empleados municipales.

En esta tarea corresponde señalar que los decretos cuya aplicación se reclaman han sido dictados encontrándose vigente la Carta Orgánica de la Municipalidad de Centenario –Ley 2195- sancionada en diciembre de 1996 y publicada en enero/97.

Allí, en el artículo 33 se establecen “las atribuciones del Concejo Deliberante” siendo éste el órgano competente para sancionar Ordenanzas,

Resoluciones, Declaraciones y Comunicaciones, en todo lo que es materia de competencia municipal (inc. b); Sancionar ordenanzas que aseguren la estabilidad y el escalafón del empleado municipal, las que tendrán como base lo establecido en esta Carta Orgánica (inc. m).

Luego, el art. 102, “ESTATUTO Y ESCALAFON” indica que: El Poder Ejecutivo deberá convocar a una Comisión integrada por un (1) representante de cada Bloque del Concejo Deliberante, dos (2) por el Poder Ejecutivo y dos (2) por cada asociación gremial legalmente reconocida, para la elaboración del Estatuto y Escalafón del Agente Municipal o sus modificaciones en concordancia con esta Carta Orgánica. En todos los casos será aprobado por ordenanza.

En función de tal normativa, el órgano Deliberativo comunal dictó la Ordenanza 3237/98 que aprobó el nuevo Estatuto para el personal municipal, ordenamiento que rige actualmente la relación laboral de los accionantes con la demandada (cfr. art. 1°).

De tal modo, la competencia para regular lo concerniente al Estatuto y Escalafón Municipal –contexto que alcanza lo atinente a las remuneraciones- corresponde al Concejo Deliberante y no al Sr. Intendente Municipal.

En esa ordenanza no se legisló respecto al escalafón municipal, que importa el régimen de remuneraciones de los agentes, por ende tampoco las asignaciones que reclaman los actores.



Cabe tener presente que, en la materia, rige el principio general que determina que la competencia del órgano debe ser atribuida por el ordenamiento jurídico; la competencia condiciona la validez del acto, de modo que si no existe competencia, el acto es nulo. Cuando el órgano administrativo exceda su competencia invadiendo la de los órganos legislativo o judicial, dicho acto será nulo de nulidad absoluta e insusceptible de ser sanado (en este sentido, cfr. Acuerdo 636/00, en autos "Nicoletti Héctor Pedro c/ Municipalidad de Neuquén s/ acción procesal administrativa" expte. 143/98 con cita de Gordillo, "Tratado de Derecho Administrativo" T.III cáp. VIII-37, Cassagne, Derecho Administrativo T. II, pág. 196, y jurisprudencia de la C.S.J.N. allí citada, Diez, "Derecho Administrativo" T. II, pág. 312, Marienhoff, "Derecho Administrativo" T. 2 pág. 518).

Es el Órgano Legisferante el que tiene competencia para regular, entre otras cuestiones, todas aquéllas atinentes a la política salarial de los agentes municipales.

Desde allí, aparece que los Decretos 955/98 y 365/03 poseen el vicio de incompetencia que los torna nulos; desde otro lado, tampoco se encuentra acreditado en autos que los adicionales cuyo pago se persigue, hayan sido efectivamente establecidos por el Órgano competente en alguna norma anterior (o posterior) a la entrada en vigencia del nuevo Estatuto y que se encuentre vigente.

Por otra parte, debe considerarse que la temporalidad de los decretos cuya aplicación se pretende, en punto a compensar una jornada laboral superior de los actores en función a sus tareas –Inspectores– con posterioridad apareció compensado con la recategorización otorgada mediante el Decreto 1430/04 que además deroga los Decretos 955/98 y 365/03.

X.- Como se anticipara, el Intendente no tenía competencia (en razón de la materia), ni respaldo legal alguno en lo concerniente al régimen salarial de los empleados de la Municipalidad, no debiendo haber otorgado, los adicionales y/o sumas no remunerativas reclamadas.

El Estatuto municipal no prevé los adicionales bajo análisis y no se ha aportado a la causa otra normativa de la que surja una circunstancia distinta.

En virtud de lo expuesto, resulta entonces que, el Departamento Ejecutivo no se encuentra facultado válidamente para otorgar adicionales, bonificaciones o mejoras que afecten el presupuesto pues, necesariamente, esa competencia debe ser ejercida por el Concejo Deliberante (cfr. Acuerdo 25/13 "Gamarrá Omar Aldo c/ Municipalidad de Centenario s/ acción procesal administrativa" expte. 2108/07).

En la misma línea se consigna la respuesta brindada por el Concejo Deliberante de la ciudad de Centenario al acompañar copia del Estatuto municipal –Ordenanza 3237/98– e informar que "...en la misma se establecen las categorías generales de los empleados municipales, pero no un adicional para los inspectores municipales particularmente. Este adicional tampoco está previsto en otra Ordenanza. Respecto a las facultades para legislar en materia de sueldos, se informa que por Ordenanza este Cuerpo establece las categorías de empleados municipales y modifica de manera genérica los sueldos que corresponden a cada una de ellas los casos de aumentos" (sic) (fs. 275).

Por último, corresponde señalar que la nulidad considerada comprende el planteo de inexistencia respecto a la falta de firma del Decreto 955/98, ya que en ambos supuestos, tanto si carece de firma del agente que lo emite como si adolece de incompetencia quien lo dicta, se encuentra previsto igual sanción (art. 66 ley 1284).

Cabe concluir así que, conforme lo establece la Carta Orgánica municipal, todo lo concerniente al Estatuto y Escalafón de los agentes municipales corresponde al Concejo Deliberante y, si dicho Órgano no previó un adicional de las características que intentaron establecer los Decretos 955/98 y 365/03, la pretensión de autos carece de todo respaldo legal, correspondiendo su rechazo.

Tal como se ha repetido en numerosos precedentes de este Tribunal, el Poder Judicial no administra ni legisla: sólo controla si la decisión administrativa ha respetado el principio constitucional de sujeción de la Administración a la Ley y al Derecho (cfr. Acuerdo 1308/06, "Sindicato de Trabajadores Municipales de Neuquén c/ Municipalidad de Neuquén s/ Acción procesal administrativa").

Por estos motivos, propicio al Acuerdo el rechazo de la demanda impetrada y, siendo ésta la solución, deviene innecesario analizar la defensa de prescripción opuesta por la demandada.

En cuanto a las costas, no existiendo motivos que permitan apartarse del principio objetivo de la derrota, corresponde que sean soportadas por los accionantes vencidos (art. 68 del CPC y C). ASÍ VOTO.

El Señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: por adherir al criterio del Dr. Moya, es que voto del mismo modo. MIVOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Señor Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) RECHAZAR la demanda interpuesta por los Sres. FRANCISCO JAVIER FUENTES, JESUS HUMBERTO DIAZ y JULIO ALBERTO ZAPATA contra la MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO. 2°) Costas a los actores vencidos (art. 68 del CPCC y 78 ley 1305). 3°) Regular los honorarios profesionales de los letrados de los actores: Dres. ..., apoderada, en la suma de \$..., del Dr. ..., patrocinante de la misma parte, en la suma de \$...; de los Dres. ..., apoderado, en la suma de \$... e ..., patrocinante, en la suma de \$... y ... y

..., ambas apoderadas y patrocinantes, en la suma de \$..., en conjunto; de los letrados de la demandada: Dres. ..., apoderada, en la suma de \$... y ..., patrocinante, en la suma de \$...; de los Dres. ..., apoderado, en la suma de \$... y ..., patrocinante, en la suma de \$... (arts. 6, 9, 10, 38 de la Ley 1594). Regular honorarios al perito Contador ..., en la suma de \$... 4°) Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente archívese.

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

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

[Volver al índice](#) - [Por Organismo](#)
- [Por Tema](#)
- [Por Carátula](#)

"LAUTEC S.R.L. C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" –
Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa -(Expte.: 3444/2011) – Acuerdo: 62/13 – Fecha: 16/12/2013

DERECHO ADMINISTRATIVO: Contratos administrativos.



CONTRATO DE OBRA PUBLICA. CESION DE CERTIFICADO DE OBRA. CEDENTE DEMANDANTE. LEGITIMACIÓN ACTIVA.

Si con posterioridad a la cesión de los certificados de obra la municipalidad accionada efectuó un reconocimiento de deuda, instrumentado en el Acuerdo de Pago celebrado con la empresa cedente de la obra de infraestructura vial, el que resultó aprobado por el Intendente del municipio, y partiendo de asumir que la cesión había sido notificada a su parte, la demandada no alegó que su contraria no fuera titular del crédito cuyo pago reclama; no introdujo (ni como excepción ni como defensa) argumentos tendientes a fundar la inexistencia de un requisito esencial de la acción, como lo es la titularidad del interés que es materia del litigio; cabe concluir que no se encuentran probados los hechos que tornarían viable una declaración oficiosa vinculada con la “legitimación” de la parte actora (Del voto del Dr. Ricardo T. Kohon, en mayoría).

El presupuesto procesal de la legitimación activa corresponde que sea examinado de oficio. Efectivamente, al ceder su posición contractual, es claro que el actor perdió toda legitimación o acción para reclamar las consecuencias emergentes del crédito cedido; el único legitimado para reclamarlos era el Banco de la Provincia del Neuquén (cfr. Acuerdo N° 1593/09). (del voto del Dr. Oscar E. Massei, en minoría).

Ninguna duda puede caber de que el certificado de obra pública constituye la manifestación de un verdadero acto administrativo, que reconoce la existencia de una deuda y por ello puede ser concebido como acto declarativo de un derecho a percibir el importe por los trabajos reconocidos. (del voto del Dr. Oscar E. Massei, en minoría).

Texto completo:

ACUERDO N° 62. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los dieciséis días del mes de diciembre del año dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. Vocales, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI y, por existir disidencia, con el Señor Presidente Doctor EVALDO DARÍO MOYA, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “LAUTEC S.R.L. C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. N° 3444/11, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- Que, a fojas 20/22, la empresa Lautec SRL, por apoderado, interpone demanda contra la Municipalidad de Plottier, a efectos de procurar el cobro de \$1.554.840 que ésta le adeuda por una obra pública, con más intereses determinados según el artículo 57 de la Ley de Obras Públicas hasta el momento del efectivo pago e imposición de costas y gastos a cargo de la accionada.

Narra que la demandada promovió un procedimiento de licitación privada para asfaltar las calles de acceso al Hospital de Plottier, a la cual fue invitada la empresa constructora actora, reconocida en la zona por su especialidad en obras viales, resultando su oferta ganadora y adjudicada la obra, que se formalizó a través de un contrato de locación de obra firmado el 15 de julio de 2010.

Refiere que la ejecución de la obra comenzó en tiempo y fue realizada completamente y entregada a la Municipalidad en los plazos estipulados.

Sigue relatando que, no obstante, la demandada no pagó ni uno solo de los certificados de obra que emitió, es decir, que la accionante no percibió suma alguna y se le adeuda toda la obra.

Señala que la deuda se venció entre los meses de julio y septiembre de 2010, por lo cual realizó varias gestiones para procurar su cobro, pero dado el tiempo transcurrido y la importante deuda acumulada, resolvió intimar concretamente al Municipio, por medio de un reclamo interpuesto el día 16 de junio de 2011.

Describe que en dicha oportunidad se reclamó lo mismo que en la demanda, o sea, el pago de \$1.554.840, derivados de los saldos impagos de los certificados de obra N° 1, 2 y 3 y los correspondientes al adicional N° 1 y a un anticipo, como así también, los intereses de la Ley de Obras Públicas 687, los gastos y los honorarios profesionales de los abogados intervinientes.

Reseña que, el 28 de julio de 2011, se firmó un acuerdo de pago, en el cual se liquidó la deuda y se encauzaron los reclamos administrativos. Agrega que la primer cuota no fue abonada a su vencimiento, el día 15 de agosto de ese año.

Refiere que la cláusula quinta establece que la falta de pago finiquita el acuerdo y habilita la instancia judicial, siendo el hecho del incumplimiento el acto definitivo que causa estado, integrando el propio convenio y el Decreto N° 2224/11, que lo aprobó.

Expone que los certificados de obra pública emitidos por el Municipio acreditan plenamente la existencia de créditos a su favor y además son documentos ejecutorios, ya que tienen característica de instrumentos públicos.

II.- A foja 57 se declaró la admisión formal de la demanda (RI N° 508/11).

III.- Ejercida la opción procesal de la parte actora por el procedimiento sumario (foja 58), se corrió traslado a la Municipalidad de Plottier y se notificó al Fiscal de Estado de la Provincia.

Contesta la accionada, a fojas 75/77, solicitando su rechazo, con costas.

Formula negativa de rito y desconocimiento de la documentación acompañada.

Argumenta que la omisión de realizar la licitación pública, en los casos que corresponde, acarrea la nulidad del contrato, pues se trata



de un requisito esencial de su existencia. Cita el artículo 80 de la CP, en cuanto establece dicho mecanismo como principio rector.

Dice que la licitación privada, en cambio, no difiere en nada del concurso de precios, ya que invitan a algunas empresas del rubro, sin que se le dé publicidad a los pliegos, montos a contratar y demás condiciones.

Señala que en el caso de autos, por el monto del contrato, según el manual de contrataciones del Municipio, el procedimiento que debió realizarse era la licitación pública.

Expone que, tal como surge de la escasa documentación obrante en autos, la licitación privada 01/2010 carece de previsión presupuestaria, remitiendo al expediente N° 870-A-10, inexistente en el Municipio.

Manifiesta que la reserva tampoco surge de los presupuestos de los años 2009, 2010 ni 2011.

Sostiene que, pese a haberse realizado la licitación, en la cual resultara adjudicataria la actora, la misma nunca hizo la obra.

Señala que la falta de previsión presupuestaria da cuenta de que se trató de una contratación simulada. Asimismo, argumenta que el hecho de que los certificados se hayan expedido en tiempo y forma sin siquiera merecer observaciones, cuando es sabido que, en realidad y más aún teniendo en cuenta la magnitud de la supuesta obra, siempre se dan, también es un indicio del esfuerzo por dar una apariencia de legalidad a algo que nunca existió.

Manifiesta que desconoce el contenido de los certificados de obra y que los mismos no se condicen con la realidad, ya que la obra no fue realizada como dan cuenta los mismos.

Explica que los certificados de obra no son instrumentos públicos y por ende no gozan del valor probatorio de éstos.

Al respecto, aclara que la escritura pública en la cual se notifica a la Subsecretaría de Economía que los certificados habían sido cedidos al Banco Provincia del Neuquén, sólo da cuenta de que dicho órgano se encontraba en conocimiento, pero en modo alguno ratifica el contenido de dichos certificados.

Destaca que en dicha escritura se deja constancia de que no se emitiría orden de pago hasta tanto se encuentren cumplidos los requisitos del pliego y verificados los mismos.

Dice que el acuerdo de pago también resulta inexistente porque carece de la firma del Secretario de Gobierno y tampoco fue aprobado por el Concejo Deliberante, tal como lo exige la Carta Orgánica de la ciudad.

Apunta que otro indicio que hace presumir que la contratación es ficticia es que, previo a declarar la admisibilidad del proceso, la Municipalidad remitió a este Tribunal los expedientes administrativos que obraban en su poder y, aunque de los mismos no surge la veracidad de lo reclamado por la actora, ésta optó por el proceso sumario, cerrando las puertas a cualquier posibilidad probatoria.

Argumenta que corresponde a la actora acreditar mínimamente la veracidad de su pretensión. Por ello considera que su contraria debió haber optado por el procedimiento ordinario, solicitando una pericia contable y técnica a efectos de determinar la existencia de la obra, que fue realizada por esta empresa y que se encuentra impaga, debido a que en este caso resulta escasa la documentación obrante en los expedientes, la licitación remite a expedientes inexistentes y los decretos que darían base al reclamo están siendo investigados por la justicia penal por encontrarse en duda su autenticidad material y formal.

III. I.- Por su parte, el Fiscal de Estado responde la demanda a fojas 80/84, propiciando su rechazo, con expresa imposición de costas.

Formula las negativas de rigor y brinda sus argumentos.

Señala que se ha omitido la obligatoria e ineludible licitación pública, ya sea que se encuadren los supuestos trabajos en la Ley 687 o en la Ley 2141, teniendo presentes las disposiciones del artículo 224 de la CP y de la Ley 53.

Dice que no se acredita en el caso alguna de las causales de excepción que hubiesen permitido que no se recurriera a la licitación pública y la actora no puede invocar de ninguna manera el desconocimiento de esas normas jurídicas, lo que ya fuera expresado en Acuerdo N° 17/10, entre otros.

Expone que, al no haberse respetado las normas constitucionales y legales aplicables, se invalida completamente cualquier tipo de relación o vínculo y se está en presencia de una inexistencia contractual, que este Tribunal ha declarado de oficio, entre otros, en Acuerdo N° 786/01, que cita.

Manifiesta que subsidiariamente, ante la eventualidad de que este Cuerpo considerase que procede el pago de suma alguna a la actora, no procedería el pago del lucro empresarial, tal como se expresó en Acuerdo N° 4/11, entre otros.

Describe que falta prueba conducente ofrecida por la actora para respaldar la demanda, incumpléndose de tal forma con la carga que pesa sobre esa parte.

En tal sentido, enfatiza que no están agregados todos los expedientes administrativos correspondientes.

De manera subsidiaria, sin que signifique reconocer la procedencia de la pretensión, niega la acreditación de mora o responsabilidad alguna imputable a la Municipalidad, que pudiera dar derecho a la actora al cobro de intereses.

También se opone a la aplicación de la tasa prevista en el artículo 57 de la Ley 687.

Niega la procedencia de actualización del capital.

IV.- Corrida la vista correspondiente al Fiscal del Tribunal, opina, a fojas 86/89, que la demanda debe ser admitida.

Pondera para ello que la obra podía licitarse en forma privada y que los certificados de obra expedidos avalan la realización del 100% de los trabajos previstos, no habiendo el Municipio demandado acreditado el pago de suma alguna.

V.- A foja 90 se dispone el llamado de autos, el que se encuentra a la fecha firme y consentido y coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VI.- Ahora bien, se advierte que la actora pretende el pago de los certificados de obra I, 2, 3, anticipo y adicional I.

Sin embargo, de la compulsión de los respectivos contratos y actas notariales de notificación, aportados en relación con la obra "Infraestructura vial de acceso Hospital de Plottier", se desprende que Lautec SRL cedió al Banco Provincia del Neuquén SA, y éste aceptó, el 100% de los derechos y acciones que tenía y le correspondían contra la Municipalidad de Plottier, emergentes de los certificados de obra anticipo (cedido y notificada la deudora, con fecha 15/7/10), N° 1 (cedido y notificada la deudora, con fecha 28/7/10), N° 3 (cedido y notificada la deudora, con fecha 7/9/10), adicional nro. 1 (cedido y notificada la deudora, en fecha 21/9/10).

Por otra parte, el certificado de obra N° 2, por \$218.050, emitido el 10/8/10, también fue cedido al Banco Provincia del Neuquén SA y la cesión fue notificada a la deudora, en el mismo día de su emisión. Mas, entre la documental obra una carta documento, fechada el 2/5/11, por la cual las autoridades de la Casa Matriz del Banco Provincia del Neuquén notificaron a la Municipalidad de Plottier que el 31/3/11 la empresa



Lautec SRL había procedido a cancelar la totalidad de las acreencias que dieran lugar a la cesión del certificado en cuestión, por lo que el banco había sido desinteresado en su carácter de cesionario de dichas sumas y la firma cedente se encontraba debidamente legitimada para proceder al cobro directo de dicho certificado.

Así las cosas, cabe citar que: “La legitimación constituye uno de los requisitos para ejercer la acción. Consideramos a ésta como el derecho que tiene quien se presenta a la jurisdicción de obtener una decisión sobre el mérito, es decir un pronunciamiento sobre el derecho sustancial invocado por las partes, sea tal decisión favorable o desfavorable. La legitimación activa supone la identidad entre la persona a quien la ley le concede el derecho de acción y quien asume en el proceso el carácter de actor” (Arazi, Roland, “La legitimación como elemento de la acción” en Morello, Augusto M. (coordinador), La legitimación, homenaje al Profesor Lino Enrique Palacio, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996).

Cuando este presupuesto esencial para el dictado de una sentencia eficaz está ausente, tradicionalmente se ha denominado a la situación como falta de acción o *sine actione agit*. En la actualidad, también se le ha dado el nombre de falta de legitimación activa, falta de legitimación para obrar en el actor (así la designa el CPCyC, en su artículo 347.3). En doctrina y legislación comparada se la conoce, como falta de cualidad, falta de calidad, falta de personalidad o falta de titularidad del derecho o del interés para obrar en el actor. Los distintos nombres para una misma situación responden a las diferentes concepciones doctrinarias acerca de la autonomía y abstracción de la acción y el derecho (cfr. Arazi, Roland, Op. Cit.; Palacio, Lino Enrique, Manual de derecho procesal civil, Buenos Aires, 1996, 12ª edición, Abeledo Perrot, página 92 y sgtes., y también Alvarado Velloso, Adolfo —autor— y Pascuarelli, Jorge Daniel y otro —adaptadores—, Lecciones de Derecho Procesal, compendio del libro Sistema Procesal: Garantía de la Libertad adaptado a la legislación procesal de la Provincia del Neuquén, Rosario, Ediciones AVI SRL, 2012, página 529).

El extremo señalado, corresponde que sea examinado de oficio.

Así, en RI N° 264/10 este Tribunal expuso que: “La legitimación se presenta, entonces, como un presupuesto procesal: el proceso debe desarrollarse respecto de sujetos, los cuales, en relación a la pretensión, deben ser útilmente los destinatarios de la tutela jurisdiccional (...) la falta de legitimación conduce a la improponibilidad objetiva de la demanda que puede y debe ser declarada de oficio y aún liminarmente (cfr. La Ley Online: AR/JUR/6245/2005, ver también: LA LEY, 2001-E, 705). En igual sentido Palacio y Alvarado Velloso exponen: ‘en tanto la legitimación configura uno de los presupuestos básicos del ejercicio de la función judicial, su ausencia puede ser declarada de oficio’ (cfr. Autores citados: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T°7, Rubinzal –Culzoni Editores, año 1993, pág. 356)” (RI N° 264/10).

La doctrina ha manifestado en ese rumbo que: “Tampoco la jurisdicción emitirá opinión sobre el mérito, si el actor carece de acción. Esto último puede suceder cuando quien se presenta no tiene legitimación o interés, o cuando la acción se ha extinguido por prescripción (...) El demandado puede oponer la excepción de falta de legitimación que, en caso de ser manifiesta, se resolverá con carácter previo. No opuesta la excepción, igualmente el juez tiene que examinar de oficio el tema, porque se trata de una típica cuestión de derecho (Fairén Guillén, Víctor, Estudios de Derecho Procesal, Madrid, 1955, pág. 299; Chiovenda, José, Instituciones de Derecho Procesal Civil, trad. Gómez Orbaneja, T. I, Madrid, 1936, pág. 82)” (Arazi, Roland, Op. cit.).

Cabe agregar el siguiente comentario: “aún cuando el demandado no haya cuestionado la legitimación del actor, siendo la misma un requisito o presupuesto de la viabilidad de la pretensión, debe ser examinada de oficio, pues para que el juez estime la demanda no basta que considere existente el derecho, sino que es necesario que éste corresponda precisamente a aquél que lo hace valer” (Highton, Elena I. y Areán, Beatriz A. —dirección—, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación..., tomo 6, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, página 789).

En base a lo expuesto, se aprecia que únicamente se encuentra acreditada la titularidad del derecho con respecto al certificado de obra N° 2.

Efectivamente, al ceder su posición contractual, es claro que el actor perdió toda legitimación o acción para reclamar las consecuencias emergentes del crédito cedido; el único legitimado para reclamarlos era el Banco de la Provincia del Neuquén (cfr. Acuerdo N° 1593/09).

El Pliego de Disposiciones Complementarias contempla la cesión de créditos sobre los certificados, estipulando el requisito de la notificación y su forma, que aparece como satisfecho.

Resulta pertinente citar al Dr. Barra, en cuanto expusiera que: “La cesión del crédito debidamente notificada produce importantes efectos jurídicos. Modifica la posición del sujeto activo de la obligación, que ahora es el cesionario, único habilitado para exigir el pago de la deuda” (Barra, Rodolfo Carlos, Contrato de obra pública, tomo 3, Buenos Aires, editorial Ábaco, 1988, página 990).

Como presupuesto de procedencia de la pretensión, su falta de demostración hace pesar sobre la actora las consecuencias del incumplimiento de la carga de probar.

Se ha expuesto que: “Cuando se demanda, por ejemplo, el cumplimiento de una obligación nacida de un contrato, pesa sobre el accionante la carga de acreditar que el mismo ha sido celebrado, que el demandado no lo ha cumplido y que él es la persona legitimada para reclamar el cumplimiento. Si la sentencia es desfavorable, ello puede deberse a la ausencia de prueba de la existencia del contrato o del incumplimiento, pero también puede fundarse en la circunstancia de no haber demostrado la titularidad de la relación jurídica sustancial, es decir que (...) el actor no logró acreditar que era la persona habilitada por ley para formular el reclamo, por ejemplo, porque había cedido los derechos emergentes de aquella relación” (Highton y Areán, Op. cit., página 781).

Por lo tanto, corresponde rechazar parcialmente la demanda en lo que respecta a los certificados de anticipo, N° 1, N° 3 y adicional N° 1, correspondientes a la obra “Infraestructura vial de acceso al Hospital Plottier”, expte. N° 870-A-10.

VII.- Resta entonces analizar la procedencia de la demanda únicamente con respecto a la pretensión de condenar a la accionada a pagar a la actora el certificado N° 2 de la mencionada obra, por la suma de \$218.050, con más intereses a la tasa prevista en el artículo 57 de la Ley 687, los que correspondan por la depreciación monetaria, costas y honorarios.

Antes de abordar la cuestión, corresponde aclarar que la documentación que se examinará es la que fuera aportada por la demandada a fojas 36 y 56, incluido el expediente N° 870-A-2010, en el que tramitó la licitación, y su alcance, en el cual se tramitó el reclamo por falta de pago y el acuerdo.

Por lo tanto, el cambio de autoridades municipales y de apoderado (foja 65) no autoriza a los nuevos representantes de la accionada a simplemente desconocer los documentos que la misma parte había traído a juicio, ya que tal conducta contraviene el principio de continuidad jurídica que se aplica a la Municipalidad de Plottier y la doctrina de los actos propios. No alcanza a conmovir tal afirmación, la denuncia penal que en la contestación de demanda se invoca haber realizado por la desaparición del libro de decretos.

Hecha la digresión corresponde tratar la impugnación al procedimiento de contratación de obra pública basada en la falta de licitación



pública.

Con respecto a este tema, en el Decreto N° 878/10 el Intendente de Plottier dispuso el llamado a licitación privada, escogiendo dicho procedimiento de selección porque el importe estimado para realizar la obra lo permitía, según la Ley 53, en cuanto remitía a los montos de contratación vigentes para la Ley de Obras Públicas Provincial 687 (ver último párrafo de los considerandos del Decreto N° 878/10).

En el presupuesto oficial se había estipulado un costo total de \$1.174.132,50; se adjudicó la obra a la actora en la suma de \$1.231.300 (Decreto N° 1112/10) y, conforme a la sumatoria de los certificados de obra expedidos, el monto final ascendió a \$1.554.840.

Sobre este punto la accionada menciona que según el Manual de Contrataciones del Municipio —que dice adjuntar pero no lo hace— el procedimiento de selección debió haberse realizado mediante la licitación pública. No obstante, ni siquiera cita el número de Ordenanza y/o de los artículos a los que alude ni menciona cuál es el monto fijado en ellos como tope para la procedencia de la licitación privada.

Lo cierto es que, amén de la carencia de debida fundamentación del argumento defensorista, no puede soslayarse que los topes fijados para las contrataciones en general, que en el ámbito provincial se rigen por la Ley 2141, son inferiores a los que en particular rigen para las obras públicas, a partir de los Decretos que reglamentan la Ley 687.

A mayor abundamiento, puede observarse que, a la fecha de sanción del Decreto N° 878/10, el Poder Ejecutivo Provincial había fijado los topes previstos en el artículo 12, inciso a), de la Ley 687, mediante el Decreto N° 1848/05. Allí, se había reglamentado la posibilidad de recurrir a la licitación privada cuando los presupuestos oficiales tuvieran un monto de hasta \$2.500.000.

Por lo tanto, no se ha desvirtuado la motivación del Decreto N° 878/2010 del Intendente de Plottier, en cuanto se sostuviera que el importe de la obra pública a realizar permitía a la Municipalidad recurrir al procedimiento de licitación privada para la selección de su contratante, sobre la base de la aplicación de los topes previstos para la Ley 687.

Por otro lado, al contestar la demanda, la accionada niega que la actora haya realizado la obra en cuestión, añade que se trató de una contratación simulada, considera un indicio de ello el hecho de que los certificados se hubieran expedido en tiempo y forma sin siquiera merecer observaciones.

En el mismo sentido desconoce el contenido de los certificados de obra y dice que no son instrumentos públicos y, por ende, no gozan de su valor probatorio.

Con respecto al genérico desconocimiento de la documental, que ensaya la accionada, cuando la misma fuera aportada por esa misma parte, ya ha sido aclarado que si no es respaldado con prueba suficiente, no tiene virtualidad para conmovir el valor probatorio que puedan tener tales constancias.

No puede ampararse tal deficiencia probatoria de la accionada en que su contraria haya optado por el trámite sumario, ya que además de la prueba documental e instrumental que podría haber incorporado con la contestación de demanda, tenía derecho a oponerse a que la causa no se abriera a prueba, ofreciendo la que hiciera a su derecho y solicitando que se siguiera el procedimiento ordinario, para posibilitar la producción de la misma (cfr. RI N° 263/11).

El certificado de obra N° 2 traído a juicio por la propia demandada es —conforme lo describe el Dr. Barra— una declaración de la Administración comitente, referida a una relación de derecho público (contrato de obra pública), destinada a reconocer un crédito a favor del contratista. Ninguna duda puede caber de que el certificado de obra pública constituye la manifestación de un verdadero acto administrativo, que reconoce la existencia de una deuda y por ello puede ser concebido como acto declarativo de un derecho a percibir el importe por los trabajos reconocidos. Es una constancia de que se ha realizado una porción de la obra y un reconocimiento de deuda en consecuencia (cfr. Barra, Op. cit., págs. 923 y sig.).

Por tanto resulta pertinente traer a colación las consideraciones efectuadas en el Acuerdo N° 1624/09, que también atañen a un reconocimiento de deuda y sus implicancias.

Allí se sostuvo que la carga de la prueba se desplaza a la demandada cuando la actora probó la existencia del reconocimiento, en este caso fue la propia accionada la que trajo el certificado de obra. Y se apreció que, más allá del señalado valor declarativo y no constitutivo de dicho acto administrativo, lo cierto es que es insoslayable su fuerza probatoria de la existencia de la obligación.

Así se concluyó que la parte demandada ya no podía ampararse en las negativas rituales manifestadas durante la traba de la litis, que si bien son suficientes para tener los hechos como controvertidos, no conmueven la entidad probatoria del reconocimiento.

Cabe agregar que, en el presente caso, ese reconocimiento proviene de un certificado de obra que, como ya fuera repasado, contiene una declaración de existencia no solamente del crédito de la contratista, sino además de la ejecución de la parte correspondiente de la obra.

Por consiguiente, cabe reconocer a la accionante el derecho a percibir la suma de \$218.050, surgida del certificado de obra N° 2.

En cuanto a los intereses, la Fiscalía de Estado niega la existencia de mora de parte de la Municipalidad y se opone a la aplicación de la tasa prevista por el artículo 57 de la Ley 687.

Sin embargo, no agrega ningún argumento que avale tal posición, más allá de la reserva de invocar la doctrina de la RI N° 320/11 para impugnar la respectiva planilla de liquidación, por inconstitucionalidad en el caso concreto del monto que resulte estimado en concepto de intereses.

Cabe apreciar que, con respecto a esta cuestión, el artículo 1 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares, el artículo 10 del Pliego de Disposiciones Particulares y la cláusula novena del contrato, determinan la aplicación de la Ley de Obras Públicas N° 687.

A mayor abundamiento, deviene pertinente mencionar que en la cláusula cuarta del convenio de pago celebrado el 28 de julio de 2011 se acordó que en caso de incumplimiento de pago de las cuotas, el acuerdo caería de pleno derecho, pudiendo la empresa reclamar la totalidad del monto adeudado, con sus respectivos intereses desde la fecha en que se generara la deuda (ver a foja 53).

Por lo tanto, no surgiendo de la documentación que se hubiera convenido otra tasa para compensar la mora en el pago del certificado, corresponde acoger la pretensión de que se calculen los intereses a la tasa prevista en el artículo 57 de la Ley 687.

Así las cosas, según el artículo 16 del Pliego de Disposiciones Complementarias, se había estipulado que el pago del certificado debía realizarse a los 30 días corridos, contados a partir del último día del mes de ejecución de los trabajos. En tal sentido, en el certificado N° 2 se consignó que la fecha de vencimiento era el 30/9/10. A partir de ese momento cabe considerar que la comitente incurrió en mora, debiendo aplicarse los intereses correspondientes desde esa fecha.

Finalmente, cabe considerar que no cabe aplicar ningún tipo de actualización, en virtud de la vigencia de la prohibición de indexación establecida por los artículos 7 y 10 de la Ley 23.928 y sus modificatorias.



VIII.- En síntesis, corresponde estimar parcialmente la demanda, que procede únicamente con respecto a la pretensión de cobro del certificado de obra N° 2, condenando a la Municipalidad de Plottier a abonarlo, con más intereses calculados a la tasa del artículo 57 de la Ley 687, desde el 30/9/10 y hasta el efectivo pago.

Las costas serán impuestas a la demandada en función del principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCyC). Al respecto, debe sopesarse que la forma en que se resuelve la cuestión no ha sido a consecuencia de la actividad defensiva llevada a cabo por la demandada, sino del necesario examen que, en punto a la legitimación procesal, correspondía ser llevado a cabo por el Tribunal, conforme fuera explicado en el pto.VI del presente resolutorio. TAL MIVOTO.

El señor Vocal Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- Que debo formular mi disidencia parcial con el voto precedente, en tanto no coincido con el rechazo parcial de la demanda.

II.- Partiendo de la situación descripta en el voto referido (cesión de derechos sobre los certificados de obra de anticipo N° 1, N° 3 y adicional N° 1) cabe apreciar que, con posterioridad a dichas cesiones, la accionada efectuó un reconocimiento de deuda, instrumentado en el acuerdo de pago, fechado el 28 de julio de 2011 (cfr. copia aportada por la demandada, a foja 53).

Así, en el punto primero del mencionado convenio, la Municipalidad expresamente: "reconoce a LA EMPRESA la deuda reclamada que asciende a la suma de PESOS Un Millón Quinientos Cincuenta y Cuatro Mil Ochocientos Cuarenta (\$1.554.840,00) conforme consta en los certificados emitidos por LA MUNICIPALIDAD detallados en la cláusula segunda, y cuyo pago deberá hacerse de conformidad a lo establecido en la licitación pública N° 01/10 y la Ley de Obras Públicas N° 681" (textual de foja 53).

En la cláusula segunda se detallaron los certificados correspondientes a la obra "Infraestructura vial de acceso al Hospital de Plottier", licitación privada N° 01/10, incluyéndose los correspondientes a anticipo N° 1, N° 3 y adicional N° 1.

Finalmente, en el punto tercero se fijó un cronograma de pago en cuotas de la deuda reconocida y, se aclaró en la cláusula cuarta que si se incumplía el pago de las cuotas pactadas, la empresa podía "reclamar la totalidad del monto adeudado, con sus respectivos intereses desde la fecha de que se generara la deuda" (ver a foja 53).

Dicho reconocimiento y acuerdo de pago fue aprobado por el Intendente de la Ciudad de Plottier, mediante Decreto N° 2224/11, en cuya motivación se señaló que la pretensión había sido verificada por el área de Hacienda municipal, habiéndose constatado su veracidad y la falta de pago de los certificados de obra (cfr. a foja 55). Y, este acto administrativo, vale señalar, goza de los caracteres de un acto regular.

Para más, en ese cuadro de situación, tampoco debe soslayarse que, en su responde, la demandada se limitó a consignar que "La escritura pública en la cual se notifica a la Subsecretaría de Economía que los mismos han sido cedidos al BPN, solo da cuenta que la misma se encontraba en conocimiento, pero en modo alguno ratifica su contenido". Es decir, partiendo de asumir que la cesión había sido notificada a su parte, no alegó que su contraria no fuera titular del crédito cuyo pago reclama; no introdujo (ni como excepción ni como defensa) argumentos tendientes a fundar la inexistencia de un requisito esencial de la acción, como lo es la titularidad del interés que es materia del litigio.

Por lo tanto, en el contexto de esta causa, estimo que no se encuentran probados los hechos que tornarían viable una declaración oficiosa vinculada con la "legitimación" de la parte actora, en los términos propuestos en el voto que antecede.

III.- Por lo demás, en cuanto a los argumentos brindados por mi Colega preopinante, para acoger favorablemente la demanda sobre el certificado de obra N° 2, adhiero a los mismos y los hago extensivos al resto de la pretensión.

Por lo cual, considero que la demanda debe ser aceptada en su totalidad, condenando a la Municipalidad de Plottier a abonar la deuda reconocida en el Acuerdo de Pago celebrado con Lautec SRL, con fecha 28 de julio de 2011, aprobado por Decreto N° 2224/11, con más intereses calculados a la tasa del artículo 57 de la Ley 687, desde la fecha de vencimiento de cada certificado y hasta el efectivo pago.

En cuanto a las costas, no encuentro motivos para apartarme del principio objetivo de la derrota, correspondiendo que sean soportadas por la demandada (art. 68 del CPCyC). MIVOTO.

El Señor Presidente Doctor EVALDO DARÍO MOYA dijo: Llega este caso a mi estudio, en atención a la disidencia existente entre los votos de los Sres. Vocales que integran la Sala Procesal Administrativa.

En orden a ello, y por compartir en su totalidad los desarrollos y argumentaciones efectuadas por el Dr. Kohon al emitir su voto, adhiero a la solución por él brindada. TAL MIVOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal, por mayoría, SE RESUELVE: 1°) Hacer lugar en su totalidad a la demanda incoada por Lautec SRL contra la Municipalidad de Plottier y, en consecuencia, condenar a la demandada a abonar la deuda reconocida en el Acuerdo de Pago celebrado con Lautec SRL, con fecha 28 de julio de 2011, aprobado por Decreto N° 2224/11, con más intereses calculados a la tasa del artículo 57 de la Ley 687, desde la fecha de vencimiento de cada certificado y hasta el efectivo pago; 2°) Imponer las costas a la demandada vencida (artículo 68 del CPCyC de aplicación supletoria); 4°) Regular los honorarios profesionales del Dr. ..., apoderado de la parte actora, en la suma de \$... (...) y de los Dres. ... y ..., patrocinantes de la misma parte, en la suma de \$... (...), en conjunto (arts. 6, 7, 10, 39 y cctes. de la Ley 1594); 5°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

DR. EVALDO DARÍO MOYA - Presidente. DR. RICARDO TOMÁS KOHON - DR. OSCAR E. MASSEI

"QUIROGA HORACIO RODOLFO —INTENDENTE DE LA CIUDAD DE NEUQUEN— C/ CONCEJO DELIBERANTE DE LA CIUDAD DE NEUQUEN S/ CONFLICTO INTERNO MUNICIPAL" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa - (Expte.: 3377/2011) – Acuerdo: 02/13 – Fecha: 06/05/2013

DERECHO ADMINISTRATIVO: Poderes del Estado.

CONFLICTO DE PODERES. MUNICIPALIDAD. GOBIERNO MUNICIPAL. CONFLICTO INTERNO. CONCEJO DELIBERANTE. PODER EJECUTIVO MUNICIPAL. INTENDENTE.



Corresponde dirimir el conflicto planteado a favor del Intendente de la localidad de Neuquén; pues es potestad del Órgano Ejecutivo diseñar el presupuesto, decidir la utilización de recursos y administrar las contrataciones públicas; y si éste efectuó el llamado a la licitación de las obras, las adjudicó y, luego, rescindió los contratos; la decisión del Órgano Legislativo de “autorizar” al Ejecutivo a pagar a una subcontratista –en el contexto descripto- y de disponer que -a tal efecto- se utilicen los fondos resultantes de las pólizas de caución entregadas por la contratista, ponen de manifiesto un impropio avance de éste órgano sobre el radio de competencias del Ejecutivo.

Texto completo:

ACUERDO N° 2. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los seis días del mes de mayo del año dos mil trece, 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, ANTONIO GUILLERMO LABATE y LELIA GRACIELA M. DE CORVALÁN, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora LUISA ANALIA BERMÚDEZ, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “QUIROGA HORACIO RODOLFO —INTENDENTE DE LA CIUDAD DE NEUQUEN— C/ CONCEJO DELIBERANTE DE LA CIUDAD DE NEUQUEN S/ CONFLICTO INTERNO MUNICIPAL”, Expte. 3377/11, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- A fs. 13/19 se presenta el Lic. Martín Adolfo Farizano, en su carácter de Intendente de la ciudad de Neuquén, y denuncia la existencia de un conflicto interno municipal con el Órgano Deliberante.

Relata que, en uso de sus facultades, vetó la Ordenanza 12.053 y que el Concejo Deliberante la ratificó en todos sus términos.

Manifiesta que, por medio de la Ordenanza cuestionada, se autoriza al Ejecutivo a abonar a la Empresa Benegas Construcciones S.R.L hasta la suma de \$718.422, de acuerdo a las acreencias que la firma pueda acreditar contra la firma SURCO S.R.L., por los servicios efectivamente realizados en las “140 Viviendas Valentina Sur” y “190 Viviendas Valentina Norte” con cargo a los créditos que surgen de las pólizas de caución oportunamente aportadas por Surco S.R.L.

Alega que esta decisión política transgrede elementales principios tanto de derecho público, como de derecho privado. Indica, con relación a la subcontratación, que todos los contratos tienen sujeción a la Ley Provincial de Obras Públicas y que, en el caso, no consta autorización previa para la subcontratación.

Se refiere a las cuestiones probatorias, referidas a la legitimidad y alcance del crédito que se reconoce, e indica que tampoco se sabe si la empresa Benegas se presentó en el concurso preventivo de Surco S.R.L.. En este punto, indica que las sumas provenientes de los seguros de caución no pueden ser utilizadas para cancelar parcialmente y sin equidad, a uno sólo de los tantos posibles acreedores, contrariando los principios que rigen el proceso concursal.

Agrega que la Ordenanza no tiene en cuenta que el objeto de los seguros de caución es recuperar los anticipos financieros otorgados a la empresa Surco Construcciones y que no fueron reintegrados por ésta, así como el resarcimiento al erario público de una parte de los gastos en que tuvo que incurrir el Municipio para afrontar la continuidad de las obras. Añade que Surco Construcciones no cuenta con acreencias legítimas a percibir de la Municipalidad.

Dice que no puede verse obligado a cumplir con una Ordenanza que transgrede otras normas, pues genera un perjuicio fiscal y un riesgo patrimonial personal, de conformidad a las disposiciones del artículo 288 de la Constitución Provincial y 159 de la Carta Orgánica.

Sostiene que el accionar del Concejo Deliberante importa una infracción al principio de división de poderes; que es el Poder Ejecutivo Municipal el que debe evaluar la procedencia del crédito de Benegas S.R.L y que el Concejo Deliberante, con su decisión política, trastoca la Ley Nacional 24.522, la Ord. 1728, la Ord. de Contrataciones 7838, el Dec. Reg. 1231/00, la Ord. 937/74, la Ley Provincial de Obras Públicas y Dto. Reg. 108/72, la ley 2141 y su decreto reglamentario 2758/95, en tanto administra y dispone de fondos públicos. De esta forma, dice, se excede en sus competencias (previstas en el artículo 67 de la C.O.M.), e invade las propias del órgano Ejecutivo, contenidas en el art. 85, inc. 11 y 13 del mismo cuerpo legal.

En este contexto, solicitó que, con carácter cautelar, se dispusiera la suspensión de la ordenanza atacada.

II.- A fs. 39/41, mediante R.I. 18/11 se hizo lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, se dispuso suspender la Ordenanza 12.053. A la par, se ordenó el traslado del conflicto denunciado, al Concejo Deliberante de Neuquén.

III.- El Concejo Deliberante, pese a estar debidamente notificado (fs. 44/vta.), no contestó.

IV.- A fs. 54/5, mediante R.I. 2/12, se rechazó el pedido de intervención como tercero del Sr. Luis Guillermo Benegas.

V.- A fs. 76 se presenta Horacio Rodolfo Quiroga y manifiesta que fue designado Intendente Municipal. Solicitó se lo tenga por presentado en tal carácter y que se re-caratulen las actuaciones, lo que así se dispuso a fs. 77.

VI.- A fs. 79/83 contesta la vista conferida el Sr. Fiscal ante el Cuerpo, quien opina que corresponde dirimir la contienda a favor del Intendente.

Manifiesta que el Concejo Deliberante, al dictar la Ordenanza 12.053, se excedió en sus facultades.

VII.- Encontrándose integrado el Tribunal, la presente causa se encuentra en condiciones de ser sentenciada.

VIII.- En primer término corresponde señalar que la cuestión se enmarca dentro de los denominados conflictos internos municipales y, por lo tanto, habilita el ejercicio de la competencia atribuida a este Tribunal por la Constitución Provincial en el art. 241, inc. b.

En la especie, se presenta un conflicto interno municipal en el cual se encuentran en juego las atribuciones de los Órganos Ejecutivo y Deliberante.

IX.- Ahora bien, conforme reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la acepción del término “conflicto” no puede ser otra que la ordinaria de contienda entre dos autoridades a propósito de sus respectivas facultades, como cuando una desconoce a la otra la competencia que la otra se atribuye (RI N° 590/89, con cita de SCBA Ac. y Sent. T° 1974-I, pág. 998).

Así, se ha descripto que se da tal situación cuando uno de los órganos representativos de un poder ejerce atribuciones constitucionales



y/o legales que corresponden al poder que se siente lesionado, configurándose una invasión a extraña jurisdicción, o cuando uno de los poderes impide al otro el ejercicio de sus facultades (entre otros, Acuerdo N° 144/85, con cita de SCBA Ac. y Sent. 1974-I, pág. 527; en el mismo sentido, TSJ Córdoba, Fallos N° 112/99, 3/05 y 80/05, entre otros).

Se sintetizó que, básicamente, serían dos los supuestos: a) desconocimiento de competencia y b) arrogación de competencia ajena al órgano (Acuerdo N° 348/95, con cita de “Conflicto de Poderes – Previsiones normativas y precisiones jurisprudenciales” del Departamento de Estudios Sociales y Proyectos —Procuración General Suprema Corte de Justicia— La Plata, 1986).

De tal manera se ha explicado que: “Cuando entre órganos de distintos Poderes se producen lo que Loewenstein denomina ‘puntos muertos’ o ‘bloques mutuos’ se entra en un callejón sin salida, que provoca parálisis o crisis, y que si carece de órgano imparcial que lo resuelva, podrá concluir con la imposición fáctica del poder más fuerte en ese momento (Bidart Campos: ‘El derecho Constitucional del Poder’, T. I, pág. 183)” (Acuerdo N° 144/85 y los que siguieron esa doctrina).

Se concluyó que los conflictos municipales, cuya decisión compete al Tribunal, deben entenderse “como contienda suscitada entre órganos de autoridad a propósito de la existencia o inexistencia de sus facultades” (cfr. Ac. 347/95).

En este contexto y, en punto al alcance de las atribuciones constitucionales del Tribunal, se ha considerado que la Constitución Provincial le otorga un conjunto de complejas facultades que lo habilitan para entender, no sólo en las controversias establecidas entre particulares, sino también, entre los poderes del Estado, para aventar el riesgo consistente en que contiendas de esta peculiar naturaleza queden sin solución legítima.

Por consiguiente, y en forma exclusiva, este Tribunal tiene mandato constitucional para definir las atribuciones constitucionales de los poderes públicos, cuando a su respecto exista disputa (entre otros, Ac. 209/90, 347/95).

No obstante, también es necesario advertir que no cualquier controversia puede receptarse y analizarse en el marco de este proceso; esta vía no puede constituirse en el carril ordinario de revisión de la constitucionalidad de las normas estatales: el análisis de legalidad y constitucionalidad debe ser consecuencia de lo que corresponda decidir acerca de la contienda de atribuciones entre los poderes públicos.

IX.1.- En el caso, el Intendente desconoce la competencia del Concejo Deliberante para autorizar que se abone a la empresa “Benegas Construcciones SRL” (de acuerdo a las acreencias que esta firma pueda acreditar contra la empresa “Surco SRL”, por los servicios efectivamente realizados en las “140 Viviendas Valentina Sur” y “190 Viviendas Valentina Norte”) hasta la suma de \$718.422, así como de decidir que dicho pago se haga efectivo con cargo a los créditos que surgen de las pólizas de caución oportunamente aportadas por la empresa contratista Surco SRL.

Y, más allá de la particularidad de que quien plantea el conflicto es quien desconoce la atribución del otro poder -pues de acuerdo a la clásica conformación del conflicto, lo esperable sería que, ante la falta de acatamiento y reticencia, fuera el Concejo quien lo planteara y, en esta hipótesis, se vería claramente su conformación- lo cierto es que la contienda, el “bloqueo o punto muerto”, se configura en la especie.

Es que, como indica Sagüés, los casos más típicos, son aquéllos en los cuales un poder del Estado interviene en un caso que, según la Constitución o la ley que la reglamenta, es propio de otro, incursionando en áreas privativas o reservadas al primero. Sin embargo, hay otros casos que también están comprendidos en esta tipología de conflictos, tal el supuesto en que se da un “conflicto por desobediencia” que se produce cuando la competencia no es nítida, y cada poder ha hecho lo suyo, pero uno de ellos, disconforme con lo actuado por el otro, desconoce (o desobedece) lo decidido por el órgano competente, tal desconocimiento o desobediencia será legítimo o ilegítimo, según tenga o no fundamentos valederos (Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, “Conflicto de poderes y recurso extraordinario per saltum”, La Ley 1991-B, 205).

El gobierno municipal tiene un diseño constitucional que se caracteriza por la coexistencia de los departamentos Deliberativo y Ejecutivo, con esferas competenciales delimitadas. En este contexto, las acciones de conducción deben atenerse al orden republicano de gobierno, en el sentido de respetar las incumbencias funcionales respectivas.

Por ello, en este caso, todo lleva a considerar que, efectivamente, se presenta un supuesto de conflicto interno municipal desde que el Intendente desconoce la competencia del Cuerpo para decidir como lo hizo y, por lo tanto, se niega a llevar adelante lo ordenado. En otras palabras, se niega a cumplir con lo dispuesto en la Ordenanza 12053 denunciando que el Concejo Deliberante se excedió en sus facultades e invadió las propias del Órgano Ejecutivo; además, que la disposición de los fondos públicos con que la Ordenanza cuestionada prevé que se deberá cancelar el crédito, vulnera la normativa vigente en la materia.

En este punto, más allá de la referencia al término “autorización” plasmado en la Ordenanza cuestionada, en rigor se ha dispuesto el reconocimiento de un crédito -y su pago- por una supuesta deuda y se ha establecido la forma de dicho pago (con cargo de los fondos percibidos en concepto de seguros de caución), apartándose (en los términos del Intendente) de las disposiciones legislativas y constitucionales vigentes.

Desde esta perspectiva, la negativa del Intendente a cumplir la disposición emanada del Concejo Deliberante configurará el bloqueo de poder al que se aludiera anteriormente.

Y la cuestión no se presenta sencilla para el análisis: Por un lado, es el Órgano Ejecutivo el competente para autorizar el uso de los recursos municipales (art. 85 inc. 11 y 13 de la C.O.M.) y, en principio, la existencia de la Ordenanza, implica que el titular del departamento ejecutivo debe ajustarse a ella; por el otro, la juridicidad es el marco indispensable al cual debe sujetarse la actividad estatal nacional, provincial y municipal y, por lo tanto, es preciso que todas las decisiones estatales respeten los procedimientos esenciales previstos en normas legales y constitucionales, cuyo cumplimiento, por lo demás, se erige en una garantía para los administrados.

En la compleja trama que la cuestión sometida a estudio presenta y, más allá de la naturaleza jurídica de la Ordenanza que el Departamento Ejecutivo impugna y se resiste a cumplir (en este mismo orden, se presenta con igual grado de confusión la posibilidad de veto) lo cierto es que, en el marco institucional, no queda otra alternativa que plantear el conflicto inter-orgánico.

Adviértase en este punto que la cuestión encierra un dilema: la actitud remisa del Intendente podría importar un acto de desacato frente al Concejo Deliberante de persistir en ella, pero cumplir con lo dispuesto, podría hacerlo incurrir en responsabilidades de distinto orden.

Por estas consideraciones y, existiendo consenso en la necesidad de que el conflicto sea resuelto por este Tribunal, este Cuerpo debe abocarse a la resolución: “Bien se ha dicho que en la medida de que un conflicto constitucional no reciba solución existe por definición una o más cláusulas constitucionales que han dejado de cumplirse, y esta omisión afecta sin duda la supremacía de la Constitución cuya plena vigencia se ve así retaceada” (cfr. Sup. Corte de Justicia de Mendoza en pleno, Honorable Concejo Deliberante de San Rafael v. Intendente de la Municipalidad de San Rafael, Lexis Nro. 70008041).

IX.2.- Perfilada la cuestión, resulta pertinente dejar aclarado que el marco de este proceso sólo se circunscribe a dirimir el conflicto



interorgánico suscitado.

Sobre el punto, se ha expresado que esa función únicamente conlleva un control de legalidad y constitucionalidad, en el sentido de analizar si la ordenanza municipal sancionada por el Concejo Deliberante, ha cumplido con todos los elementos o requisitos que hacen a su validez, en ese sentido si es de su esfera de competencia, fundamentación, etcétera (Acuerdo N° 347/95, voto del

Dr. González Taboada).

Como ha indicado el Tribunal Superior de Córdoba, "... por su condición de máxima autoridad judicial e intérprete final en el ámbito local de los postulados emergentes del orden jurídico provincial, tiene a su cargo entender y decidir las contiendas suscitadas entre autoridades en ejercicio de sus funciones, a raíz de interpretaciones divergentes respecto del alcance de las facultades que respectivamente se atribuyen, es decir, a una discusión entre dos órganos de la autoridad sobre la existencia o ejercicio privativo de una misma facultad. Pero además, es el intérprete final en la jurisdicción provincial de la Constitución local, fuente primaria y esencial de las incumbencias y prerrogativas de los poderes y autoridades locales (Art. 165 incs. 1° a) y 2°, ib.). En pos de cumplir acabadamente con la función constitucionalmente prevista de conocer y resolver los temas mencionados, el Tribunal Superior de Justicia precisa los límites en que cada autoridad puede ejercer los cometidos que le son propios, actividad que supone un examen hermenéutico legal y una decisión jurídico institucional." (TSJ Córdoba Fallos N° 2/04 y 2/06).

Esta delimitación es necesaria, por cuanto corresponde dejar establecido -en orden a los términos en los cuales se ha efectuado esta denuncia- que excede del marco de este proceso la determinación de eventuales responsabilidades generadas por el dictado de un acto fuera de la competencia del órgano.

La cuestión a resolver, en tanto centrada en el ámbito interno del municipio, se circunscribirá a establecer si la reticencia del Departamento Ejecutivo a cumplir con lo dispuesto por el Concejo Deliberante es legítima o ilegítima.

Resuelto ello, será en el ámbito municipal y en ejercicio de las funciones propias y privativas, que deberán arbitrase las medidas tendientes a adecuar el accionar estatal a lo que aquí se decida.

X.- Sentado lo anterior, debe partirse de la premisa de que el principio republicano de división de poderes funciona como una garantía del sistema porque implica un régimen de pesos y contrapesos y de control permanente generado por la interrelación que existe entre los mismos.

Los órganos que integran el Estado -en cualquiera de sus niveles, nacional, provincial o municipal- tienen las atribuciones dentro de las facultades establecidas por la Constitución y las leyes que, en consecuencia, se dicten.

Por lo tanto, ningún poder constituido puede ejercer esas facultades más allá del alcance con las que han sido establecidas; de lo contrario, se trataría de un poder con facultades omnímodas.

Por lo tanto, si ningún departamento del Estado puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas, corresponde analizar como Tribunal constitucional, si la ordenanza cuestionada ha sido dictada dentro de la competencia del Cuerpo Colegiado.

X.1.- Conforme las facultades conferidas al Concejo Deliberante en el art. 67 de la C.O.M., la posibilidad de "autorizar" al Órgano Ejecutivo Municipal a abonar deudas a terceros no se encuentra establecida.

Esa falta de previsión no puede suplirse con la aclaración existente al final de dicha norma en punto a que la enumeración no es taxativa.

Ello así, por cuanto la salvedad que la norma hace debe interpretarse en forma armónica con las demás previsiones de la C.O.M., en general, y con las facultades establecidas para el Órgano Ejecutivo Municipal, en particular (cfr. art. 85 de la C.O.M.).

Desde esta perspectiva, se advierte que la C.O.M. establece entre las facultades del Órgano Ejecutivo la de disponer la inversión de los recursos y la de administrar los bienes municipales (cfr. incs. 11) y 13) del art. 85).

En cambio al Órgano Legislativo, le cabe, en materia de recursos, sancionar la ordenanza tributaria y el presupuesto general de gastos y recursos (art. 67 inc. 3).

A su vez, el art. 119 inc. 5 dispone que la Municipalidad no podrá efectuar gasto alguno que no esté autorizado por el presupuesto en vigencia o por ordenanza que prevea recursos para su cumplimiento.

Y, aún en la hipótesis de que se haya tomado esta última norma como referencia para "autorizar" al Dpto. Ejecutivo a efectuar el pago señalado y su modalidad, la infracción que se denuncia sigue impactando en el principio de división de poderes y en la inexistencia de los recaudos formales pertinentes para reconocer el crédito de la forma en que se hizo (no habría sido autorizada la subcontratación; no existiría documentación respaldatoria suficiente acerca de los trabajos que se habrían realizado; tampoco sobre su cantidad ni la razonabilidad de los precios).

En este orden de ideas, no puede dejar de advertirse que la utilización de los recursos municipales así como la contratación y ejecución de obras públicas, le competen al Órgano Ejecutivo.

En efecto, la C.O.M. contiene un entramado de normas que diseñan el sistema de administración financiera, la contabilidad y los sistemas de control respecto de la utilización de recursos, la ejecución del presupuesto y el régimen de las contrataciones.

Según el mecanismo delineado por las normas antes analizadas, es potestad del Órgano Ejecutivo diseñar el presupuesto, decidir la utilización de recursos y administrar las contrataciones públicas; tan así que, en el caso, el Órgano Ejecutivo efectuó el llamado a la licitación de las obras, las adjudicó a Surco SRL y, luego, rescindió los contratos.

Por lo tanto, la decisión del Órgano Legislativo de "autorizar" al Ejecutivo a pagar a una subcontratista -en el contexto descripto- y de disponer que -a tal efecto- se utilicen los fondos resultantes de las pólizas de caución entregadas por la contratista, ponen de manifiesto un impropio avance de éste órgano sobre el radio de competencias del Ejecutivo.

Luego, abona la posición traída por el Sr. Intendente, el confronto entre lo dispuesto por la Ordenanza 12.053 con las facultades establecidas en el art. 273 de la Constitución Provincial y las enumeradas en el art. 67 de la C.O.M., pues permite advertir que el Concejo Deliberante se ha extralimitado en su accionar.

Desde esa perspectiva, el procedimiento llevado adelante por el Concejo Deliberante de Neuquén se presenta como irregular, pues se ha atribuido potestades que resultan propias de la esfera del Departamento Ejecutivo.

Como ha señalado este Tribunal, "ningún departamento del Gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas o que deben considerarse conferidas por la necesaria implicancia de aquéllas. Nos referimos concretamente al derecho judicial derivado de la interpretación de la C.S.J.N. que sentó algunos principios que señalara Bidart Campos y que estimo de pertinente aplicación y



actual... los poderes del Estado deben someterse a la Constitución y a las leyes; cualquier apartamiento de este principio origina la competencia del Poder Judicial... (de lo que se trata es)... de analizar como Tribunal Constitucional si los mencionados instrumentos legales han sido dictados dentro de la competencia del Cuerpo colegiado..." (cfr.Ac. 209/90 y Ac.

347/95, ya citados).

Frente a tales circunstancias, cabe concluir que asiste razón al denunciante en su postura. Por consiguiente, corresponde dirimir el conflicto interno planteado a favor del Sr. Intendente de la Ciudad de Neuquén, en tanto la Ordenanza 12.053 transgrede la Constitución Provincial y la Carta Orgánica Municipal.

XI.- Con relación a las costas, no encuentro motivo para apartarme de la regla, que es su imposición a la denunciada vencida (artículo 68 del CPCyC, de aplicación supletoria).TAL MIVOTO.

El señor Presidente Doctor EVALDO DARIO MOYA dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Massei, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. MIVOTO.

El señor Vocal ANTONIO GUILLERMO LABATE dijo: Comparto la solución a la que arriba el Dr. Massei, como así también su línea argumental, por lo que emito mi voto del mismo modo. MIVOTO.

La señora Vocal, Doctora LELIA GRACIELA MARTINEZ DE CORVALAN dijo: por compartir los fundamentos y la solución que propone el Dr. Oscar E. Massei, emito mi voto de adhesión en idéntico sentido.TAL MIVOTO.

El señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: por adherir al criterio del señor Vocal que abre el Acuerdo, es que voto del mismo modo. MIVOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, de conformidad Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Dirimir el conflicto planteado, a favor del Intendente de la localidad de Neuquén; 2º) Imponer las costas al denunciado vencido (art. 68 del CPCyC, de aplicación supletoria en la materia); 3º) Regular los honorarios de los Dres. ... y ..., en carácter de patrocinantes del denunciante, en la suma

de \$..., en conjunto (arts. 6, 7, 9, y ccs. de la Ley 1594); 4º) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

DR. EVALDO D. MOYA - Presidente. DR. RICARDO T. KOHON - DR. OSCAR E. MASSEI - DRA. LELIA GRACIELA M. DE CORVALÁN - DR. ANTONIO GUILLERMO LABATE

[Volver al índice](#)

[-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"COUYOUPETROU SILVIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa -(Expte.: 3052/2010) – Acuerdo: 64/13 – Fecha: 26/12/2013

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

Corresponde hacer lugar a la demanda tendiente al cobro de las diferencias salariales existente entre la categorías que ostentaba la actora (FUC) y la correspondiente a director (FS2) en el período febrero a agosto de 2008 las cuales en su momento no se le remuneraron debido a que no se había dictado el acto de designación para dicho cargo. Sin embargo, de la prueba rendida surge que la actora efectivamente tuvo a cargo, en el período indicado, todas las responsabilidades y funciones inherentes al cargo de Directora de Ejecución Penal de la Subsecretaría de Justicia y Derechos Humanos.

La acreditación de la efectiva prestación de las tareas repercute de manera positiva sobre la procedencia de la acción. Es que la prueba suficiente otorga certeza y permite alcanzar el rango de convicción necesaria para reconocer el derecho reclamado. Derecho que requiere –de manera imprescindible- la acreditación fehaciente de la prestación de tareas con mayores funciones.

En tanto la Administración se ha beneficiado con las tareas desempeñadas por la actora, ésta última, por el principio de equidad que prohíbe el enriquecimiento sin causa, tiene derecho a la remuneración correspondiente.

Texto completo:

ACUERDO N° 64. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintiseis días del mes de diciembre de dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. Vocales Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la Secretaria de Demandas Originarias Dra. LUISA BERMÚDEZ para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "COUYOUPETROU SILVIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte 3052/10, en trámite por ante la mencionada Secretaría del Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI, dijo: I.- Que a fs. 4/10 se presenta la señora Silvia Couyoupetrou, con patrocinio letrado e interpone acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén. Pretende se declare la nulidad del Decreto 279/10 del Poder Ejecutivo,



de la Resolución 441/9 del ex Ministerio de Justicia, Trabajo y Seguridad Social y de la Disposición 006/09 de la Subsecretaría de Justicia y, en consecuencia se le abone, en concepto de legítimo abono, las diferencias salariales resultantes de su desempeño en el cargo de Directora de la Dirección de Sistemas Penales Alternativos.

Relata que, desde el 1/2/08 al 31/8/08, por requerimiento de sus superiores, estuvo a cargo de la Dirección de Ejecución Penal de la Subsecretaría de Justicia y Derechos Humanos y asumió las responsabilidades y funciones inherentes a dicho cargo.

Afirma que asumió el cargo con la promesa de ser designada de manera permanente en el mismo y que, por distintas circunstancias y, pese a que solicitó en forma expresa la regularización de su situación, la designación no se produjo.

Expone que, luego, fue instruída para cesar en el cargo de Directora de Ejecución Penal y retornó a sus tareas habituales.

Señala que, no obstante ello, durante el tiempo que estuvo a cargo de la mencionada dirección, realizó todas las actividades propias de la función y la categoría asignadas, sin que la Administración formulara ningún tipo de reparos.

Alega que la asignación salarial para el cargo de director es la categoría FS2, con una remuneración de \$ 3.696, suma que incluye salario básico y gastos de representación.

Resalta que, mientras se desempeñó como Directora de Ejecución Penal, percibió como salario la asignación correspondiente a la categoría FUC, que no supera los \$ 1.196.

Sostiene que resulta evidente la existencia de una diferencia salarial a su favor.

Expone que interpuso reclamación administrativa ante la Subsecretaría de Justicia en la que solicitó el legítimo abono de las diferencias salariales.

Agrega que el reclamo fue rechazado con fundamento en que el cargo se encontraba vacante; que la situación no encuadraba en lo normado por el art. 1° del Decreto 1656/59, ni en el art. 44 de la Ley 2265, porque no medió asignación al cargo por norma legal emitida por autoridad competente y que no estaba acreditado el efectivo desempeño del cargo.

Relata que interpuso recurso jerárquico ante el Ministerio de Justicia, Trabajo y Seguridad Social, en el que planteó que los argumentos en que se fundó el rechazo no eran aplicables al caso, en tanto el reclamo trasuntaba por el reconocimiento salarial de la mayor función cumplida con pie en el instituto del legítimo abono.

Alega que la falta de designación no implica que no exista el deber de parte de la Administración de abonar las diferencias salariales en concepto de legítimo abono, para lo que sólo se requiere cumplimiento material de la mayor función con conocimiento y consentimiento de las autoridades jerárquicas.

Asevera que, en su caso, tales recaudos se cumplieron.

Expone que el recurso fue rechazado mediante la Resolución 441/9 del Ministerio de Justicia, Trabajo y Seguridad Social, por lo que interpuso recurso ante el Gobernador en el que alegó que el instituto de legítimo abono tiene por finalidad el pago de funciones prestadas con independencia de que exista o no designación.

Señala que el recurso jerárquico fue desestimado, a través del Decreto 279/10, en el que se insiste en la aplicación al caso del Decreto 1656/59 y en la necesidad de la norma legal para la designación.

Sostiene que es improcedente que la Administración responda fundándose en normas que regulan reemplazos o subrogancias sin hacerse cargo de los fundamentos del reclamo y que, debido a ello, las normas cuestionadas no están motivadas en debida forma y carecen de fundamentación. Por tal motivo, afirma que adolecen de los vicios previstos en el art. 67 incs. a), m) y s) de la Ley 1284.

A continuación, se refiere al instituto del legítimo abono y argumenta en torno a que, en su caso, se encuentran reunidos los requisitos que lo hacen procedente, toda vez que medió efectiva prestación de tareas con mayores responsabilidades que las remuneradas, y la Administración obtuvo un beneficio sin contraprestación de su parte. Entiende que se ha vulnerado el principio de igual remuneración por igual tarea.

Resalta que ostentó carácter de funcionario de "iure" sin que, hasta el momento, se haya declarado la ilegalidad, puesto que no usurpó el cargo, sino que, fue designada y autorizada por los funcionarios competentes y sus gestiones fueron convalidadas y tramitadas por la Administración.

Sostiene que, como lógica consecuencia de lo anterior, tiene derecho a percibir la remuneración correspondiente al cargo que desempeñó.

Ofrece prueba y formula su petitorio.

II.- A fs. 22/vta., mediante R.I. 352/10, se declaró la admisión formal del proceso y, habiendo optado por el procedimiento ordinario, se ordenó el traslado de la demanda.

III.- A fs. 28/32 la accionada contestó la demanda.

Luego de las negativas de rigor, sostiene que la pretensión es improcedente.

En tal sentido, señala que del análisis de la demanda y de los antecedentes que surgen de los expedientes administrativos, se observa que hay discordancia respecto de la efectiva prestación de servicios por parte de la actora en el cargo de Directora de Sistemas Penales Alternativos, en el período 1/2/08 al 31/8/08.

Señala que si bien, del expte. administrativo 4270-002056/08, surge que se habría propuesto la designación de la actora para el cargo, ello no acredita la efectiva prestación de tareas.

Dice que la accionante no explica en qué consistieron las mayores tareas, gestiones y responsabilidades que dice haber asumido y que, al no haber norma de designación, no corresponde el pago de diferencias salariales.

Reitera los argumentos establecidos en los actos atacados, en punto a que no están dadas las condiciones establecidas en el Decreto 1656/59 y en el art. 44 de la Ley 2265, que resultan aplicables al caso.

Asimismo, defiende la validez de los actos cuestionados con fundamento en la inexistencia de los vicios que denuncia la actora.

IV.- A fs. 40 se abrió la causa a prueba; a fs. 111 se clausuró dicho período, se agregó el cuaderno de prueba actora y se pusieron los autos para alegar. A fs. 114/5 obra agregado el alegato de la parte actora.

V.- A fs. 117/120 se expidió el Sr. Fiscal Subrogante ante el Cuerpo, quien propicia el rechazo de la demanda, con fundamento en la falta de prueba y en la validez de los actos atacados.

VI.- A fs. 121 se dictó la providencia de autos para sentencia, la que firme y consentida coloca a la causa en estado para el dictado del fallo



definitivo.

VII.- Detalladas las posiciones asumidas por las partes y, de acuerdo a como han sido estructurados los planteos, la cuestión a resolver queda circunscripta al abordaje del siguiente punto: derecho al cobro, en concepto de legítimo abono, de las diferencias salariales existentes entre la categoría de revista –FUC- y aquella que dice haber desempeñado –FS2- en el período 1/2/08 al 31/8/08.

VII.1.- La actora sostiene que su situación encuadra en el instituto de legítimo abono, desde que, existió la prestación de tareas de mayor responsabilidad y la Administración se vio beneficiada con dichas tareas sin la correspondiente contraprestación.

La demandada, afirma que no está acreditada la efectiva prestación de tareas y que, tal circunstancia, sumada a que no hubo acto de asignación del cargo, determinan la improcedencia de la acción.

VII.2.- Ahora bien, dados los términos de la contienda, corresponde determinar, en primer lugar, si se ha acreditado en forma fehaciente la prestación de mayores tareas o de tareas propias del cargo que la actora afirma haber desempeñado.

En efecto, el “legítimo abono” requiere la efectiva prestación. Esto es lo que le otorga causa jurídica y torna procedente el pago.

La CSJN ha establecido que se trata del reconocimiento de situaciones efectivamente acaecidas por lo que corresponde hacer lugar al pago, por cuanto tienen causa jurídica ya que las prestaciones han existido. Que ello se sustenta en el principio del “pago de lo debido” o “empleo útil” como fuente de la obligación de pagar independientemente de que exista o no una fuente contractualmente válida. (Fallos 251:150; 262:261).

Por otro lado, conviene recordar que, el pago de mayores funciones sin que medie acto administrativo de autoridad competente que lo autorice, se sustenta en los principios de enriquecimiento sin causa y de igual remuneración por igual tarea y, para que ello proceda, es fundamental la acreditación fehaciente del cumplimiento de las mayores funciones y la correspondencia del derecho que se reclama atento las características de la función desplegada.

Justamente, la procedencia de una prestación con tal sustento, depende de forma inexorable, de la acreditación fehaciente de las mayores funciones prestadas por el agente.

VII.3.- En este caso, de la prueba rendida surge que, tal como se afirma en la demanda, la actora había sido propuesta para el cargo de Directora de Ejecución Penal (cfr. fs. 95).

Asimismo, la accionante suscribió la Nota 1926/08 -que en copia obra a fs. 26/7- de fecha 1° de julio de 2008, en la que debajo de su firma y sello se agrega “a cargo de la Dirección de Ejecución Penal”.

A su vez, las testimoniales rendidas son contestes en que la actora en el año 2008 prestó funciones de dirección y que no se le remuneraron como tales debido a que no se había dictado el acto de designación para dicho cargo. Quienes dan cuenta de tales circunstancias son los que, en ese entonces, se desempeñaban como Subsecretario de Justicia y Derechos Humanos y como Directora General de Población Judicializada (cfr. fs. 53/4).

Frente a tales circunstancias, las afirmaciones de la actora en el sentido que, en el período febrero a agosto de 2008, tuvo a cargo todas las responsabilidades y funciones inherentes al cargo de Directora de Ejecución Penal, se ven reflejadas en las pruebas rendidas en la causa que otorgan sustento a dicha plataforma fáctica.

Luego, la acreditación de la efectiva prestación de las tareas repercute de manera positiva sobre la procedencia de la acción. Es que la prueba suficiente otorga certeza y permite alcanzar el rango de convicción necesaria para reconocer el derecho reclamado. Derecho que, como se señalara al principiar el análisis, requiere –de manera imprescindible- la acreditación fehaciente de la prestación de tareas con mayores funciones.

Por lo tanto, comprobado dicho extremo corresponde el reconocimiento de las diferencias salariales reclamadas, de manera tal que el haber constituya una retribución justa de las tareas efectivamente prestadas. Reconocimiento que, al no existir acto de designación, se sustenta en el enriquecimiento sin causa de la demandada.

Es que la Administración se ha beneficiado con las tareas desempeñadas por la actora. Por lo tanto, ésta última, por el principio de equidad que prohíbe el enriquecimiento sin causa, tiene derecho a la remuneración correspondiente.

En cuanto a la medida del reconocimiento, está dada por la diferencia existente entre la categoría que ostentaba la actora (FUC) y la de director (FS2), en el período 1/2/08 al 31/8/08. Las sumas adeudadas serán determinadas en la etapa de ejecución de sentencia.

En atención a que no se han solicitado intereses, no corresponde adicionarlos al monto de condena.

En función de lo expuesto, corresponde declarar la nulidad de los actos atacados (Decreto 279/10 y sus precedentes Resolución 441/9 y Disposición 006/09) y condenar a la demandada al pago de las diferencias salariales reclamadas.

En consecuencia, propongo al Acuerdo se haga lugar a la demanda con costas a la accionada vencida (art. 68 del C.P.C.yC. y 78 de la Ley 1305).ASIVOTO.

El Señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON, dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Massei, por lo que emito mi voto en idéntico sentido. MIVOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Hacer lugar a la demanda interpuesta por la Sra. Silvia Couyoupetrou contra la Provincia de Neuquén y, en consecuencia, declarar la nulidad del Decreto 279/10 y de los actos precedentes; 2°) Condenar a la demandada al pago de las diferencias salariales existentes –que serán calculadas en la etapa de ejecución- entre la categoría FUC y la FS2, por el período 1/2/08 al 31/8/08; 3°) Imponer las costas a la demandada; 4°) Diferir la regulación de honorarios para cuando se cuente con pautas a tal efecto; 5°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

[Volver al índice](#)

[-Por Organismo](#)
[-Por Tema](#)
[-Por Carátula](#)



"KREITMAN BEATRIZ Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa - (Expte.: 1162/2004)

– Acuerdo: 1380/07 – Fecha: 07/06/2007

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: Cuestión abstracta.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. COMPETENCIA. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EFECTOS. CONDICIONES DE PROCEDENCIA. VIGENCIA DE LA NORMA IMPUGNADA. NORMA EXTINTA. CUESTIÓN ABSTRACTA.

COSTAS. COSTAS POR EL ORDEN CAUSADO

"[...] el objeto de la acción autónoma de inconstitucionalidad es obtener la abrogación o caducidad de una norma y los efectos de la sentencia operan hacia el futuro, es condición para su procedencia que el precepto que se cuestione sea derecho vigente: ninguna utilidad tendrá el pronunciamiento que abrogue una norma ya caduca. Justamente, esta es la situación que se configura en este caso: los preceptos cuestionados integran la ley 2463 de Presupuesto General de la Administración provincial para el ejercicio 2004 (cfr. artículo 1), cuya vigencia se extinguió a partir del dictado de la ley 2486 que fijó el presupuesto para el ejercicio 2005.

Esta circunstancia determina que la cuestión se haya tornado abstracta, lo que así propicio al Acuerdo se declare."

"[...] en dicha situación, no ha mediado conducta imputable a alguna de las partes, sino que la abstracción se ha producido por el mero transcurso del tiempo. Por ello considero que las costas deben ser impuestas por su orden [...]."

Texto completo:

ACUERDO N° 1380.- En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los siete días, del mes de junio del año dos mil siete, se reúne en Acuerdo el Tribunal Superior de Justicia, con la Presidencia de su titular, Doctor EDUARDO JOSÉ BADANO, integrado por los Sres. Vocales, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON, EDUARDO FELIPE CIA, JORGE OSCAR SOMMARIVA y ROBERTO OMAR FERNÁNDEZ, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Cecilia Pamphile, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "KREITMAN, BEATRIZ Y OTROS C/PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD", expte. n° 1162/04, 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.- Beatriz Kreitman, Raúl Esteban Radonich y Carlos Moraña, inician acción de inconstitucionalidad, en los términos de la ley 2130, contra los artículos 10, 14, 15, 16, 17, 18 y 21, de la ley N° 2463, del presupuesto general de la administración provincial.

Respecto de los artículos 14 a 18 y 21, alegan que conllevan una delegación inconstitucional de funciones por parte del Poder Legislativo en el Ejecutivo, porque facultan a éste a modificar discrecional e inconsultamente las asignaciones presupuestarias.

Aducen que ello va en contra de los artículos 12 y 189, inciso 8, de la Constitución Provincial, que establecen la indelegabilidad de las facultades de los poderes públicos y asignan a la Cámara de Diputados la atribución de sancionar la ley de presupuesto, respectivamente.

En lo que hace al artículo 10 de la ley 2463, arguyen que autoriza a incorporar al personal contratado de la administración pública a la planta permanente.

Sostienen que constituye una violación del régimen de acceso a los cargos públicos por concurso de antecedentes y oposición (artículo 156 de la CP) y que delega ilegítimamente otra facultad propia del Poder Legislativo en el Ejecutivo, cual es la de crear empleos (artículos 7 y 189, inciso 15, de la CP).

II.- A fojas 81/84, previo traslado a la demandada y vista fiscal, por medio de la Resolución Interlocutoria N° 4437/04, se rechazó la solicitud de suspensión de la vigencia de los artículos cuestionados.

III.- La admisibilidad formal de la acción fue declarada a fojas 93/94, de conformidad fiscal.

IV.- Corrido traslado de la demanda, contesta la Provincia del Neuquén, mediante apoderado y con el patrocinio letrado del Fiscal de Estado, a fojas 106/111.

Promueve el rechazo de la demanda, con costas. Niega todos y cada uno de los hechos esgrimidos, la aplicación del derecho que se hace, como así también la autenticidad de la documental acompañada, que no sea objeto de expreso reconocimiento.

Defiende la constitucionalidad de los dispositivos cuestionados, por entender que no constituyen una delegación legislativa, sino una serie de autorizaciones que no se apartan del ámbito constitucionalmente previsto.

Se ocupa puntualmente de cada uno de los artículos cuestionados para refutar los argumentos de su contraparte.

V.- Se declaró la cuestión de puro derecho y pasaron las actuaciones en vista fiscal.

VI.- A fojas 115/116, obra el dictamen del Fiscal del Cuerpo, quien propicia que sea declarada abstracta la cuestión planteada, por haber caducado la norma cuestionada, que estaba prevista para regir el ejercicio 2004.

VII.- A foja 127, se dispone el llamado de autos, el que se encuentra a la fecha firme y consentido y coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.



VIII. La Constitución provincial -a diferencia de la nacional- establece un sistema mixto de control constitucional, coexistiendo tanto el modelo difuso de raíz americana, como el concentrado de cuño europeo.

En este orden, el artículo 241 inc. a) consagra la competencia de este Tribunal, para conocer y resolver en instancia originaria en los procesos jurisdiccionales autónomos, en los que se controviere la validez constitucional de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos dictados por los poderes públicos provinciales. La sentencia dictada por el Tribunal, en ejercicio de aquélla función originaria, tiene un efecto abrogatorio que provoca la caducidad de la norma: Una vez dictada la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto, este queda privado de efectos de manera general, como si hubiera sido derogado por ley posterior.

Ese efecto abrogatorio se produce a partir de la publicación de la sentencia firme en el Boletín Oficial (artículo 10, in fine, de la ley 2130), con lo cual, el carácter constitutivo de tal sentencia la hace operar hacia el futuro.

IX.- Ahora bien, toda interpretación jurisdiccional debe ser útil y práctica: Los jueces deben intervenir para dar respuestas sensatas y provechosas para la sociedad y para el sistema político (Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, "La interpretación judicial de la Constitución", Ed. Depalma, p. 35).

Es que, como desde antaño ha definido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "El Poder Judicial está llamado a resolver las causas en que su decisión es requerida a objeto de determinar derecho o interés controvertido, sin que pueda dictar pronunciamientos de alcance puramente teórico o doctrinal, que no envuelvan en sí ninguna reparación relacionada con la materia del pleito." (Fallos 103:53).

Ello, por cuanto "las decisiones judiciales deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan, aún cuando fuesen sobrevivientes a la iniciación del pleito, de modo de evitar pronunciamientos abstractos" "...es un principio general, que los jueces deben decidir colisiones efectivas de derechos, mas no hacer declaraciones generales o abstractas ni resolver cuestiones vinculadas a controversias extinguidas por el transcurso del tiempo (CSJN, Western Electric Co. Coc. Inc. of Argentina c/Corporación Argentino Americana de Films, Fallos T. 193, p. 524, citado en Acuerdo 507/97 del registro de la misma Secretaría de los presentes).

X.- Y si, como se señalara en el inicio, el objeto de la acción autónoma de inconstitucionalidad es obtener la abrogación o caducidad de una norma y los efectos de la sentencia operan hacia el futuro, es condición para su procedencia que el precepto que se cuestione sea derecho vigente: ninguna utilidad tendrá el pronunciamiento que abrogue una norma ya caduca.

Justamente, esta es la situación que se configura en este caso: los preceptos cuestionados integran la ley 2463 de Presupuesto General de la Administración provincial para el ejercicio 2004 (cfr. artículo 1), cuya vigencia se extinguió a partir del dictado de la ley 2486 que fijó el presupuesto para el ejercicio 2005.

Esta circunstancia determina que la cuestión se haya tornado abstracta, lo que así propicio al Acuerdo se declare.

XI.- En cuanto a las costas, cabe apreciar que, en dicha situación, no ha mediado conducta imputable a alguna de las partes, sino que la abstracción se ha producido por el mero transcurso del tiempo. Por ello considero que las costas deben ser impuestas por su orden, toda vez que no hubo pronunciamiento sobre el fondo que permita determinar un vencido. TAL MIVOTO.

El señor Vocal Doctor ROBERTO OMAR FERNÁNDEZ dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el preopinante, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. MIVOTO.

El señor Presidente Doctor EDUARDO JOSÉ BADANO dijo: por adherir al criterio del Dr. Kohon es que voto en igual sentido. MI VOTO.

El señor Vocal Doctor JORGE OSCAR SOMMARIVA dijo: por compartir los fundamentos y la solución que propone el Dr. Kohon, emito mi voto de adhesión en idéntico sentido. TAL MIVOTO.

El señor Vocal Doctor EDUARDO FELIPE CÍA, dijo: por compartir la línea argumental del Dr. Kohon, voto en idéntico sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Señor Fiscal ante el Cuerpo, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Declarar abstracta la cuestión debatida; 2º) Determinar que las costas sean soportadas en el orden causado (artículo 68 del C.P.C y C, de aplicación supletoria); 3º) Regular los honorarios profesionales, (arts. 6, 9 y ccs., de la ley 1594); 4º) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

Con lo que se dio por finalizado el acto que previa lectura y ratificación firman los Magistrados presentes, por ante la Actuaría, que certifica. Dr. EDUARDO JOSÉ BADANO - Presidente. DR. RICARDO TOMAS KOHON - DR. ROBERTO OMAR FERNÁNDEZ - DR. JORGE OSCAR SOMMARIVA - DR. EDUARDO FELIPE CÍA

Volver al índice [-Por Organismo](#)
[-Por Tema](#)
[-Por Carátula](#)

"COSTARELLI MARIO ALFREDO C/ COLEGIO FARMACÉUTICO PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN DE NULIDAD" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa - (Expte.: 2244/2007) – Interlocutoria: 6271/08 – Fecha: 07/04/2008

DERECHO PROCESAL: Jurisdicción y competencia.

ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA. JUEZ COMPETENTE. COMPETENCIA POR LA FUNCIÓN. ENTE PÚBLICO NO ESTATAL. Ejercicio de función administrativa. MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. COMPETENCIA ORIGINARIA DEL TSJ. Necesidad de ejercicio de la función mediante delegación estatal. COLEGIO FARMACÉUTICO. Funciones. Funcionamiento regido por Estatuto. ASOCIACIÓN CIVIL. MATRICULACIÓN DE



FARMACÉUTICOS. Ausencia de delegación estatal de la matriculación. Ley 17565.

POTESTAD DISCIPLINARIA. SANCIONES DISCIPLINARIAS. Recurribilidad de las sanciones. REVISIÓN JUDICIAL. COMPETENCIA CIVIL.

"[...] es cierto que este Tribunal, cuando se ha cuestionado la actividad disciplinaria de colegios profesionales como el de Abogados o Contadores, entendió que [...] en orden a la situación jurídica y a la naturaleza de la función desarrollada por el ente demandado al cumplir un objetivo de carácter público, la vía para cuestionar la actividad impugnada resulta ser la acción procesal administrativa de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 1305 y, por ende, de competencia de este Cuerpo."

"Pero el caso sometido ahora a consideración presenta aristas diferentes: la demandada no cumple un cometido administrativo que haya sido autorizado o delegado por el Estado. En efecto, el Colegio Farmacéutico de Neuquén no cuenta con una Ley de creación, sino que se rige por su propio Estatuto; tampoco se ha delegado en esta Institución el control de la matrícula de los farmacéuticos.

[...] tanto la matriculación –como acto de autorización para el ejercicio profesional- como su control, permanecen en cabeza del Estado.

Corroborando lo expuesto [...] no puede considerarse que el Colegio de Farmacéuticos sea una entidad de derecho público, pues no se sustenta en una Ley en la que el Estado –en virtud del principio de descentralización administrativa del poder de policía- le haya delegado o concedido potestades que le son propias."

"[...] cuando el Estado no ha delegado en los colegios profesionales las atribuciones de organización, disciplina y contralor del ejercicio profesional, no nos encontramos frente a una persona jurídica de derecho público que “ejerce función administrativa por autorización o delegación estatal” y, por ende, luce ausente el presupuesto que determinaría en el caso, la competencia contenciosa administrativa."

"Tal como surge del propio Estatuto, nos encontramos frente a una asociación civil contemplada en el art. 33 del Código Civil. Esta es de carácter “voluntaria” tanto en su integración (socios)-art. 6 del Estatuto- como en su disolución –art. 57- o renuncia –art. 16-. Estas circunstancias la diferencian de los colegios profesionales creados por ley especial, los que sí tienen potestades de gobierno de la matrícula, de control de las incompatibilidades y habilidades para el ejercicio profesional."

"[...] en el caso concreto no se advierte la existencia de un carácter público en el interés que la sanción impuesta pretende tutelar. En efecto, si se atienden las causas que motivaron la sanción cuya nulidad se pretende, se verá que lo que trasunta es la protección de los intereses puramente profesionales, es decir, la valoración de la conducta del actor como integrante de esa institución y en relación con compromisos contractuales asumidos con terceros."

En conclusión, será la Justicia Civil y en concreto el Juzgado que originariamente intervino en la causa, el que realice el control de legalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria dispuesta por la asociación civil demandada.

Texto completo:

RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA N° 6.271

NEUQUEN, 07 de abril de 2008.

V I S T O:

Los autos caratulados “COSTARELLI MARIO ALFREDO C/ COLEGIO FARMACÉUTICO PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN DE NULIDAD”, expte. n° 2244/07, en trámite por ante la Secretaría de Demandas Originarias del Tribunal Superior de Justicia, venidos a conocimiento del Cuerpo para resolver, y

CONSIDERANDO:

I.- Vienen las presentes actuaciones en virtud de la declaración de incompetencia formulada por la Sra. Juez del Juzgado Civil y Comercial de Primera Instancia N° 4 de esta Ciudad, en atención a que entiende comprendida la materia debatida dentro de la asignada al fuero contencioso administrativo, y por ende –hasta el momento- de conocimiento del Tribunal Superior de Justicia –cfr. resolución de fs. 99-.

II.- El Sr. Fiscal ante el Cuerpo, en igual sentido, propicia en su dictamen, la declaración de competencia de este Cuerpo, dado que encontrándose cuestionada la resolución disciplinaria de un colegio profesional que ha sido definido como “persona pública no estatal” en el ejercicio de actividad administrativa por autorización o delegación estatal, la materia se encuentra comprendida en el art. 2 –apart. A) inc 1° del CPA.

III.- En virtud de lo establecido en las Disposiciones Complementarias, transitorias y finales, apartado V de la Constitución Provincial



reformada, 35 inc. a de la Ley Orgánica y 1° de la Ley 1305, el Tribunal Superior de Justicia es competente para entender en instancia única en materia contencioso administrativa.

Asimismo, a la luz de lo establecido en el art. 5 de la ley 1305 y con el fin de preservar el orden público, la misma resulta improrrogable.

En uso de las facultades establecidas en el artículo 4° del C.P.A. corresponde, entonces, que este Tribunal decida en definitiva, si el caso sometido a su consideración, resulta de su competencia.

IV.- En autos se impugna la decisión del Tribunal de Ética del Colegio de Farmacéuticos de fecha 12/6/07, mediante la cual se resolvió aplicar al actor asociado, la sanción de suspensión por el término de un año.

Tanto la Sra. Juez al que el Sr. Fiscal entienden que en este caso, el Colegio Profesional cumple un cometido público por autorización o delegación estatal, lo cual lleva a considerar la impugnación de esa actividad como competencia del contencioso administrativo.

IV.1.- Ahora bien, es cierto que este Tribunal, cuando se ha cuestionado la actividad disciplinaria de colegios profesionales como el de Abogados o Contadores, entendió que estas entidades funcionaban con el carácter, derechos y obligaciones de las personas de derecho público, pues cumplen un cometido administrativo para el que lo habilita su ley de creación, rigiéndose ese actuar por esa norma y, supletoriamente, por la Ley de Procedimientos Administrativos N° 1284.

A la vez se dijo que ello era así en tanto el artículo 1 de ese cuerpo legal indica que esa Ley se aplicará también a las personas públicas no estatales y a las personas privadas cuando ejerzan función administrativa por autorización o delegación estatal.

De esta manera y, partiendo del marco legal de desenvolvimiento de dichas entidades, se afirmó que éstas cumplen fines públicos que originariamente pertenecen al Estado. Y que éste, por delegación circunstanciada normativamente, los transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario de sus profesionales.

En definitiva se resolvió que, en orden a la situación jurídica y a la naturaleza de la función desarrollada por el ente demandado al cumplir un objetivo de carácter público, la vía para cuestionar la actividad impugnada resulta ser la acción procesal administrativa de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 1305 y, por ende, de competencia de este Cuerpo.

V.- Pero el caso sometido ahora a consideración presenta aristas diferentes: la demandada no cumple un cometido administrativo que haya sido autorizado o delegado por el Estado.

En efecto, el Colegio Farmacéutico de Neuquén no cuenta con una Ley de creación, sino que se rige por su propio Estatuto; tampoco se ha delegado en esta Institución el control de la matrícula de los farmacéuticos.

Ese fin público al que se aludiera como presupuesto de asunción de la competencia de este Cuerpo, es decir el “gobierno o control de la matrícula profesional” que, originariamente, pertenece al Estado y que, en algunos casos delega normativamente a la institución que crea, en este caso, no ha sido transferido.

En efecto, según surge de la Ley 17565 “Régimen Legal del ejercicio de la Actividad Farmacéutica, y de la Habilitación de Farmacias, Droguerías y Herboristerías”, Capítulo II, artículo 17, “Los farmacéuticos para ejercer su profesión deberán inscribir previamente sus títulos en los registros de la autoridad sanitaria correspondiente, la que autorizará el ejercicio profesional otorgando la respectiva matrícula y extendiendo la correspondiente credencial.

Esta deberá ser devuelta a la autoridad sanitaria cuando por cualquier circunstancia sea suspendida o cancelada la referida matrícula... La matriculación es el acto por el cual la autoridad sanitaria otorga la autorización para el ejercicio profesional, de acuerdo a lo establecido en la presente, y podrá ser cancelada en virtud de sentencia judicial firme o de acuerdo a lo establecido en la presente Ley”.

De esta Ley surge, entonces, que tanto la matriculación –como acto de autorización para el ejercicio profesional- como su control, permanecen en cabeza del Estado.

Corroborando lo expuesto que el Colegio Farmacéutico de la Provincia del Neuquén, tal como da cuenta su Estatuto, ha sido constituido y funciona como una Asociación Civil –art. 1- y, entre sus fines –a diferencia de lo que acontece con los Colegios Profesionales creados por Ley- no posee el “gobierno de la matrícula profesional”. –art. 2-.

El artículo 6 del Estatuto prevé que “la entidad es abierta a la colegiación de toda persona que reúna los recaudos formales y substanciales, establecidos en este Estatuto y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten para acreditar el cumplimiento de aquellos”. Y uno de estos recaudos, según el artículo 8, el que determina los requisitos para ser socio activo, es la de “estar matriculado en el organismo provincial pertinente”.

En definitiva, no puede considerarse que el Colegio de Farmacéuticos sea una entidad de derecho público, pues no se sustenta en una Ley en la que el Estado –en virtud del principio de descentralización administrativa del poder de policía- le haya delegado o concedido potestades que le son propias.

“Spota señala que las personas jurídicas de derecho público se dividen en: a) entes territoriales y b) entes institucionales y ubica entre estos últimos a las corporaciones e institutos que cuenten con patrimonio propio; satisfagan fines de inmediato y directo interés público y gocen de personalidad creados por el Estado, para cumplir con sus fines administrativos. Estos entes (contrariamente a los autónomos, que se dan su propia Ley) reciben la Ley orgánica desde afuera y son creados por el legislador o por acto administrativo dictado como consecuencia de una Ley”. De este modo, cuando el Estado resuelve crear entes a los cuales han de pertenecer aquellas personas que deciden ejercer una profesión, nos encontramos ante corporaciones que, al lado de fines propios de la profesión y también personales, persiguen evidentes propósitos de resguardar el interés público, al vigilar, proteger y dictar reglamentaciones para el ejercicio profesional. (Cfr. “Los colegios de los profesionales del derecho”. Viterbori, Juan Carlos. La Ley 1992-D, 1029).

Es a través de las leyes orgánicas profesionales que el Estado delega en esos entes, que él mismo crea, ciertas facultades que le son propias, como llevar el gobierno de la matrícula, juzgar de la habilidad e incompatibilidad para el ejercicio profesional, tomar el juramento de ley que, como presupuesto necesario y esencial, el Estado exige sea cumplido para condicionar los actos posteriores a un régimen efectivo de validez, etc.

Contrariamente a lo expuesto, cuando el Estado no ha delegado en los colegios profesionales las atribuciones de organización, disciplina y contralor del ejercicio profesional, no nos encontramos frente a una persona jurídica de derecho público que “ejerce función administrativa por autorización o delegación estatal” y, por ende, luce ausente el presupuesto que determinaría en el caso, la competencia contenciosa administrativa.

En definitiva, será en la medida que los colegios profesionales actúen en ejercicio de las atribuciones que le han sido delegadas por el



Estado para el gobierno y vigilancia de la profesión -con miras al interés inmediato de sus miembros y mediato de la sociedad- que se considerará que cumplen una función administrativa y, en consecuencia, sus actos constituirán propiamente actos administrativos, sujetos al control judicial de conformidad a la ley 1305.

Pero, en el presente, esa delegación estatal no existe, con lo cual tampoco se advierte el ejercicio de una función administrativa.

Tal como surge del propio Estatuto, nos encontramos frente a una asociación civil contemplada en el art. 33 del Código Civil. Esta es de carácter "voluntaria" tanto en su integración (asociados)-art. 6 del Estatuto- como en su disolución -art. 57- o renuncia -art. 16-. Estas circunstancias la diferencian de los colegios profesionales creados por ley especial, los que sí tienen potestades de gobierno de la matrícula, de control de las incompatibilidades y habilidades para el ejercicio profesional. En otros términos, ejercen un real poder de policía delegado por el Estado.

Por lo demás, en el caso concreto no se advierte la existencia de un carácter público en el interés que la sanción impuesta pretende tutelar.

En efecto, si se atienden las causas que motivaron la sanción cuya nulidad se pretende, se verá que lo que trasunta es la protección de los intereses puramente profesionales, es decir, la valoración de la conducta del actor como integrante de esa institución y en relación con compromisos contractuales asumidos con terceros.

Ello surge del Acta 73 adjuntada a autos, donde se expresa "...se ha corroborado la existencia de cuestiones fácticas y jurídicas que acreditan que el accionar del asociado... resulta violatorio de las obligaciones y responsabilidades contractuales y estatutarias vigentes...", "...la existencia del rubro "descuento gentileza", viola 1) la relación contractual que mantiene la Institución con la mutual policial por la cual se asume la obligación de prestar servicios farmacéuticos a todos los beneficiarios de la mutual bajo condiciones expresamente convenidas, resultando dicho accionar la manifiesta inobservancia de pautas contractuales en beneficio propio y en perjuicio de partes contratantes en general y asociados de la institución en particular. 2)

Asimismo, ha violado la prohibición de procurar situaciones diferenciales respecto de prestaciones farmacéuticas contratadas como la prohibición de apartarse de las normas convenidas con los contratantes". (cfr. fs. 53/55).

Así planteada la cuestión, la imposición de esa sanción por parte de la asociación constituye en esencia la aplicación del derecho interno que la rige.

Por esta razón, para dilucidar el conflicto, se tendrá que verificar si se vulneraron o no las disposiciones estatutarias pertinentes.

Consecuentemente, la actividad desplegada por la demandada no configura el ejercicio de "función administrativa pública" en los términos arriba referenciados, al traducir la sanción impuesta al actor sólo la defensa particular de los intereses del grupo profesional que nuclea.

VI.- En conclusión, será la Justicia Civil y en concreto el Juzgado que originariamente intervino en la causa, el que realice el control de legalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria dispuesta por la asociación civil demandada.

Por lo expuesto, y oído el Sr. Fiscal,

SE RESUELVE:

1°) Declarar la INCOMPETENCIA de este Tribunal Superior de Justicia para entender en los presentes actuados.

2°) Remitir las actuaciones para su prosecución al Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial y de Minería N° Cuatro.

3°) Regístrese y notifíquese.

DR. RICARDO TOMAS KOHON. Presidente - DR. EDUARDO FELIPE CIA - DR. JORGE OSCAR SOMMARIVA - DR. ROBERTO OMAR FERNANDEZ - DR. EDUARDO JOSE BADANO

[Volver al índice](#) - [Por Organismo](#)
[Por Tema](#)
[Por Carátula](#)

"LAGOS NORMA EDITH C/ MUNICIPALIDAD DE CHOS MALAL S/ ACCIÓN DE AMPARO" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil - (Expte.: 58/2012) – Acuerdo: 03/14 – Fecha: 14/02/2014
DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

ACCION DE AMPARO. EXISTENCIA VIA JUDICIAL MAS IDONEA. EMPLEO PUBLICO. DERECHO A LA ESTABILIDAD. RECURSO DE CASACION. INAPLICABILIDAD DE LEY. DOCTRINA DEL TSJ in re "RIVAROLA CLARO c/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION".

Resulta procedente el recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley (Art. 15, Incs. a), b), y d) Ley 1.406) interpuesto por el municipio demandado en contra de la sentencia dictada por la Cámara en todos los Fueros de Zapala, que hizo lugar a la acción de amparo y, en consecuencia, declara la nulidad del Decreto 8/11, dictado por el Intendente de la comuna, que dispuso dejar sin efecto la designación en planta permanente de la actora, por cuanto el fallo de la Alzada incurre en infracción al Art. 1° de la Ley de Amparo 1981 y a la doctrina sentada en el caso "RIVAROLA CLARO", en orden a la determinación de los presupuestos procesales que habilitan la acción de amparo, toda vez que el acto cuestionado no muestra arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, extremos indispensables para que proceda la vía del amparo. Por lo



cual, las cuestiones planteadas deberán dirimirse en otro tipo de juicio con amplitud de prueba, plazos, etc., en salvaguarda de la garantía del debido proceso y defensa en juicio, de raigambre constitucional (Art. 18° Constitución Nacional). (del voto del Dr. Kohon, en mayoría)

Si se considera que la Carta Orgánica expone los lineamientos básicos que traducen, en términos jurídicos, lo que la sociedad quiere y, de entenderse las palabras de la Constitución en el significado en el que son utilizadas popularmente, de modo razonable se puede colegir que cuando se recurrió a la fórmula “es nula y sin efecto alguno” para sancionar cualquier disposición que permita el ingreso de personal sin el requisito del concurso, no se tuvo como referencia el sistema de nulidades de la Ley de Procedimiento Administrativo –previsto para el acto administrativo–, sino el sentido ordinario y común que implica restarle toda entidad –inexistencia–; en el caso, por su falta de compatibilidad constitucional. Además, si se contempla el contexto en el que se inserta esa fórmula, no parece objetable –a primera vista– que se consagre la ineficacia de cualquier disposición infraconstitucional –vgr. estatutaria–, que posibilite una forma de ingreso distinta a la consagrada en la Carta Orgánica. Desde esta perspectiva, compatible con la naturaleza de constitución de tercer grado de la Carta Orgánica Municipal, no cabría asimilar la fórmula de mentas al sistema de nulidades previsto por la Ley 1.284 que, además, está previsto para los vicios del acto administrativo. (del voto del Dr. Kohon, en mayoría)

En lo que atañe a la denuncia del impugnante de la existencia de contradicción entre el desenlace del caso “RIVAROLA CLARO” (Acuerdo N° 36/04, del Registro que se viene citando), y el propuesto en el decisorio que aquí se cuestiona (inciso d, Art. 15, Ley 1.406), se advierte que el tema en debate guarda analogía con la cuestión tratada en esa causa, puesto que, si bien existen las diferencias que se marcan en el voto preopinante, lo cierto es que en aquélla se señaló que, si el caso planteado versa sobre cuestiones fácticas o jurídicas opinables o por su índole reclama un más amplio examen de los puntos controvertidos, corresponde que estos sean juzgados con sujeción a las formas legales establecidas al efecto.

Y, no obstante que en aquel asunto –valga reiterar–, los presupuestos fácticos eran disímiles, lo decidido en torno a la vía procesal escogida por el actor, es perfectamente trasladable a la situación de autos. (del voto del Dr. Kohon, en mayoría)

Confrontado el precedente: “RIVAROLA CLARO C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION Y OTRO S/ACCION DE AMPARO”-entre otros citados por la demandada-, con el decisorio en cuestión, no advierto que surja la causal denunciada (art. 15, inc. d) Ley 1.406). Ello así, por cuanto es insuficiente el recurso de Inaplicabilidad de Ley que se apoya en doctrina legal establecida sobre la base de presupuestos fácticos que no guardan relación con los determinados en la causa. A modo de ejemplo, en el precedente referido supra, el actor era personal contratado del Consejo Provincial de Educación y perseguía invalidar el acto administrativo que dispuso no renovar el contrato, con invocación de las normas del E.P.C.A.P.P. De allí entonces, cabe concluir en que no resultan similares los presupuestos fácticos de la presente causa con aquella traída a confornte. (del voto del Dr. Massei, en minoría)

El Decreto N°8/11 que declara la inexistencia del Decreto N°608/11 dejando sin efecto la designación de la actora en planta permanente contiene el vicio previsto en el Art. 67, inc. f), de la Ley 1.284, y en consecuencia es nulo, por haber vulnerado la estabilidad e irrevocabilidad que poseía el Decreto 608/11.

En este contexto, estimo que asiste razón a la amparista, respecto del planteo anulatorio del Decreto N°8/11, entendiendo que la vía elegida [acción de amparo] es la adecuada para resolverlo, al presentarse manifiesta la ilegalidad del acto cuestionado, en los términos del Art. 1° de la Ley 1.981. Y por ende, improcedente el recurso de casación deducido por la contraria. (del voto del Dr. Massei, en minoría)

Texto completo:

ACUERDO N° 3.-: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los catorce (14) días de febrero de dos mil catorce se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada con los señores vocales doctores OSCAR E. MASSEI y RICARDO T. KOHON, y por existir disidencia, por el Sr. presidente doctor EVALDO D. MOYA con la intervención de la secretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA T. GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS, para dictar sentencia en los autos caratulados: “LAGOS NORMA EDITH C/ MUNICIPALIDAD DE CHOS MALAL S/ ACCIÓN DE AMPARO” (Expte. N° 58 - año 2012) del Registro de la mencionada Secretaría de la Actuaría.

ANTECEDENTES:

A fs. 323/329 vta. obra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en Todos los Fueros de Zapala, que revoca la dictada en la



instancia anterior obrante a fs. 218/223, y en consecuencia, hace lugar a la acción de amparo incoada por la Sra. Lagos contra la Municipalidad de Chos Malal, declarando la nulidad del Decreto 8/11, dictado por el Sr. Intendente de dicha comuna.

Contra este decisorio, la demandada deduce recurso por Inaplicabilidad de Ley a fs. 334/365 y la Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén presenta su impugnación a fs. 366/367.

A fs. 369/373 vta. luce la réplica de la contraria.

Prevía vista Fiscal, mediante Resolución Interlocutoria Nro. 19/13, glosada a fs. 3 81/383 se declara admisible el remedio impetrado por la Municipalidad demandada e inadmisibles el recurso de casación deducido por la Fiscalía de Estado.

A fs. 386/389 vta. el Sr. Fiscal ante el Cuerpo emite dictamen, prociando la procedencia del recurso interpuesto.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: 1) ¿Resulta procedente el recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley impetrado? 2) En su caso, ¿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. I. A fs. 10/25 la actora promueve acción de amparo en los términos de la Ley provincial 1.981, contra la Municipalidad de Chos Malal, a fin de obtener la declaración de nulidad del Decreto Nro. 8/11, que dispuso su baja de la Administración Pública Municipal.

Solicita cautelarmente que se ordene a la demandada el mantenimiento en su puesto de trabajo, con la percepción del salario durante la tramitación del proceso.

Relata que comenzó a trabajar para dicha parte en 2008, bajo el Plan Jefa de Hogar. Que a partir del 2010 lo hace como monotributista; y el 1° de enero de 2011 celebra un contrato hasta el 30 de noviembre del mismo año, en idénticas condiciones.

Posteriormente, mediante Decreto 608/11 es incorporado a Planta Permanente de la Municipalidad de Chos Malal, cumpliendo tareas como administrativa en la Delegación Barrial, dependiente de la Secretaría de Promoción de la Vida de ese Municipio.

Destaca que en forma ininterrumpida laboró para la demandada desde el 2008 y que intempestiva, inconstitucional, ilegal y arbitrariamente fue dictado el Decreto 8/11 declarando la inexistencia del Decreto Nro. 608/11, y dispuso su baja de la Administración comunal junto a otros ciento once (111) trabajadores municipales de planta permanente, constituyendo despidos en masa.

Argumenta, que tanto la Constitución Nacional como la Provincial garantizan la estabilidad en los empleos a los trabajadores y expresamente prohíben los despidos en masa. Indica que el Estatuto Municipal, en concordancia con estas normas, garantiza la estabilidad en el cargo mientras dure el buen desempeño del agente en sus funciones.

Pone de resalto la legitimidad del Decreto N° 608/11, toda vez que con su dictado se reconoce el derecho de los trabajadores municipales "precarizados" o "en negro", con más de tres años de antigüedad en el Municipio y que cumplen tareas propias de la Comuna. Destaca que, si bien es cierto que accedieron a planta sin concurso previo, ello no es imputable a su parte. Agrega que el acto de nombramiento no es inexistente, como lo declara la accionada en el Decreto N° 8/11, toda vez que no se encuentra afectado de vicios muy graves, en los términos de la Ley 1.284, Art. 66, al no contrariar la Carta Orgánica Municipal.

Destaca que, conforme surge de dicho cuerpo normativo, el acto de designación no puede tildarse de inexistente y que sólo podrá sostenerse su nulidad. Pone de resalto la interpretación restrictiva de tal sanción, a luz del Art. 67, inc. e), de la Ley 1.284, y que en caso de duda, siempre debe estarse por el vicio menor, conforme al Art. 65 de la Ley citada.

Concluye así en que el Decreto 608/11 no es un acto inexistente ni por ende, irregular; sino que es regular, con presunción de legitimidad y ejecutividad.

Por lo que la demandada no podía revocarlo en sede administrativa. Debió, en su caso, el Ejecutivo Municipal iniciar la correspondiente acción de lesividad, para el supuesto de pretender dejarlo sin efecto, tal como lo prevé el Art. 78, inc. i), de la Ley 1.284 y Art. 1°, inc. b), de la Ley 1.305. Se exhibe en consideraciones acerca de dicho proceso.

Funda en derecho y ofrece prueba.

A fs. 26/29 vta. se declara admisible la acción deducida y se desestima la medida precautoria solicitada.

2. Contesta la demandada a fs. 177/207. Manifiesta que la vía intentada resulta improcedente en tanto y en cuanto el acto cuestionado no adolece de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, siendo necesario un mayor debate y prueba para dirimir el planteo. Por lo que resulta ajeno al marco de la pretensión deducida, y por ende, debe rechazarse.

Considera, también, que debe desestimarse el planteo de nulidad del Decreto N° 8/11, destacando su legitimidad, toda vez que mediante dicho acto se garantizó el principio de igualdad ante la ley y el cumplimiento de los Arts. 64 de la C.O.M. y 55 de la Ley 1.284. Explicita que – contrariamente a ello- el Decreto N° 608/11 privilegió ilegítimamente a unos trabajadores por sobre otros a quienes se les negó la posibilidad de acceder a planta mediante un concurso.

Destaca que el Decreto N° 8/11 retrotrae la situación de los empleados al 30 de noviembre de 2011 y que todos han firmado nuevos contratos, por lo que continúan trabajando para la demandada.

Invoca la violación y errónea interpretación de la Ley, con cita del antecedente "Rivarola Claro c/ Consejo Provincial de Educación", para destacar la incompetencia del juez del amparo. Ello, en consonancia con el Art. 241 de la Constitución Provincial que le encomienda al Tribunal Superior la resolución en instancia originaria y exclusiva en las cuestiones de naturaleza contencioso administrativas.

Menciona las normas contenidas en la Carta Orgánica Municipal -Arts. 64 al 66- y en el Estatuto para el Empleado Municipal, que regulan el acceso a la Administración comunal, destacando la conculcación de tales premisas.

También resalta que el Decreto N° 608/11 no fue publicado en el Boletín Oficial. Por lo que tal grave situación encuadra en el Art. 66, inc. j), de la Ley 1.284 –vicio muy grave-, acarreado la sanción de inexistencia del acto.

Por las consideraciones expuestas, solicita el rechazo del amparo, con costas.

Ofrece prueba y manifiesta que formula reserva del caso federal.

3. A fs. 211 se presenta la Fiscalía de Estado a tomar intervención conforme los términos de la Ley 1.575.

4. A fs. 218/223 la Jueza de Primera Instancia de la Quinta Circunscripción Judicial rechaza la acción de amparo, eximiendo de costas a la actora perdidosa.

Sostiene la A-quo que no se ha acreditado que el acto impugnado contenga el carácter de ilegalidad manifiesta, toda vez que ha sido



dictado con fundamento en la normativa vigente, mediante el procedimiento establecido por el Estatuto del empleado municipal en virtud de lo normado por el Art. 6° de ese cuerpo normativo. Agrega que el decreto cuestionado cumple en forma acabada con el mandato de los artículos 10 y 156 de la Constitución Provincial.

Aduna que la actora mantenía un contrato de locación de servicios con la demandada y no concursó para ingresar a la Administración Pública Municipal.

Por lo tanto, no puede pretender que por un acto contrario a derecho se le reconozca una condición que nunca tuvo. Destaca, también, que no obran elementos que permitan determinar la existencia de algún perjuicio para la amparista, ya que continúa como prestadora del servicio.

Con base en tales argumentos, dispone el rechazo de la acción deducida.

5. Contra dicho pronunciamiento se alza la accionante a fs. 230/234 vta. Luego de reiterar los fundamentos expuestos en la demanda, manifiesta que, contrariamente a lo sostenido por la Sra. Jueza, existe en el caso un daño grave, toda vez que al desconocerse la estabilidad en el empleo, percibe menos de la mitad del salario que venía percibiendo en planta, sin aportes jubilatorios, sin obra social y sin asignaciones familiares. Agrega, también, que resulta clara la violación del derecho a la estabilidad en el empleo, garantizado por las Constituciones Nacional y Provincial.

Destaca la nulidad del Decreto 8/11 por transgredir la Ley 1.284, que prohíbe la revocación en sede administrativa de los actos administrativos estables.

Cita en aval de lo expuesto lo resuelto en autos “Vélez”, del registro de la Secretaría de Demandas Originarias del Tribunal.

A fs. 236/237 la demandada deduce revocatoria con apelación en subsidio, en los términos del Art. 248 y c.c. del C.P.C. y C., contra la providencia que tuvo por promovida en término la impugnación de la contraria, siendo rechazada a fs. 238 la primera y concedida la segunda.

Luego, a fs. 241/261 contesta la accionada solicitando el rechazo del remedio deducido, argumentando en similar sentido al expuesto en la contestación de la acción. Y a fs. 262 adhiere a dicho responde la Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén.

5. A fs. 269/271 vta. la Cámara en Todos los Fueros de la ciudad de Zapala declara mal concedidos sendos recursos, en virtud de lo normado por el Art. 21° de la Ley 1.981. Tal resolución fue impugnada en casación por la actora y resuelta mediante Acuerdo N° 10/12 –en ejercicio de la función uniformadora–, obrante a fs. 313/318. Se declaró procedente el recurso por Inaplicabilidad de ley incoado por dicha parte, recomponiendo el litigio –en el aspecto casado–, teniendo por deducida tempestivamente la apelación.

6. A fs. 323/329 vta. obra la sentencia de la Cámara en Todos los Fueros de la ciudad de Zapala.

Sostiene, la Alzada, que el Decreto N° 608/11 por el cual se designó a la actora es un acto administrativo regular y estable. Por lo que la Administración Municipal debió recurrir a la declaración de lesividad para su revocación. En tal sentido, expone que la accionada debió declarar que un acto suyo anterior era lesivo a sus intereses por ilegítimo (en el caso la designación de la actora) y posteriormente, promover la acción procesal, en los términos de los Arts. 1°, inc. b), y 13 de la Ley 1.305. Concluye así que el Decreto 8/11 es arbitrario y manifiestamente ilegal por encontrarse en contradicción con el Art. 64 de la Carta Orgánica Municipal, adoleciendo de vicios graves –Art. 67, incs. f) y r), de la Ley 1.284–, vulnerando derechos subjetivos. Por lo que resuelve revocar la sentencia de la instancia anterior y haciendo lugar al amparo, declara la nulidad del Decreto 8/11 dictado por la Municipalidad demandada.

7. Contra dicho resolutorio, la accionada obtiene la apertura de la instancia extraordinaria que se transita por vía de Inaplicabilidad de Ley, no así la intentada por la Fiscalía de Estado de la Provincia que fue declarada inadmisibile.

En su escrito, la recurrente afirma –con cita del Art. 15., incs. a), b) y d), de la Ley 1.406– que la sentencia de Alzada aplicó e interpretó erróneamente la ley y doctrina legal, y resolvió en contradicción con la doctrina expresamente establecida por el Tribunal Superior de Justicia.

Tal como lo manifiesta en las instancias anteriores, sostiene que la vía elegida por la amparista no es la correcta, ante la existencia de otra más idónea para resolver el conflicto. También arguye que contradice la doctrina legal del Tribunal, toda vez que reiteradamente ha dicho este Cuerpo que los presupuestos condicionantes de la viabilidad procesal del amparo son: ilegitimidad, arbitrariedad e ilegalidad manifiestas del acto, extremos que no se configuran en el caso de autos.

Destaca nuevamente que el Decreto N° 8/11 se ajusta al texto del Art. 64° de la Carta Orgánica Municipal y que reúne los recaudos de legalidad, conforme el Art. 55 de la Ley 1.284.

Reitera que la irreparabilidad del perjuicio invocada tampoco se configura en la especie, toda vez que la totalidad de los agentes comprendidos en el Decreto N° 608/11 continúan trabajando para la demandada, tal como lo hacían hasta el 30 de noviembre de 2011, bajo la modalidad de contrato.

Agrega –como lo manifestó en la contestación del amparo– que la resolución impugnada desconoce lo dispuesto por el Art. 241 de la Constitución Provincial que obligatoriamente encomienda al Tribunal Superior de Justicia la resolución en instancia originaria y exclusiva de las cuestiones de naturaleza contencioso-administrativa. Y vuelve a citar, en aval de su postura, lo resuelto in re: “Rivarola Claro”, enfatizando que la sentencia atacada contraviene la doctrina que emana de tal antecedente del T.S.J.

Insiste en que en el caso de autos no procede la acción de lesividad, toda vez que el Decreto 608/11 adolece de vicios muy graves, y por ende, carece de los efectos propios de los actos regulares a la luz de la Ley procedimental administrativa, resultando inexistente (Art. 71, L. 1.284). Por ello, puede ser revocado por se por la Administración, deviniendo inoficiosa e innecesaria la declaración judicial de nulidad. Destaca que la sanción de inexistencia de dicho acto es clara a la luz de la Ley 1.284, más allá del vocablo genérico de “nulidad” expresado por la C.O.M.

Critica lo sostenido por la Alzada, aduciendo que dicho tribunal valoró incorrectamente la validez del Decreto N° 608/11, al considerar que transgrede prohibiciones expresas, violando los Arts. 64, 65 y 66 de la C.O.M., 13° de la Ordenanza Municipal 1.534/99 (Estatuto para el empleado municipal) y Art. 6° de la Ordenanza 1604/99 (Eskalafón para el Personal municipal). Por tales motivos, entiende que dicho acto encuadra en la hipótesis prevista en el Art. 66, inc. c), de la Ley 1.284, que alude a vicio muy grave.

Aduna que la Alzada resolvió una pretensión jurídica de nulidad en el marco de una vía procesal incorrecta y que la estabilidad laboral que la Cámara reconoce a la actora ha sido resuelta en contradicción al criterio sentado por este Tribunal Superior de Justicia.

Sobre este último punto, destaca que yerra la Cámara al omitir que el Dcto. Municipal N° 608/11 no fue precedido por un concurso público tendiente a hacer efectivos los requisitos de idoneidad, transparencia e igualdad y desconoció las facultades y competencias de órganos deliberativos creados a tal efecto (J.A.C.A.D.), sin que concurra en el caso un supuesto de excepción que permita apartarse de las condiciones reglamentarias para acceder a la estabilidad laboral. Y sin que medie un acto válido expreso de incorporación a planta permanente, además de



destacar que aun en el supuesto de que se considerara como válido tal acto, la actora no había superado el período de provisoriedad de seis meses para adquirir la estabilidad. Hace referencia al caso “SAUER” dictado por este T.S.J.

Con cita del fallo “González Raquel c/ Municip. de Nqn. s/ Ac. de amparo”, de la Cámara de Apelaciones de Neuquén, Sala II, pone de resalto la contradicción de criterios jurisprudenciales entre dicho Tribunal y la Cámara de Zapala.

Con base en las consideraciones expuestas, solicita que este Cuerpo case el decisorio recurrido, en virtud de las causales previstas en el Art. 15, incs. a), b) y d), de la Ley 1.406, con costas.

En forma subsidiaria, y para el supuesto de que no se reconozca al Decreto 608/11 como inexistente, a la luz de lo normado por la Ley 1.284, solicita se declare su nulidad, en los términos del Art. 78, incs. a), b), e), m), o), r) y s), de la mencionada norma, por adolecer de vicios graves.

Manifiesta que formula reserva del caso federal.

8. A fs. 369/373 vta. obra la réplica de la contraria, solicitando el rechazo de la casación deducida, por idénticos fundamentos a los que expuestos al promover la acción.

II. Que ingresando al análisis de la cuestión planteada, y al haber alegado, la recurrente, apartamiento de la doctrina establecida por este Cuerpo, corresponde, en primer término, analizar la viabilidad de dicha causal.

Con relación a ella, debo señalar, liminarmente, que se configura cuando: “[...] la sentencia contradiga la doctrina establecida por el Tribunal Superior de Justicia en los cinco años anteriores a la fecha del fallo recurrido, o por una Cámara, cuando aquél no se hubiera pronunciado sobre la cuestión” (Art. 15, inc. d), Ley 1.406). De tal manera, la finalidad del instituto apunta, por un lado, al ejercicio de la función nomofiláctica propia del Máximo Tribunal, y, por otro, a mantener una interpretación uniforme de las normas vigentes (función uniformadora) (cfr. Juan Carlos HITTERS, Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación, 2ª Edición, Librería Editora Platense, pág. 506 y ss., 2002, Buenos Aires).

Sentado lo que antecede y confrontado el precedente: “RIVAROLA CLARO C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACION Y OTRO S/ ACCION DE AMPARO” -entre otros citados por la demandada-, con el decisorio en cuestión, no advierto que surja la causal denunciada. Ello así, por cuanto es insuficiente el recurso de Inaplicabilidad de Ley que se apoya en doctrina legal establecida sobre la base de presupuestos fácticos que no guardan relación con los determinados en la causa.

A modo de ejemplo, en el precedente referido supra, el actor era personal contratado del Consejo Provincial de Educación y perseguía invalidar el acto administrativo que dispuso no renovar el contrato, con invocación de las normas del E.P.C.A.P.P.

De allí entonces, cabe concluir en que no resultan similares los presupuestos fácticos de la presente causa con aquella traída a confornte.

Reitero, para que sea aplicable la doctrina legal debe tratarse de casos idénticos o por lo menos de una marcada similitud, no resultando suficiente la simple analogía. Pues, si las situaciones de hecho son diversas, el precedente no resulta aplicable. A igual conclusión se arriba con respecto a los restantes antecedentes que cita la quejosa en su pieza recursiva.

Conforme lo expuesto en este acápite, corresponde rechazar el recurso instaurado a través de la causal del inciso d) del Art. 15 de la Ley Casatoria.

III. Que resuelto lo anterior, ingresaré al análisis de la infracción legal denunciada.

Una de las funciones esenciales de la casación consiste en el control del estricto cumplimiento de la ley y de la doctrina legal. Ésta es la más antigua misión que lleva a cabo dicho instituto e implica cuidar que los tribunales de grado apliquen las disposiciones normativas sin violarlas ni desinterpretarlas.

Es decir, que su específica aspiración es la de controlar la exacta observancia de las leyes, actuando de esta manera en función reguladora y uniformadora de la jurisprudencia (Ac. Nro. 8/09, entre otros, del Registro de la Actuaría).

En cumplimiento de ella, debe determinarse si media en el caso el vicio denunciado.

El Art. 1º de la Ley 1.981 dispone: “La acción de amparo en sus aspectos de mandamiento de ejecución y prohibición procederá contra todo acto, decisión u omisión de autoridad pública que en forma actual e inminente, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución de la Provincia, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus”.

Tal precepto legal encuentra arraigo en el Art. 59 de nuestra Carta Magna neuquina, que en su parte pertinente, establece: “Toda persona afectada puede interponer acción expedita y rápida de amparo en las modalidades que se prevean en la ley, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo que garantice una tutela judicial efectiva, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por esta Constitución, las leyes que en su consecuencia se dicten y la Constitución Nacional [...]”.

Este Tribunal ha sostenido –reiteradamente– que la admisibilidad del carril del amparo se halla condicionada a la existencia de ciertos presupuestos, a saber: ilegitimidad, arbitrariedad o ilegalidad manifiestas del acto lesivo de los derechos de quien pretende la tutela jurisdiccional; perjuicio –actual e inminente– grave e irreparable derivado de dicho acto; e inexistencia de otros procedimientos judiciales más eficaces que posibiliten dar respuesta idónea a la pretensión de la amparista (cfr. Ac. N° 13/03, in re “PERALTA, DORA C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN DE AMPARO” Expte. N° 447/02; Ac. N° 21/03 “ROMERO, EDUARDO MARCELO C/ BANCO DE LA PROVINCIA DEL NEUQUÉN S.A. S/ ACCIÓN DE AMPARO”, Expte. N° 170/03, ambos del Registro de la Secretaría de Recursos Extraordinarios, entre otros).

En la especie, entiendo que la existencia de otros remedios judiciales no puede obstaculizar la vía del amparo, toda vez que, de las argumentaciones vertidas por las partes y la documental incorporada a autos, surgen acreditados los presupuestos que condicionan la procedencia de la acción de marras, advirtiéndose que la vía escogida –atento las particularidades del caso– es la más idónea para resolverla.

Ello así, dada la entidad de la infracción legal denunciada y toda vez que en el sub lite resultan suficientes las constancias que obran en la causa para decidir la pretensión actoral, esto es, el pedido de nulidad del Decreto N° 8/11.

La manifiesta ilegitimidad de dicho acto –que luego analizaré–, me lleva a sostener la inexistencia de otro medio judicial que tutele con mayor eficacia el control de legalidad y el deber de cumplimiento de los actos que emanan de los poderes públicos.

En esa misma línea, este Cuerpo, in re: “MARTÍNEZ, RENÉ HORACIO S/ ACCIÓN DE AMPARO” (Ac. N° 188/96); “DELL’ ORSO, GRACIELA INÉS C/ I.S.S.N S/ ACCIÓN DE AMPARO” (Ac. N° 15/98) del Registro de esta Secretaría, ha expresado que el artículo 43 de la Constitución Nacional reformada confirió al amparo el carácter de derecho constitucional expreso, razón por la cual prevalece respecto de cualquier limitación o restricción contenida en leyes nacionales o provinciales.



Asimismo, creo necesario destacar que corresponde desestimar la defensa esgrimida por la demandada, en cuanto a que el litigio debería resolverse en instancia única originaria de este Tribunal Superior, en virtud de la naturaleza administrativa de la cuestión sometida a estudio.

Sobre el punto, cabe poner de resalto que en el ámbito provincial neuquino la acción procesal administrativa y el amparo comparten la misión de articular el control judicial del comportamiento de la autoridad estatal, permitiendo resguardar la observancia del principio de legalidad. Sin embargo, sus ámbitos de actuación se encuentran diferenciados a partir de la Constitución Provincial y de las leyes que en su consecuencia se han dictado (1.981 y 1.305), las cuales han deslindado los contenidos de sus atribuciones y separado los órganos adjudicatarios de sus competencias respectivas.

Así, la Ley Fundamental provincial ha establecido en la cláusula V de las Disposiciones Complementarias Transitorias y Finales que: “Los Tribunales contencioso administrativos deberán crearse con sujeción a los principios de especialización y descentralización territorial, en el plazo de un año a partir de la creación del Consejo de la Magistratura. Hasta la creación de ellos el Tribunal Superior de Justicia mantendrá su jurisdicción y competencia”.

Por ende, toda vez que a la fecha dichos organismos judiciales no se encuentran implementados, tal como reza la normativa transcrita in fine, este Alto Cuerpo conserva su competencia originaria en la materia.

Frente a este complejo diseño constitucional, irrumpe el amparo que, en suerte de desplazamiento, dilata las apuntadas restricciones para el tratamiento de los conflictos administrativos, otorgándole competencia a la judicatura de primera instancia. Ello es así, por cuanto, normalmente, la concreta impugnación ejercida a través de la acción de amparo está dirigida a cuestionar justamente típicos actos administrativos, tal como preceptúa el artículo 1° de la Ley N° 1.981, el remedio judicial en ella previsto, procede contra “todo acto, decisión u omisión de autoridad pública”.

De allí, entonces, cabe preguntarse: ¿cuál es el límite que permite deslindar, en uno y otro caso, la vía idónea para el tratamiento de la materia compartida?

La clave del sistema se encuentra en el propio articulado de la citada ley, en cuanto establece que su procedencia se halla condicionada a que la actividad impugnada de la administración pública, en forma actual e inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución de la Provincia (cfr. R.I. N° 3.976/03 del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias) y siempre que no exista otro medio judicial más idóneo (Art. 43 de la Constitución Nacional).

Es la pauta aludida, la que estimo se configura en el caso con la impugnación del Dcto. N° 8/11, justificando, en consecuencia, la viabilidad de la acción promovida, en tanto se presenta manifiesta la tacha de ilegitimidad denunciada.

IV. En efecto, con respecto al carácter manifiesto que debe revestir la ilegalidad o arbitrariedad del acto impugnado, cabe remarcar que, conforme a lo establecido doctrinariamente, lo palmario implica algo descubierto, patente, claro; equivale a notorio, inequívoco, indudable, cierto; o como se ha destacado de modo sentencioso:

“[...] lo manifiesto significa un juicio que corresponde a todos sin distinción ni dudas. Y en cada caso el juez o jueza puede y debe valorar si el acto lesivo reviste la entidad requerida para descalificarlo totalmente y merecer el remedio excepcional del amparo” (cfr. Morello-Vallefín, El Amparo, Régimen Procesal, Librería Editorial Platense S.R.L., págs. 26/28, 3era. Edición.).

Conforme surge del Decreto N° 8/11, dictado por el Sr. Intendente de la Municipalidad de Chos Malal, se dispuso:

“[...] ARTÍCULO 1°): DECLARAR la inexistencia del Decreto Municipal N° 0608/11 de fecha 02/12/2011, y de todos los actos dictados en su consecuencia, privándolos de todo efecto jurídico, en los términos y condiciones previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo N° 1284[...].”

Es decir, se dejó sin efecto la incorporación a la Planta del Personal de la Municipalidad demandada, con retroactividad al día 1° de noviembre de 2011, en la categoría AUB del Escalafón Municipal, a ciento once (111) trabajadores, entre los que se encuentra la actora. Para así resolver, se argumentó que tal designación fue hecha en clara violación a las disposiciones de la Carta Orgánica Municipal, que establece en su Art. 64, que el acceso a la Administración Pública Municipal se realiza exclusivamente por concurso público de oposición y antecedentes; y que “resulta nula y sin efecto alguno cualquier disposición que permita el ingreso de personal permanente sin concurso previo”.

Se enfatiza en que la misma norma estatuye que: “no se admite el pase a la planta permanente del personal incorporado por contrato sin este requisito”.

Por tales motivos, se sostiene que resulta evidente el vicio muy grave de que adolece el Decreto municipal Nro. 608/11, de conformidad a las previsiones contenidas en el inciso c) del artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 1.284, “en tanto transgrede una prohibición expresa de normas constitucionales, legales o sentencias judiciales firmes” (cfr. fs. 5)).

En función de ello, y que la Ley 1.284 tipifica como inexistentes a los actos que adolecen de vicios muy graves -tal como el descripto-, invocando el Art. 71 de la citada ley, la accionada resuelve dejar sin efecto las designaciones en planta operadas mediante Decreto 608/11.

Corresponde, por tanto, analizar si en el marco de la acción deducida es posible concluir que el Ejecutivo municipal ha obrado en la órbita de sus atribuciones, al revocar en sede administrativa el Decreto N° 608/11. O si, por el contrario y de acuerdo al derecho vigente, se ha extralimitado. La Ley de Procedimiento Administrativo, al referirse a los caracteres de los actos administrativos, establece que pueden ser regulares o irregulares, quedando comprendidos en el primer concepto los actos válidos, los anulables y los nulos. La segunda categoría es reservada para los inexistentes (Art. 54).

En su artículo 55, la ley citada define a los caracteres del acto administrativo regular, atribuyéndole legitimidad, ejecutividad, ejecutoriedad y estabilidad, conceptos todos de importancia capital ya que, sobre la base de tales caracteres, los actos administrativos regulares gozan de presunción de validez mientras su nulidad no haya sido declarada por autoridad competente, siendo obligatorios y generando el derecho a la exigibilidad y deber de cumplimiento a partir de su notificación; habilitan, a la autoridad administrativa, a ejercer coacción para imponer su cumplimiento y finalmente determinan la prohibición de revocación en sede administrativa de los actos que crean, reconocen o declaran un derecho subjetivo, una vez que el acto ha sido notificado al interesado, salvo que se altere o extinga el acto, en su beneficio.

Según sostiene Dromi, la revocación es una medida excepcional limitada a los casos de irregularidades manifiestas. Pero, no por ello la Administración queda atada a la irrevocabilidad, sino que, cuando el interés público reclama una rectificación puede ocurrir al órgano jurisdiccional para que anule el acto lesivo.

Señala, también, el autor citado, que la evolución jurisprudencial ha consagrado que la Administración no “debe hacer justicia por sí misma”,



revocando por se actos administrativos que considera irregulares (DROMI, Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 211 y sgtes.).

Es decir que, en principio, la Administración no puede revocar sus actos en sede administrativa, salvo el supuesto de inexistencia, que es justamente el que alega en este caso la accionada para revocar el Decreto de designación de la actora.

El interrogante es si efectivamente el Decreto N° 608/11 configura un supuesto de inexistencia.

Los argumentos de la Comuna radican en que el decreto de designación es inexistente, encuadrando en un vicio muy grave -Art. 66, inc. c), L. 1.284-, por “lesionar el principio republicano de igualdad, privilegiándose ilegítimamente a unos trabajadores por sobre otros, a quienes no se les ha concedido la posibilidad de concursar por el acceso a esos puestos en Planta Permanente” (cfr. fs. 354 y ss).

Menciona que la incorporación de personal a la Planta municipal se hizo en clara violación a las disposiciones de la Carta Orgánica Municipal, en tanto dispone en forma clara y precisa en su Art. 64 que: “el acceso a la Administración Pública municipal se realiza exclusivamente por concurso público de oposición y antecedentes”. Y que en ese sentido, el mismo artículo dispone:

“[...] Es nula y sin efecto alguno cualquier disposición que permita el ingreso de personal permanente sin concurso previo [...]”.

Se puede advertir de la lectura del decreto impugnado, que es la propia accionada quien tilda al acto de designación de “nulo”, al encuadrar el vicio de éste en la categoría de “vicio grave”, por violentar lo dispuesto en la Carta Orgánica Municipal para el ingreso del personal en la Municipalidad.

Es decir, el supuesto en análisis -según la propia hipótesis de la demandada- no es el previsto en el Art. 66 de la Ley 1.284, sino que es encuadrable en el Art. 67 de dicho cuerpo normativo. Por lo que constituiría un supuesto de nulidad y no de inexistencia, a tenor de la entidad del vicio denunciado. Por lo tanto, la calificación pretendida como de acto inexistente, resulta palmariamente desacertada, presentándose indebida la motivación expuesta en el Decreto municipal N° 8/11 -Art. 67, inc. s), Ley 1.284-. La motivación de un acto administrativo ha sido definida por la doctrina como las razones que han llevado al órgano a emitir el acto en la forma que lo ha hecho. Las razones que se requieren son tanto las que hacen a las circunstancias fácticas como al derecho aplicable (cfr. GORDILLO Agustín, Lexis N° 8001/001855). La forma y contenido de ella surge de los artículos 51° y 52° de la Ley 1.284).

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

Desde este punto de análisis, el acto de nombramiento gozaba de estabilidad dado que había reconocido un derecho subjetivo a la actora (cfr. Arts. 55 y 84 de la Ley 1.284) y, por tanto, la Administración no tenía atribuciones suficientes para proceder a su revocación en sede administrativa.

En el caso, tal como lo sostuviera in re: “Hernández” (Acuerdo N° 14/2011, entre otros, de la Secretaría de Demandas Originarias), debió la accionada declarar que un acto suyo anterior era lesivo a sus intereses por ilegítimo y, posteriormente, promover ante este Tribunal la acción procesal pertinente (Art. 1°, inc. b), y 13 de la Ley 1.305).

En atención a ello, el Decreto N° 8/11 que declara la inexistencia del Decreto N° 608/11 dejando sin efecto la designación de la actora en planta permanente contiene el vicio previsto en el Art. 67, inc. f), de la Ley 1.284, y en consecuencia es nulo, por haber vulnerado la estabilidad e irrevocabilidad que poseía el Decreto 608/11.

En este contexto, estimo que asiste razón a la amparista, respecto del planteo anulatorio del Decreto N° 8/11, entendiendo que la vía elegida es la adecuada para resolverlo, al presentarse manifiesta la ilegalidad del acto cuestionado, en los términos del Art. 1° de la Ley 1.981. Y por ende, improcedente el recurso de casación deducido por la contraria.

Luego, siendo nulo el Decreto N° 8/11, se impone el restablecimiento de los derechos de la accionante retro trayéndose la situación al momento anterior a su dictado, con lo cual corresponde ordenar su reincorporación en las mismas condiciones que las que hubieran existido de no haberse dejado sin efecto su nombramiento.

Lo considerado no significa pronunciamiento alguno acerca de si la actora se encontraba o no amparada por la garantía de estabilidad en el empleo público, siendo ella –en principio- materia ajena a este tipo de procesos, en tanto conlleva la necesidad de una mayor amplitud de debate y prueba.

V. Por último, a la tercera cuestión planteada: corresponde que las costas sean impuestas a la recurrente perdidosa (Arts. 12°, Ley 1.406).

VI. En atención a las consideraciones expuestas propongo al Acuerdo: Declarar IMPROCEDENTE el recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley deducido por la demandada a fs. 334/365, confirmando en consecuencia la sentencia de la Cámara de Apelaciones en Todos los Fueros de Zapala obrante a fs. 323/329 vta., que resuelve revocar la sentencia de la instancia anterior y hacer lugar al amparo incoado por la Sra. Norma E. LAGOS contra la Municipalidad de Chos Malal, declarando la nulidad del Decreto N° 8/11 dictado por el Ejecutivo Municipal.

Las costas serán a cargo de la recurrente perdidosa (Art. 17 L.C.). VOTO POR LA NEGATIVA.

El señor vocal doctor RICARDO TOMÁS KOHON, dice:

I. Disiento con los fundamentos y la solución propuesta en el voto que antecede. Y ello así, a modo de adelanto, en el entendimiento que se configura en los presentes la causal de violación a la doctrina legal sentada por este Tribunal Superior de Justicia, en orden a los presupuestos que condicionan la viabilidad de la acción de amparo, lo cual conlleva, conforme a los argumentos que a continuación se expondrán, la recomposición del litigio mediante el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora y la consecuente confirmación del fallo dictado en Primera Instancia (cfr. Acuerdos Nros. 53/06 –BROGGI- y 11/10 –CAMPOS- del Registro de la Secretaría Civil).

II. Para alcanzar tal conclusión, cabe explicitar el marco conceptual en la cual se inserta.

Con tal propósito, es oportuno rememorar las nociones plasmadas en el segundo de los precedentes antes citados.

En primer término, allí se tuvo presente que: “...las funciones primordiales del Cuerpo [...] son, el control nomofiláctico y la unificación de la jurisprudencia. Esta última, produce una cohesión interpretativa en todo el territorio provincial que no debe desdeñarse, dado que a su vez ello es fuente de seguridad, certeza e igualdad, y por ende, de equidad (conf. Juan Carlos HITTERS, Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación, 2da. Edición, Librería Editora Platense, La Plata, 1998, pág. 169).

En este sentido la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, dijo: ‘Deben mantenerse las pautas directrices que emanan de los fallos del Superior Tribunal de esta provincia, porque la principal finalidad de la casación es la de unificar la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales comprendidos en dicho ámbito territorial, y con ello el logro de los valores de celeridad y economía procesal’ (JUBA CC0202, LP 100992, RSD-190-3 S 12-8-2003, Juez Suárez (SD) Carátula: Peñalba Pedro B. y ot c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Expropiación



inversa Mag. Votantes: Suárez-Ferrer)”.

Y se añadió: “La uniformidad de la jurisprudencia tiene una finalidad de origen constitucional que se funda en el principio de igualdad ante la ley; tal unificación jurisprudencial confiere seguridad jurídica y previsión en las decisiones frente a planteos similares (cfr. mi voto en Ac. N° 14/05 -CARCAMO- del Registro de la Secretaría Civil de Recursos Extraordinarios)”.

Ahora bien. En lo que atañe a la denuncia del impugnante de la existencia de contradicción entre el desenlace del caso “RIVAROLA CLARO” (Acuerdo N° 36/04, del Registro que se viene citando), y el propuesto en el decisorio que aquí se cuestiona (inciso d, Art. 15, Ley 1.406), se advierte que el tema en debate guarda analogía con la cuestión tratada en esa causa, puesto que, si bien existen las diferencias que se marcan en el voto preopinante, lo cierto es que en aquélla se señaló que, si el caso planteado versa sobre cuestiones fácticas o jurídicas opinables o por su índole reclama un más amplio examen de los puntos controvertidos, corresponde que estos sean juzgados con sujeción a las formas legales establecidas al efecto.

Y, no obstante que en aquel asunto –valga reiterar-, los presupuestos fácticos eran disímiles, lo decidido en torno a la vía procesal escogida por el actor, es perfectamente trasladable a la situación de autos.

Así, en “RIVAROLA CLARO” se afirma:

“Sobre el particular la jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que el andarivel de marras es inadmisibles cuando las cuestiones planteadas como fundamento del carril elegido son opinables o discutibles (C.S.J.N., FALLOS: 270:69; 271:165; 273:84; 274:186; 281:394; 297:65; 310:622, entre otros), o cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la determinación de la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate y prueba (FALLOS: 275:320; 296:527; 305:1878; 306:788, etc.) señalando que este criterio no ha variado con la sanción del nuevo Art. 43 de la Constitución Nacional (FALLOS: 319:2955, ya citado)”.

Agregándose lo sentado por la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza: “Jurisprudencialmente se ha sostenido: ‘[...] si el juez [o la jueza] advierte, que la materia es exclusivamente administrativa, es decir, que la cuestión constitucional es sólo mediata, indirecta, etc.[...] la vía del amparo es improcedente. Ello es así por cuanto, como lo ha sostenido la Corte Nacional, el amparo no constituye el sucedáneo versátil de la acción contencioso administrativa, sino el remedio singular para la extrema situación, en la que por la carencia de otras vías legales, se encuentra en peligro la salvaguarda de los derechos fundamentales (CS, febrero 20-1986, E.D. 117-571). Es evidente que de sustanciarse un amparo, en que reitero, la cuestión es exclusivamente administrativa, el juez [o la jueza] de las instancias ordinarias está invadiendo el campo que la Constitución Provincial reserva a la Corte Provincial. Pero, desde que a esta materia se agrega, de modo indubitado, la violación directa de los derechos reconocidos por la Constitución, entonces se produce la situación prevista en la legislación provincial del amparo y el juez [o la jueza] de la instancia ordinaria es competente [...]’ (conf. el voto conjunto de los Dres. Kemelmajer de Carlucci y Moyano, SC Mendoza, noviembre 3-1988, Flash Game S.R.L., E.D. 131-577)”.

Y también lo resuelto en el mismo sentido por la Corte bonaerense:

“Resulta totalmente inaceptable hacer del amparo un vademécum que solucione todos los problemas, subsumiendo las vías procesales en sólo una, cuando la Constitución y las leyes marcan distintos caminos para proteger los derechos que se crean afectados. Es cierto que el amparo es una herramienta útil, mas no para cualquier situación (cfr. S.C.B.A., causa 58002)”.

A la vez, es oportuno dar cuenta que el criterio que encierran estos conceptos también es sustentado por el Sr. Fiscal ante el Cuerpo (cfr. Capítulo II, su dictamen de fs. 386/389 vta.

III. Ya delineado el campo referencial en el punto anterior, corresponde dilucidar si el fallo de la Cámara modifica la doctrina que este Cuerpo sentara al respecto. A tal fin, cabe determinar si, en la especie, se dan los extremos que condicionan la viabilidad de la acción de amparo entablada.

III. I. Así, la amparista invoca -como presupuesto de su acción-, que por intermedio del Decreto N° 8/11, se han vulnerado sus derechos subjetivos públicos en forma manifiestamente inconstitucional, ilegal y arbitraria, al dársele de baja de la Administración Pública pese a ser agente con estabilidad propia, conforme a la normativa aplicable, y designada mediante acto administrativo regular y estable.

Relata que ingresó en 2008 a trabajar para el Estado Municipal bajo Plan Jefa de Hogar; luego -a partir de 2010-, lo hizo con monotributo; y el 1/1/2011 le hicieron un contrato de monotributista hasta el 30/1/11. En esta fecha, mediante Decreto N° 608/11 se la incorporó a la Planta Permanente.

Alega que en forma intempestiva inconstitucional, ilegal y arbitraria, el 12/1/11, el Departamento Ejecutivo dictó el Decreto N° 8/11 mediante el cual se declara la inexistencia del Decreto N° 608/11, provocándose su baja y la de otros ciento diez (110) trabajadores.

Cita los Arts. 14bis de la Constitución Nacional y 54 de la Provincial en punto a la garantía de estabilidad en el empleo; transcribe los Arts. 27, 195 y 263 del Estatuto Municipal para afirmar que, no dándose los supuestos de exoneración o cesantía, el agente no puede ser excluido de las filas de la Administración Pública.

Dice que el Decreto N° 608/11, mediante el cual se incorporó a su parte y a otros 110 trabajadores municipales a la Planta Permanente, fue dictado por el Sr. Intendente, quien es el único habilitado para ello; que por ese decreto se reconoció el derecho de los trabajadores municipales precarizados o en negro con más de tres años de antigüedad que venían efectuando tareas propias del Estado Municipal; que es cierto que fueron designados sin concurso previo de antecedentes, pero ello se debió a que estaban prestando sus servicios desde hacía muchos años, lo cual acreditó la capacidad e idoneidad técnica y laboral; que la falta de concurso no es imputable al empleado público y no puede serle oponible –cita el precedente “LERNER” de este Tribunal Ac. N° 536/98-.

En resumen, afirma que el Decreto N° 608/11 no es inexistente pues no está afectado de vicios muy graves, conforme la Ley 1.284, y, por ende, se lo debe considerar regular.

En punto al Decreto N° 8/11, asevera que sus fundamentos -para declarar inexistente su par N° 608/11- son falsos e ilegales y tiene como único objeto lograr, a través de la deformación de la realidad fáctica y jurídica, proceder al despido en masa de trabajadores del Estado, evitando el requisito legal de la acción de lesividad.

Agrega que el primero de los aludidos, considera inexistente al segundo pues se habría dictado contraviniendo lo establecido por el Art. 64 de la Carta Orgánica Municipal, en tanto prescribe que el ingreso al Estado es por concurso y que es nula la disposición en contrario. Sin embargo, refuta que si la sanción es de nulidad -conforme a la letra de la Carta Orgánica-, no puede hablarse de inexistencia.

Añade que tampoco podría ser eso así, puesto que, como sostiene el T.S.J. desde hace ya 14 años, la falta de concurso de ingresos no puede ser imputada al agente municipal, ni utilizada como argumento para su despido.



Postula que no toda afectación a una norma legal es vicio muy grave, sino que, por el contrario, su interpretación siempre es restrictiva, estando por el vicio menor y por la validez del acto administrativo. Recuerda que el Art. 65 de la Ley 1.284 establece que, en caso de duda, debe siempre estarse al vicio menor y a favor de la validez del acto.

Resalta que no corresponde discutir in autos la legalidad del Decreto N° 608/11, sino sólo si es inexistente, pues en cualquier otro caso, aun cuando pueda ser nulo, debe ser cumplido por la Administración hasta tanto exista sentencia firme del Tribunal Superior que declare su nulidad, la que no procede de oficio.

Se ocupa de la estabilidad de la incorporación dada por el Decreto N° 608/11, y dice que éste resulta irrevocable en sede administrativa, debiendo acudir a la acción de lesividad.

En función de ello, asegura que el Decreto N° 8/11 es inconstitucional por violar tanto la Constitución Nacional, en sus Arts. 14bis y 17, como la Constitución Provincial en su Art. 59; también, por violar lo establecido en la Ley 1.284, al ignorar la estabilidad del Decreto N° 608/11.

Del otro lado, el Municipio refuta que la vía intentada sea la idónea, que la actora haya trabajado en relación de dependencia, que posea estabilidad laboral y que cumpla los requisitos para desempeñarse en la planta permanente de empleados públicos.

Asevera que no están reunidos los recaudos que hacen admisible el amparo. Ello así, dado que no existe el pretendido riesgo, pues la reclamante sigue trabajando bajo la misma modalidad previa al dictado del Decreto N° 608/11; ni se presenta la arbitrariedad e ilegalidad manifiestas; como tampoco se denuncia la concreta lesión de derechos subjetivos públicos; todo lo cual indica que la actividad desplegada por el Municipio debe analizarse con mayor amplitud de prueba y debate.

Expresa que las labores cumplidas por la accionante no satisfacían necesidades permanentes puesto que eran puntuales y para cumplir programas específicos, según dan cuenta los contratos agregados.

Señala que el Decreto N° 608/11 no fue publicado en el Boletín Oficial ni registrado en debida forma.

Denuncia que las razones que fundaron su inexistencia, además de adolecer de un vicio muy grave, fueron las violaciones a las Constituciones Nacional y Provincial, la Carta Orgánica Municipal, el Estatuto y el Escalafón del Empleado Municipal, y la Ley N° 2.141.

Resalta que se trató de una decisión de neto contenido político sin haber observado las normas vigentes.

Afirma que el Decreto N° 608/11 adolece de un vicio muy grave, en los términos del inciso c, del Art. 66 de la Ley 1.284, y, por tanto resulta inexistente, con las consecuencias prescriptas en los Arts. 71 y 54.

Luego de abundar en vastas consideraciones respecto de la inexistencia de los actos y de la estabilidad del empleado público, invoca lo decidido por este Alto Tribunal in re “RIVAROLA CLARO”.

III.2. La sentencia de Primera Instancia, en prieta síntesis, rechaza la acción porque no encuentra acreditada la ilegalidad manifiesta del Decreto N° 8/11, toda vez que se ha dictado conforme a la normativa vigente. Y, además, porque no se ha probado la existencia de perjuicio -siendo que continúa como prestadora del servicio-, y que no puede pretender que por un acto contrario a derecho se le reconozca una condición que nunca tuvo.

III.3. A su turno, la Cámara de Apelaciones revoca lo así decidido, declara la nulidad del citado Decreto N° 8/11 y, en su consecuencia, acoge la demanda.

Para resolver de tal modo, asevera que el centro del cuestionamiento es la ilegalidad manifiesta del Decreto N° 8/11, porque al derogar su similar 608/11 provoca la baja de la amparista de la Administración Pública a pesar de que goza de estabilidad.

Afirma que, por vía de hipótesis, podría discutirse que el último de los aludidos era nulo pero no inexistente, siendo que el Art. 64 de la Carta Orgánica expresamente establece tal sanción, además de que tal efecto resulta conteste con la inteligencia de los antecedentes jurisprudenciales citados en el Decreto N° 8/11. Añade que tampoco se observan que se den otros vicios comprendidos en el Art. 66 de la Ley 1.284.

En consecuencia, postula que solo podía ser dejado sin efecto por la acción de lesividad ante este Tribunal Superior. En apoyo cita la doctrina del caso “BÓRQUEZ” (Ac. N° 1172 del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias).

IV. El recuento de las posturas de las partes pone de resalto que las discrepancias radican en establecer si el Decreto N° 608/11 contiene un vicio muy grave o solo grave, y la consiguiente consecuencia jurídica –sanción- que de ello se deriva, esto es su inexistencia o nulidad, respectivamente. Además, deja traslucir que los pronunciamientos de las instancias ordinarias son antagónicos sobre el punto.

V. El debate y las resoluciones opuestas no hacen otra cosa más que poner en evidencia que la ilegalidad o arbitrariedad del acto no exhibe la cualidad de manifiesta. Y, por tanto, que no se cumple con uno de los requisitos de admisibilidad del proceso de amparo para procurar su control de legalidad.

VI. A su vez, tampoco se puede constatar satisfecho tal atributo –carácter manifiesto-, como lo señala y postula el voto que antecede, en la propia conducta de la demandada cuando –según se dice-, ella tilda el acto como nulo y encuadra el vicio en la categoría de grave, pero lo califica desacertadamente como inexistente, cuando debió ser nulo y encuadrable en el Art. 67 Ley 1.284.

Es que la detenida lectura del Decreto N° 8/11 –fs. 5, 6 y vta.- no permite llegar a dicha conclusión. Al contrario, allí el Intendente califica el vicio como muy grave –texto destacado en negrita y letras mayúsculas-, en los términos del inciso c) del Art. 66 de la Ley N° 1.284, y declara su inexistencia.

VII. Ni cabe que aquello pueda derivarse del referido decreto cuando transcribe parcialmente el texto del Art. 64 de la Carta Orgánica, puesto que la calificación del vicio se realiza sobre la base de que el Decreto N° 608/11 también transgrede las Ordenanzas que regulan el Estatuto del Empleado Municipal y su escalafón. O sea que la ponderación se lleva a cabo en virtud de infringirse un plexo normativo compuesto por las tres normas que instituyen las condiciones y procedimiento de ingreso del personal a la planta permanente.

VIII. Por otro lado, la ilegalidad o arbitrariedad tampoco se presenta de modo manifiesto, según se afirma en el fallo de la Cámara, porque el Art. 64 de la Carta Orgánica prescribe la nulidad del acto y no su inexistencia. Sucede que la interpretación del texto también podría derivar en este último efecto jurídico.

Previo a demostrar esta afirmación, es necesario advertir que lo que se diga a su respecto no implica emitir juicio o postura de ningún tipo acerca de cuál es la interpretación que corresponde al referido precepto de la Carta Orgánica.

Los conceptos que se viertan solo tendrán por propósito probar otra exégesis posible. Y, con ello, que el punto controvertido no ponga en evidencia una arbitrariedad de tipo manifiesta. Y, por ende, que su debate no deba encaminarse por el proceso de amparo.



IX.1. La comprobación debe partir por el entendimiento de que: “La Carta Orgánica de un Municipio constituye, a nivel de la comunidad local, lo que la Constitución lo es a los distintos estados provinciales y a la unión de todos ellos en el Gobierno Federal. Esto quiere decir, que las cartas orgánicas son esas normas fundamentales que estructuran la vida comunitaria y el gobierno de ella, exponiendo los lineamientos básicos que traducen, en términos jurídicos, lo que la sociedad quiere y pretende de su gobierno local y de la convivencia social [...] Conforme lo dicho, y entendiendo la Carta Comunal como la síntesis de vivencias y experiencias de una determinada sociedad [...], la Convención Municipal reunida para su dictado ejerce un poder constituyente de tercer grado, habida cuenta de encontrarse circunscripto a las previsiones constitucionales nacional y provincial que lo habilitan” (Acuerdo N° 447/96 del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias).

Y que, “[...] como nos enseña el maestro Germán Bidart Campos, la interpretación de las disposiciones constitucionales debe efectuarse no ‘con’ la Constitución, sino ‘desde’ la Constitución, porque ello facilita el descendimiento hacia las normas infraconstitucionales por un riel que las adecue a ella, y simultáneamente a las circunstancias históricas y propias del caso, pues ello terminará por depararle una solución objetivamente justa (conf. E.D.T°157, pág. 592). “No nos debemos olvidar que las Cartas Orgánicas constituyen el instrumento legal a través del cual la comunidad local tiene efectiva participación para definir por medio de sus representantes surgidos de la máxima expresión popular que es el voto, QUE MUNICIPIO QUIERE, partiendo de la base de la experiencia de las deficiencias del MUNICIPIO QUE TIENE, induciendo de ese modo a las futuras generaciones a la concreción de los objetivos buscados que quedan expresamente plasmados en la CARTA MUNICIPAL” (sic, Ac. N° 480/97, del Registro recién citado).

En ese contexto es que la Convención Municipal, en representación del pueblo de Chos Malal, al sancionar la Carta Orgánica Municipal, y con la premisa de que la Administración Pública debe sujetarse a los principios de idoneidad, eficiencia, equidad, imparcialidad e igualdad (Art. 62), al referirse a la carrera administrativa, establece:

“El acceso a la Administración Pública Municipal se realiza exclusivamente por concurso público de oposición y antecedentes”. Y que “Es nula y sin efecto alguno cualquier disposición que permita el ingreso de personal permanente sin concurso previo.”

“No se admite el pase a la planta permanente del personal incorporado por contrato sin este requisito” (Art. 64).

“El personal tiene derecho a la carrera administrativa y los ascensos se disponen únicamente por concurso de oposición de antecedentes, de acuerdo a los principios de mérito, capacidad e idoneidad y el sistema de incompatibilidades [...]” (Art. 65).

“La estabilidad en el empleo se asegura a quienes aprueben los exámenes de idoneidad, a cuyos fines el municipio debe realizar cursos de actualización y perfeccionamiento. No se garantiza estabilidad: “a) A quienes no fueran calificados con bueno o nota superior durante dos (2) años consecutivos o tres (3) alternados, en la calificación anual que realiza el municipio. b) A los profesionales universitarios con cargos de planta administrativa que no hubieran accedido a los mismos por concurso abierto [...]” (sic, Art. 66).

“El municipio vela y es responsable por el fiel cumplimiento de las funciones de cada agente municipal y garantiza la posibilidad de capacitación, y por concurso, el cambio de jerarquía, debiendo procurar el aprovechamiento de los recursos humanos.” (Art. 67).

“El municipio contrata locaciones de servicios en un plazo que no supera la finalización del año calendario. Con posterioridad, puede renovar éstas por un año más. Transcurrido dicho período, el municipio analiza la demanda en función de las vacantes presupuestarias y llama a concurso interno para cubrir dicho servicio. Si el mismo no es cubierto con personal de planta permanente, puede llamar a concurso externo, en el que están habilitados para participar contratados.

“Esta disposición no rige para los profesionales y técnicos que revistan como asesores o para los que no se haya dispuesto el llamado a concurso, por lo que revistan con contratos cuya finalización se produce como máximo cada 31 de diciembre, pudiendo ser renovados indefinidamente.” (Art. 68).

IX.2. La tarea interpretativa de este plexo normativo, tal como ha expresado nuestra Corte Suprema Nacional en el reciente fallo “RIZZO” del 18/6/13, debe hacerse conforme a la primera de sus fuentes, es decir su letra (Fallos: 307:2154, 312:2078, entre otros), lo cual no se agota con la remisión a su texto, porque también debe indagarse 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 (Fallos: 334:13).

A su vez, dicha labor que obliga a la judicatura a atenerse a las palabras del texto escrito, corresponde que se despliegue en la inteligencia de que ninguna disposición de la Constitución ha de ser considerada superflua, sin sentido o inoperante. Asimismo, el significado que cabe otorgar a las palabras de la Constitución no es otro que el proveniente de su uso popular y explicarlas en su sentido llano, obvio y común (Fallos: 262:60, 327:4241 entre otros).

IX.3. Desde tales lineamientos, y asumiendo el postulado del Art. 59 de la Constitución Provincial –hoy 156- (Los empleados públicos, provinciales y municipales, serán designados por concurso de antecedentes y oposición, previa prueba de suficiencia), puede razonablemente interpretarse que la Carta Orgánica Municipal considera más adecuado para su comunidad que haya una única manera de ingresar a la planta permanente de agentes municipales, esto es, a través del sistema de concurso de antecedentes y oposición. Y, por lógica consecuencia, que resulte excluido cualquier otro mecanismo.

Ello así, pues este significado podría otorgarse al término exclusivamente –empleado en el Art. 62- que, como adverbio de modo, según el Diccionario de la Real Academia Española, implica: 1. con exclusión; 2. sola, únicamente; proveniente del verbo excluir cuyo significado es descartar, rechazar o negar la posibilidad de alguna cosa. Este punto de vista podría verse confirmado de observar que tras determinar esta única forma de acceso, se prescribe que será nula y sin efecto alguno cualquier disposición que permita el ingreso de personal permanente sin concurso previo, cercenándose así la posibilidad de adopción de otro medio que no sea el concurso.

Por lo demás, cabe advertir, constituye un mandato al Concejo Deliberante en tanto posee la atribución de sancionar el Estatuto de los Trabajadores Municipales, creando la Junta de Admisión, Calificación, Ascenso y Disciplina, dando previa participación a los organismos gremiales legítimamente reconocidos.

Más todavía. Podría argüirse que esta otra interpretación es la correcta desde que el propio articulado dispone que no se admite el pase a la planta permanente del personal incorporado por contrato sin cumplir con el requisito del concurso.

De allí que, si se admitiese lo contrario, se estaría incurriendo en una trasgresión a la disposición que, plasmada en la Carta Orgánica del Municipio de Chos Malal, traduce la voluntad de la Comunidad a la que rige.

IX.4. Por tanto, de seguirse este orden, si se considera que la Carta Orgánica expone los lineamientos básicos que traducen, en términos jurídicos, lo que la sociedad quiere y, de entenderse las palabras de la Constitución en el significado en el que son utilizadas popularmente, de modo razonable se puede colegir que cuando se recurrió a la fórmula “es nula y sin efecto alguno” para sancionar cualquier disposición que



permita el ingreso de personal sin el requisito del concurso, no se tuvo como referencia el sistema de nulidades de la Ley de Procedimiento Administrativo –previsto para el acto administrativo–, sino el sentido ordinario y común que implica restarle toda entidad –inexistencia–; en el caso, por su falta de compatibilidad constitucional.

Además, si se contempla el contexto en el que se inserta esa fórmula, no parece objetable –a primera vista– que se consagre la ineficacia de cualquier disposición infraconstitucional –vgr. estatutaria–, que posibilite una forma de ingreso distinta a la consagrada en la Carta Orgánica.

Desde esta perspectiva, compatible con la naturaleza de constitución de tercer grado de la Carta Orgánica Municipal, no cabría asimilar la fórmula de mentas al sistema de nulidades previsto por la Ley 1.284 que, además, está previsto para los vicios del acto administrativo.

IX.5. En síntesis: en virtud de estos argumentos, queda demostrado que es razonable sustentar otra interpretación del Art. 64 de la Carta Orgánica Municipal, cuando establece la sanción para aquella disposición que permita el ingreso a la planta permanente del personal sin concurso previo, entendiéndose que debe tenérsela como inexistente y no como nula.

X. Siendo esto último perfectamente posible, en la especie no se configura el extremo requerido en punto a la existencia de notoria arbitrariedad o ilegalidad, para habilitar la vía procesal elegida por la actora.

Inferencia ésta que se confirma desde que no se me escapa que por la Secretaría de Demandas Originarias se inició la causa: “MUNICIPALIDAD DE CHOS MALAL C/ MUÑOZ PEDRO ANTONIO S/ ACCIÓN DE LESIVIDAD” (Expte. N°4463/13), por la cual el Municipio pretende se declare nulo el Decreto N° 8/11. Tal hecho, no hace otra cosa más que aportar al estado confusión y duda que reviste el debate planteado en el presente proceso. Y, por eso, que no sea por la senda del amparo que corresponda su resolución.

Esta tutela lo que intenta es garantizar, en forma rápida y eficaz, derechos de raigambre constitucional bajo la consiguiente condición de que el acto al que se le atribuye la trasgresión exteriorice visiblemente arbitrariedad o ilegalidad, esto es, que sean manifiestas.

Cuando ello no se evidencia, resulta insatisfecho uno de los presupuestos indispensables para que proceda la vía elegida. De allí que la idónea será otro tipo de juicio, con amplitud de medios de prueba, plazos, etc., en salvaguarda de la garantía del debido proceso y defensa en juicio, de raigambre constitucional (Art. 18 Constitución Nacional).

XI. En virtud de todas las consideraciones vertidas hasta aquí, el recurso casatorio resulta procedente, con base en las causales previstas por los incisos b) y d) del Art. 15° de la Ley 1.406, por haber mediado infracción al Art. 1° y ccetes. de la Ley 1.981 y de la doctrina sentada en el caso “RIVAROLA CLARO”, en orden a la determinación de los presupuestos procesales que habilitan la acción de amparo; y en consecuencia, debe casarse el fallo de la Cámara de Apelaciones en Todos los Fueros de Zapala, de fs. 323/329 vta.

XII. De conformidad con lo prescripto por el Art. 17°, inc. c), de la Ley 1.406, y en función de que los elementos adquiridos en la causa son suficientes para fundar el dictado de un nuevo pronunciamiento, corresponde recomponer el litigio. Esto obliga a analizar los agravios vertidos ante la Alzada en el memorial de fs. 230/234 vta., que son replicados por la parte demandada a fs.

241/261, y que guardan concordancia con el extremo casado.

XIII. Por medio de ellos, la parte actora denuncia que el Decreto N° 8/11 es absolutamente ilegal pues deroga su similar N° 608/11 que goza de presunción de legitimidad y estabilidad.

En lo que atañe al extremo, ya fue tratado y desarrollado más arriba, a cuyos argumentos corresponde remitir por razones de brevedad.

Por consiguiente, se impone desechar todos los agravios de la apelante.

XIV. Y así, de conformidad a las consideraciones realizadas, corresponde rechazar –en orden a los tópicos aquí abordados– el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 230/234 vta., y confirmar en su totalidad la sentencia de Primera Instancia, obrante a fs. 218/223.

XV. Como corolario del desarrollo realizado en la recomposición, corresponde:

1.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 230/234 vta.; 2.- Confirmar en su totalidad la sentencia dictada en Primera Instancia, obrante a fs. 218/223. Todo, por los fundamentos aquí vertidos.

XVI. Que, con respecto a la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a escrutinio en este Acuerdo, atinente a las costas, en virtud de lo establecido por el Art. 279 del C.P.C. y C., corresponde readecuar las generadas en segunda instancia e imponerlas en cabeza de la actora perdidosa (Arts. 20 de la Ley 1.981 y 68 del C.P.C. y C.).

A la vez, aquellas vinculadas a esta etapa extraordinaria, también deben imponerse a la actora vencida (Arts. 68, C.P.C. y C., y 12° de la Ley 1.406), con lo que se responde a la tercera cuestión planteada al inicio.

Los honorarios serán regulados conforme las pautas prescriptas en la Ley 1.594. MIVOTO.

El señor presidente Dr. EVALDO D. MOYA, dice: Sin que implique mengua alguna del meditado voto del doctor Oscar E. Massei, coincido con los argumentos expuestos por el doctor Ricardo T. Kohon, así como también con las conclusiones a las que arriba en su no menos bien fundado voto. ASÍ VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, de conformidad Fiscal, y por mayoría, SE RESUELVE: 1°) Declarar PROCEDENTE el recurso de Casación por Inaplicabilidad de Ley deducido por la parte demandada Municipalidad de Chos Malal y en consecuencia, CASAR el decisorio dictado a fs. 323/329 por la Cámara de Apelaciones en Todos los Fueros de Zapala. 2°) En función de lo previsto por el Art. 17° de la Ley 1.406, recomponer el litigio, mediante el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 230/234 vta. y la confirmación en su totalidad de la sentencia de Primera Instancia, obrante a fs. 218/223. 3°) En virtud de lo establecido por el Art. 279 del C.P.C. y C. readecuar las costas generadas en segunda instancia e imponerlas en cabeza de la actora perdidosa (Art. 20 de la Ley 1.981 y 68 del C.P.C. y C.). Asimismo, imponer a la actora las correspondientes a la etapa extraordinaria, conforme lo considerado en el punto XVI. 4°) REGULAR los honorarios de los profesionales intervinientes doctores: ... y ... –letrados apoderados de la demandada– en la suma de PESOS ... (\$...) en conjunto; ... –apoderado de la actora– en la suma de ... (\$...) y ... –patrocinante de idéntica parte actora– en la suma de PESOS ... (\$...). 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. EVALDO D. MOYA - Presidente. Dr. RICARDO T. KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI

Dra. MARÍA T. GIMENEZ de CAILLET-BOIS - Secretaria

[Volver al índice](#)

[-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)



“DATES JOSÉ ANTONIO S/ SUCESIÓN AB-INTESTATO” – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil -
(Expte.: 45/2011) – Acuerdo: 02/14 – Fecha: 13/02/2014

DERECHO CIVIL: Procesos sucesorios.

SUCESIONES. DERECHOS HEREDITARIOS. BIENES INMUEBLES. TRANSMISIÓN DEL DOMINIO. INSCRIPCIÓN REGISTRAL. RECURSO DE NULIDAD EXTRAORDINARIO. CUESTION FIRME. FALTA DE MOTIVACION.

Resulta procedente el recurso de nulidad extraordinario articulado por los herederos declarados del causante contra la sentencia de Cámara que confirma un auto dictado por la Jueza de Primera Instancia que revoca de oficio una providencia firme, dictada por la misma magistrada siete meses antes y en la cual ordenaba la inscripción registral de bienes inmuebles a nombre de los herederos, en tanto se verifican causales de nulidad expresamente previstas por el Art. 18 de la Ley 1.406, esto es: decidir sobre cuestiones firmes y falta de motivación (Art. 238, segundo párrafo de la Constitución provincial), vicios que conculcan en forma inmediata y directa la garantía de defensa en juicio y el derecho de propiedad de los herederos.

La modificación intempestiva por parte del mismo Juzgado interviniente, de oficio, siete meses después de haberse dispuesto la inscripción de los bienes, y la convalidación de ello por parte de la Alzada, importan una extralimitación en las facultades resolutorias atribuidas a los órganos jurisdiccionales por el ordenamiento jurídico.

Carece de motivación lo señalado por el Ad quem respecto de que no se ha respetado el principio de bilateralidad, por cuanto en el marco de este trámite sucesorio, no existe una contienda que exija bilateralizar petición alguna con los adquirentes denunciados.

En el decisorio dictado por la Ad quem surge palmariamente la ausencia de una motivación eficaz, en tanto no se explicita cuál es la razón que impide la inscripción de los lotes, cuyo dominio está registrado en un 50% en cabeza del causante, a nombre de los herederos declarados en el juicio sucesorio, así como también se omite explicar por qué la suscripción de boletos de compraventa por parte del causante tiene como consecuencia que los referidos bienes no integren la herencia transmitida en los términos del Art. 3.279 del Código Civil, en virtud de lo cual el fallo se ve privado de razones suficientes para justificar la decisión.

Es contraria a derecho la decisión de la A quo de dejar sin efecto la orden de inscripción de los bienes – cuyo dominio está registrado en un 50% en cabeza del causante- a nombre de los herederos, alegando que ello podría vulnerar derechos constitucionales de terceras personas; por cuanto los herederos entraron en posesión de la herencia el día de la muerte del causante, continuando la persona del difunto (Arts. 3410 y 2475 del Código Civil), y por lo tanto, resultan propietarios, acreedores y deudores de todo lo que el fallecido lo era -exceptuando los derechos que no son transmisibles por sucesión- (Arts. 3417 y 3418 del Código Civil), lo que incluye, claro está, derechos y obligaciones emergentes de los referidos boletos de compraventa.

Al haberse efectivizado los contratos por instrumento particular en el que las partes se obligaron a suscribir escritura pública, no quedan concluidos como tales mientras aquella no sea firmada; pero quedan concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública (Art. 1185 del Código Civil). En consecuencia, no se advierte vulneración alguna a derechos de terceros, por cuanto la situación jurídica de estos últimos, en caso de ordenarse la inscripción de los lotes –que actualmente están inscriptos en cabeza del de cujus- a nombre de los herederos, no sufre modificación alguna. [...] toda eventual cuestión relativa a los boletos de compraventa obrantes en autos, habrá de dilucidarse por la vía procesal pertinente.

Texto completo:

ACUERDO N° 2: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los trece (13) días de febrero de dos mil catorce, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada con los señores vocales doctores RICARDO T. KOHON y OSCAR E. MASSEI con la intervención de la Secretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA T. GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS, para dictar



sentencia en los autos caratulados: “DATES JOSÉ ANTONIO S/ SUCESIÓN AB-INTESTATO” (Expte. N° 45 - año 2011), del Registro de la Secretaría actuante.

ANTECEDENTES: A fs. 296/312 ANA RITA COCCIA, por su propio derecho y en carácter de Curadora provisoria de bienes de su hijo JOSÉ IGNACIO DATES; y los herederos NICOLÁS LEONARDO DATES, LUCIANO DATES y ESTEFANÍA DATES, mediante apoderado, interponen recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley, contra la resolución dictada a fs. 278/281 vta. por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería –Sala III- de la ciudad de Neuquén, confirmatoria de la decisión de la Jueza de Primera Instancia de fs. 259, quien en el ejercicio de las facultades ordenatorias establecidas en el Art. 36 del C.P.C.y C., deja sin efecto el auto de fs. 257 que ordenaba la inscripción en el porcentaje de ley, del 50% de los inmuebles matrículas 28.378, 28.391, 28.392 y 28.370, por considerar que se podrían vulnerar derechos constitucionales de terceras personas.

A fs. 332 y 333 toman intervención los Sres. Defensor y Fiscal Subrogantes ante el Cuerpo, respectivamente.

A fs. 335/338 se declaran admisibles los recursos de Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de Ley, mediante Resolución Interlocutoria N° 240/11.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: 1) ¿Resultan procedentes los recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley? 2) En la hipótesis afirmativa, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el Dr. Ricardo T. KOHON, dice:

I. Considero pertinente efectuar una síntesis de los extremos relevantes de la causa, de cara a la impugnación extraordinaria deducida.

I. El presente proceso sucesorio de JOSÉ ANTONIO DATES es iniciado a fs. 11/vta. por ANA RITA COCCIA, por su propio derecho y el de sus hijos menores de edad NICOLÁS LEONARDO, LUCIANO, ESTEFANÍA y JOSÉ IGNACIO DATES.

Cumplidos los trámites de rigor, a fs. 33/vta. se dicta declaratoria de herederos, por la cual se resuelve declarar en cuanto ha lugar por derecho y sin perjuicio de terceros, que por fallecimiento de JOSÉ ANTONIO DATES, le suceden en carácter de universales herederos sus hijos: NICOLÁS LEONARDO, LUCIANO, ESTEFANÍA y JOSÉ IGNACIO y a su cónyuge ANA RITA COCCIA; también se le declara heredar en cuanto a los bienes propios si los hubiere, sin perjuicio de los derechos que la Ley le acuerda con respecto a los gananciales.

A fs. 69 ANA RITA COCCIA informa que el causante había vendido la parte que le correspondía de los lotes 7, 8, 29, 30, 44 y 65 que son parte del lote 5, Sección I, Departamento Confluencia. Adjunta boletos de compraventa a fs. 37/56.

A fs. 89/100 acompaña certificados de dominio de los lotes 44 y 7, que son parte de la subdivisión efectuada del lote 5, Sección I, Confluencia, y boletos originales. Solicita se ordene la inscripción a nombre de los compradores.

A fs. 120 se ordena librar oficio al Registro de la Propiedad Inmueble a esos fines.

A fs. 151 y vta. mediante Resolución Registral N° 12/94 se decide no hacer lugar al pedido de inscripción de los mencionados oficios judiciales: “[...] por no reunir los requisitos previstos por el Art. 1184, Inc. 1), del Código Civil, para las transmisiones de dominio sobre bienes inmuebles, no revestir las formas que legalmente corresponden para ese tipo de acto negocial y no servir, en consecuencia, de título inmediato al dominio según lo exigen los artículos 2 y 3 de la Ley 17.801”.

En virtud de ello, a fs. 172 la Sra. ANA RITA COCCIA solicita se la autorice a suscribir la escritura traslativa de dominio, lo que se dispone a fs. 172 vta.

A fs. 246/ vta. manifiesta que los lotes 8, 29 y 30 fueron vendidos a terceros por el causante pero no se escrituraron, por lo que decidieron inscribirlos a nombre de los herederos.

A fs. 248/255 vta. acompaña certificados de dominio de los lotes inscriptos bajo matrículas 28.370, 28.378, 28.391 y 28.392.

2. A fs. 257, el 14 de noviembre de 2007 el Juzgado ordena se proceda a la inscripción en el porcentaje de ley, del 50% de los inmuebles matrículas 28.378, 28.391, 28.392 y 28.370.

A fs. 258 obra constancia que acredita el retiro del expediente por el Dr. Alberto Oscar Targize el día 19 de noviembre de 2007.

3. A fs. 259, con fecha 5 de junio de 2008, el Juzgado dicta auto mediante el cual expresa que, reexaminando las actuaciones, surge que la Sra. ANA RITA COCCIA a fs. 69, manifestó que los lotes 7, 8, 29, 30, 44 y 65 fueron vendidos por el causante a terceros, por lo que dichos bienes no integraban el patrimonio del Sr. JOSÉ ANTONIO DATES al momento de su deceso, y que en consecuencia se solicitó la orden de inscripción de los bienes a nombre de los compradores.

Indica la A quo en la providencia que la Sra. ANA RITA COCCIA manifestó a fs. 246 que algunos lotes vendidos por el causante habían sido escriturados a favor de los adquirentes, y que otros no, y en relación a estos últimos solicita se libren oficios para inscribirlos a nombre de los herederos.

Finalmente, expresa la Magistrada que en uso de las facultades ordenatorias establecidas por el Art. 36 del C.P.C.y C., corresponde dejar sin efecto el auto de fs. 257, toda vez que se podrían vulnerar los derechos constitucionales de terceras personas.

4. A fs. 260/261 vta. la Sra. ANA RITA COCCIA por derecho propio y en representación de su hijo JOSÉ IGNACIO DATES, interpone recurso de reposición con apelación en subsidio contra el auto del 5 de junio de 2008.

A fs. 262 la revocatoria es admitida circunscripta al inmueble matrícula 28.378 y se concede la apelación deducida en subsidio, por los restantes agravios expresados.

A fs. 263/264 vta. reitera los agravios en que funda su apelación. Argumenta que el auto del 14 de noviembre de 2007 que ordena la inscripción de bienes quedó firme al notificarse su parte y presentar oficios para su ejecución. Afirmo que conforme el Art. 36, Inc. 3), del C.P.C.y C., una corrección no puede hacerse si ya hubo consentimiento de la parte, tal como sucedió en este caso y que el Juez carecía de competencia para cambiar su propia decisión.

Sostiene que mediante la resolución dictada el 4 de noviembre de 2007, la Jueza tomó una decisión y no puede retraerla por no tratarse de la corrección de un error material, sino de una decisión sobre un derecho.

Se agravia, además, por considerar que el auto recurrido viola los Arts. 3279, 3410, 3417, 3418, 2475 y concordantes del Código Civil.

Afirmo, que los lotes 8, 29 y 30, se encontraban inscriptos a nombre de JOSÉ ANTONIO DATES, como propietario en un 50% indiviso. Y que en consecuencia sus herederos tienen derecho a quedar en la misma posición que tenía el causante, correspondiendo la inscripción registral a su nombre.



Acota que no empece a ello, la denuncia sobre la venta de los lotes por parte del causante, ya que las relaciones entre los terceros adquirentes y los herederos deben dilucidarse por los carriles normales de todo contrato.

Asimismo, señala que los lotes se encuentran en posesión de los herederos del causante, y que los compradores nunca solicitaron la posesión, encontrándose habilitados para ello en los términos de la cláusula sexta de los boletos de compraventa.

Manifiesta que no tiene fundamento legal que el judicante pretenda reemplazar la voluntad de los herederos, ya que la función del juez del sucesorio es transmitir los derechos del causante a los herederos y no defender presuntos derechos de terceros.

Se agravia, también, porque las resoluciones de fecha 5 y 24 de junio de 2008 se dictaron como de mero trámite sin que se ordenara la notificación por cédula, y entiende que allí se han decidido derechos de los herederos.

5. A fs. 278/281 obra sentencia de Cámara que expresa que los argumentos expuestos en la apelación no resultan conducentes para lograr revocar el auto dictado en la instancia de grado.

En primer lugar, sostiene que la providencia de fs. 257 no autoriza a despojar al Juez del ejercicio de las facultades ordenatorias conferidas por el Art. 36 del Código Procesal. Máxime cuando en la inscripción peticionada por los herederos no se ha respetado el principio de bilateralidad que corresponde observar en todo tipo de procesos ante la posible existencia de intereses controvertidos.

Refiere que ello no justifica hacer prevalecer lo formal por sobre lo sustancial, y que el cumplimiento de lo ordenado en tal providencia podría llegar a vulnerar derechos constitucionales a la propiedad y defensa en juicio de compradores denunciados oportunamente por los propios peticionantes de la inscripción.

En segundo término, señala que la pretensión esgrimida la recurrente, circunscripta a que se ordene la inscripción a nombre de los herederos del 50% de los lotes N° 8, 29 y 30, resulta palmariamente incompatible con las manifestaciones realizadas en los escritos de fs. 69 y 135, cuando la Sra. ANA MARIA COCCIA expresó que tales lotes habían sido vendidos por el causante, solicitó la inscripción a nombre de los compradores y prestó conformidad con la venta en los términos del Art. 1277 del Código Civil.

Finalmente, expresa que el auto de fs. 259 no implica violación de los preceptos legales mencionados por los recurrentes, ya que tales bienes, en función de los contratos de compraventa adjuntados, han sido enajenados por el causante, y en consecuencia, no pueden transmitirse a los herederos. Por lo que no se encuentran alcanzados por el Art. 3279 del Código Civil al tratarse de bienes ajenos a la transmisión mortis causa.

6. A fs. 296/312 ANA RITA COCCIA, por su propio derecho y en su carácter de Curadora provisoria de bienes de su hijo JOSÉ IGNACIO DATES, y NICOLÁS LEONARDO DATES, LUCIANO DATES y ESTEFANÍA DATES, mediante apoderado, deducen recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley.

El recurso por Inaplicabilidad de Ley se funda en la errónea interpretación y aplicación de la ley en la sentencia de Cámara.

En primer lugar, los recurrentes se agravian porque el fallo sostiene que los bienes cuya inscripción se solicitó no son parte del patrimonio transmitido por el causante, y por ello, no se encuentran alcanzados por el Art. 3279 del Código Civil.

Afirman que la norma es interpretada errónea o lisa y llanamente no es aplicada, ya que establece que el heredero recibe todos los derechos activos y pasivos del fallecido, o dicho de otra manera, reemplaza a este último en todo aquello en que era propietario, acreedor o deudor.

Dicen que el causante, como propietario y vendedor en los boletos de compraventa de los lotes 8, 29 y 30, tenía en vida obligaciones y derechos: derecho a percibir el precio, a mantener la posesión hasta que se escriturara a favor de los compradores, debía escriturar una vez abonada una parte del precio, y tenía la obligación de pagar los tributos del lote hasta el momento de las escrituración.

Refieren que si Dates estuviera con vida, habiéndose abonado el precio pero nunca solicitado la posesión ni la escrituración, y dado los esfuerzos infructuosos para que los compradores las obtuvieran, el paso del tiempo habría modificado los derechos y obligaciones autorizándolo a oponer la prescripción de la acción.

Sostienen que, en definitiva, al momento de la muerte, José Antonio Dates tenía respecto a los lotes 8, 29 y 30, derechos y obligaciones emergentes de los artículos 3279, 2475 y 3417 del Código Civil, que pasaron a sus herederos y cónyuge supérstite.

Afirman que no hay en la sentencia en crisis ningún fundamento que permita sostener que aquellos derechos y obligaciones no puedan ser transferidos a sus herederos.

Imputa arbitrario desconocimiento del derecho.

Se interrogan acerca de cómo es posible que cónyuge y herederos no tengan ningún derecho sobre los lotes 8, 29 y 30, cuando tienen la posesión del 50% indiviso en virtud de los artículos 3279, 2475, 3417 y 3410 del Código Civil.

Advierten que de no inscribirse el dominio de los tres lotes a nombre de los herederos, continuarán indefinidamente en titularidad del causante.

Señalan que a la fecha de su muerte, el Sr. JOSÉ ANTONIO DATES tenía derechos y obligaciones referentes a los lotes 8, 29 y 30 que eran transmisibles a sus herederos y que la sentencia no exhibe ningún fundamento por el cual ello no deba ser así.

Se preguntan por qué motivo la manifestación que realizaron en el expediente hace diecisiete años respecto de que los referidos bienes fueron vendidos por el causante, hace que pierdan todo derecho.

Entienden que se trata de una resolución irrazonable y arbitraria.

Asimismo, argumentan que los jueces se han erigido en legisladores al limitar sus derechos no sólo como herederos y cónyuge del causante, sino también por el transcurso del tiempo, conforme la legislación vigente.

Destacan que han pasado más de veinte años desde que se firmaron los boletos de compraventa, más de quince desde que los herederos pidieron que los lotes se escrituraran a nombre de los compradores, y que ha operado la prescripción liberatoria de la obligación de escriturar y de la acción relativa a la entrega de la posesión.

Luego, consideran que es errónea la aplicación de la doctrina de los actos propios, del principio de bilateralidad y del Art. 36, Inc. 3°, del Código Procesal.

Destacan que la Alzada utiliza argumentos incorrectos y que no están referidos al agravio expresado por su parte con relación a que el Art. 36 del ritual no autoriza a revocar una resolución firme.

Fundan el recurso de Nulidad Extraordinario y solicitan que la decisión dictada por la Cámara sea revocada porque admite que se modifique una decisión que se encontraba firme, y también porque el fallo no está debidamente fundado en los términos prescriptos en el Art.



166, 2º párrafo, de la Constitución Provincial.

II. Ingresando en el análisis de los agravios vertidos por la recurrente, se ha de despejar la primera cuestión planteada sujeta a votación – procedencia o improcedencia del remedio de Nulidad Extraordinario- pues, si surgiera la invalidez de la sentencia, la consideración y tratamiento del recurso por Inaplicabilidad de Ley carecería de sustento. (cfr. Ac. 108/94, 117/95, 111/98, 04/03, 23/04, 9/12, 31/12, 4/13, 29/13, 56/13 del registro de la Actuaría).

La recurrente imputa al pronunciamiento dictado por la Cámara de Apelaciones vicios previstos en el Art. 18 de la Ley 1.406, al considerar que resuelve sobre cuestiones que se hallaban firmes y también que omite lo preceptuado por el Art. 166, segundo párrafo, de la Constitución Provincial (actual Art. 238, segundo párrafo).

A través de dicho precepto han quedado comprendidas, según la célebre clasificación de Genaro CARRIÓ, las causales de arbitrariedad susceptibles de descalificar el acto jurisdiccional, y que dicho autor enuncia de la siguiente forma: a) concernientes al objeto o tema de la decisión; b) concernientes a los fundamentos de la decisión; y c) concernientes a los efectos de la decisión (aut. cit. y ALEJANDRO D. CARRIÓ, El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria, 3ª edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, págs. 57/59).

I. Inicialmente corresponde analizar si en el fallo impugnado se evidencia el primer vicio que se le imputa, consistente en pretender dejar sin efecto decisiones anteriores firmes.

Se trata de una sentencia de Cámara que confirma la providencia dictada por la Jueza de Primera Instancia en fecha 5 de junio de 2008 (fs. 259), por la que revoca de oficio el auto que emitió el 14 de noviembre de 2007 (fs. 257).

Cabe señalar que este proveído estaba firme, por haberse notificado los herederos con el retiro del expediente por parte de su letrado, el 19 de noviembre de 2007 (fs. 258), sin deducirse recurso alguno en tiempo y forma.

Si, como señala el Art. 3279 del Código Civil: “La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla”, el auto referido –no obstante su carácter de providencia simple- resolvió justamente sobre el objeto de este proceso judicial, al ordenar que los bienes inmuebles que se encontraban registrados en un 50% en cabeza del causante, fueran inscriptos a nombre de los herederos declarados, en la proporción de ley.

La norma del Art. 36 del C.P.C. y C. invocada en la decisión recurrida, en ninguno de sus incisos habilita al magistrado a revocar de oficio un decisorio firme y resolver en sentido contrario, temperamento exorbitante que, sin lugar a dudas, difiere del ejercicio de facultades ordenatorias e instructorias del proceso.

En ese aspecto, cabe señalar que el Inc. 3º del artículo mencionado, faculta a la judicatura a corregir algún error material o suplir cualquier omisión de la sentencia acerca de las pretensiones deducidas en el litigio. Empero, esta facultad se encuentra sujeta a una doble condición: a) que la enmienda o agregado no altere lo sustancial de la decisión; y b) que la decisión no hubiere sido consentida por las partes.

Mas, en el caso que se analiza, como ya se ha dicho, la modificación operada por el auto revocatorio, confirmado por la sentencia dictada en la Alzada, sustituye la decisión por una de signo contrario, amén de tratarse de una cuestión que ya había adquirido firmeza.

No obsta a ello el argumento esbozado por la Cámara para avalar tal conducta, referido a que en la inscripción peticionada por los herederos no se ha respetado el principio de bilateralidad que corresponde observar en todo tipo de procesos ante la posible existencia de intereses controvertidos. Tampoco lo señalado en orden a que tal providencia podría llegar a vulnerar derechos constitucionales (de propiedad y defensa en juicio) de los compradores denunciados oportunamente por los propios peticionantes de la inscripción.

Y es que el ordenamiento ritual estructura un proceso compuesto por etapas preclusivas, y las resoluciones judiciales una vez que adquieren firmeza no pueden ser dejadas sin efecto, con prescindencia de su acierto o error. Tal es un presupuesto esencial para lograr la realización de la seguridad jurídica a través de un debido proceso.

Paradójicamente, una alternativa distinta, que habilitara a la judicatura a revocar sus decisiones, aun cuando éstas hubieren sido consentidas por las partes, vulneraría gravemente el derecho de propiedad y de defensa en juicio, que asiste –en este caso- a los herederos.

Así pues, la Cámara, al rechazar la apelación y confirmar el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia el 5 de junio de 2008, desconoce el límite impuesto por el pronunciamiento del 14 de noviembre de 2007 (fs. 257), y por el cual la Magistrada ordenó la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble -a nombre de los herederos- de los bienes inmuebles cuya titularidad dominial registral en un 50% indiviso se encontraba en cabeza del causante.

Cabe tener presente que esta última disposición importó el acogimiento de la pretensión de los herederos de fs. 246, y a partir de su notificación y no objeción en tiempo y forma, quedó firme y consentida, no pudiendo ser ya objeto de revisión.

En tales condiciones, se observa que la modificación intempestiva por parte del mismo Juzgado interviniente, de oficio, siete meses después de haberse dispuesto la inscripción de los bienes (fs. 259), y la convalidación de ello por parte de la Alzada (fs. 278/281), importan una extralimitación en las facultades resolutorias atribuidas a los órganos jurisdiccionales por el ordenamiento jurídico.

El vicio que se evidencia se remite a la decimotercera causal de arbitrariedad enunciada por Genaro y Alejandro Carrió, en su obra citada ut supra, ello es: “Pretender dejar sin efecto decisiones anteriores firmes.” (ibid, T.I, pág. 291 y sgtes.).

A este grupo de supuestos pertenece, precisamente, el primer caso en que la Corte Nacional tuvo oportunidad de emplear positivamente la herramienta que proporciona la llamada doctrina de las sentencias arbitrarias. Se trata del caso “Storani de Boidanich” (184:137:26.9.939), en el que se sostuvo: “Que la resolución apelada al decidir, so pretexto de haberse incurrido en error en la sentencia definitiva y firme, que la indemnización acordada por ésta a la viuda y a los tres menores solo debe acordarse a aquella y a uno de estos, no solo incurre en manifiesta violación de las disposiciones de la ley procesal acerca de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada (Art. 222, Código supletorio) sino que se aparta del cumplimiento de la Ley para privarlos arbitrariamente de un derecho incorporado a su patrimonio, cuya inviolabilidad está asegurada por disposiciones expresas de la Constitución Nacional (art. 17).” (Carrió, Genaro y Alejandro, ibid, T.º I, pág. 292).

En otro señero fallo, nuestro Máximo Tribunal afirmó: “La revocatoria de una sentencia o resolución firme, aunque se invoque error al dictarse ésta, afecta a la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, garantizada por el Art. 17 de la Constitución Nacional, por cuando la estabilidad de las sentencias judiciales es exigencia que atañe al orden público y tiene, además jerarquía constitucional.” (Bemberg, Otto Sebastián y otra succ. (237:563:10.5.957).

Por lo expuesto, concluyo que el vicio que consiste en resolver sobre cuestiones que se hallan firmes, se evidencia presente en el fallo recurrido y motiva por sí, su nulidad (Art. 18 Ley 1.406).



2. Se suma a lo precedente, que también se verifica el incumplimiento del decisorio con lo preceptuado por el Art. 238, 2do. párrafo, de la Constitución provincial, que establece: “Las sentencias deben ser motivadas bajo pena de nulidad”.

Y es que el fallo bajo análisis exhibe un fundamento solo aparente y se sustenta en afirmaciones dogmáticas.

Tal falencia esencial impone su anulación, por cuanto es presupuesto de validez de los fallos judiciales que ellos sean derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias de la causa, sin que basten a tal fin las meras apreciaciones subjetivas del juzgador ni los argumentos carentes de contenido (Fallos: 236:27, 327:5456 entre muchos otros).

En primer lugar, resulta dogmático pretender justificar la confirmación del auto que revoca la providencia de fs. 257, alegando que el cumplimiento de esta última: “[...]podría llegar a vulnerar derechos constitucionales (a la propiedad y defensa en juicio) de los compradores[...]” (cfr. fs. 280).

Ello así, pues se trata de una mera hipótesis, de carácter genérico, que se evidencia insuficiente para dar fundamento eficaz a la decisión judicial del caso concreto.

En efecto, no se ofrece la razón de lo afirmado. Puntualmente: no se expresa cuál es la vulneración invocada, cómo y de qué manera se produce. Tampoco se menciona la pertinencia de introducir una cuestión ajena a este juicio sucesorio.

Similar defecto, reviste lo señalado por el Ad quem respecto de que no se ha respetado el principio de bilateralidad, por cuanto en el marco de este trámite sucesorio, no existe una contienda que exija bilateralizar petición alguna con los adquirentes denunciados.

Luego, también carece de motivación lo afirmado acerca de que la petición de los herederos para que se inscriba a su nombre el 50% de los inmuebles en cuestión, es incompatible con la denuncia -por ellos efectuada anteriormente- referida a que los bienes habían sido vendidos mediante boleto por el causante.

Ello, por cuanto no se explicita cuál es la razón que impide la inscripción de los lotes, cuyo dominio está registrado en un 50% en cabeza del causante, a nombre de los herederos declarados en el juicio sucesorio.

Idéntica falencia reviste lo dicho en el pronunciamiento recurrido, acerca de que tales bienes inmuebles no se encuentran alcanzados por el Art. 3279 del Código Civil a los fines de ser considerados como parte integrante del patrimonio transmitido, por haber sido enajenados por el causante mediante boleto de compraventa.

Se omite explicar por qué la suscripción de boletos de compraventa por parte del causante tiene como consecuencia que los referidos bienes no integren la herencia transmitida en los términos del Art. 3.279 del Código Civil.

Cabe señalar que las afirmaciones dogmáticas precedentes, sobre las que se asienta la decisión del Ad quem, carecen de base normativa y fáctica, y sólo se basan en la voluntad de los jueces.

Se trata de aseveraciones sin sustento, que impiden conocer cómo se ha llegado a ellas, en tanto se ha omitido la necesaria justificación.

Conforme la doctrina sentada por el Cuerpo, la motivación de la sentencia constituye el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho, en los cuales el juez apoya su decisión en salvaguarda de la garantía de defensa en juicio (confr. Acuerdos N° 34/97, 29/98 y 5/99 del registro de esta Secretaría).

Respecto de la conculcación del deber constitucional de motivar los actos del Estado, habré de reiterar los argumentos expresados en oportunidad de emitir mi voto en el Ac. 1/10 “AEBERT” del registro de la Actuaría.

Allí sostiene, que en el plano nacional, la doctrina especializada entiende que este deber dimana de las diversas cláusulas de la Constitución Nacional: del propio Preámbulo, cuando se propone como objeto afianzar la justicia y de los Arts. 1° -establece el sistema republicano y representativo de gobierno-, 18° -garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos-, 19° -declara que todo sujeto sólo puede ser obligado cuando lo manda la ley-, 28° - establece el principio de razonabilidad-, y también en el 31° -que impide apartarse del orden jurídico allí dispuesto-.

Y en el ámbito local, como ya se ha dicho, nuestra Constitución Provincial es explícita y clara cuando prescribe en el Art. 238, segundo párrafo, que las sentencias deben ser motivadas bajo pena de nulidad.

Esta obligación constitucional exige la exposición de las justificaciones o motivos que llevan a una conclusión y la respaldan. Su satisfacción demanda reseñar los hitos principales que conforman el razonamiento y que preceden al enunciado final.

Es que el deber de motivar encuentra su justificación, tanto desde su aspecto público como del privado.

En el aspecto público, un sistema de gobierno republicano importa que el poder desplegado por el Estado -y claro está, del juez, en tanto órgano de éste- no resulte arbitrario.

Precisamente, la motivación constituye la garantía que el ordenamiento jurídico brinda a los individuos para que el poder se desenvuelva racionalmente y dentro de cauces limitados. Justifica el modo en el que se desarrolla, en tanto permite conocer las razones que lo llevaron a juzgar que esa forma de actuar es la correcta o aceptable (cfr. Marina Gascón Abellán, en Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 2004, segunda edición, pág. 189 y sgtes.).

Además de entenderse como una exigencia técnica, también se la ve como el fundamento mismo de la legitimidad de los jueces. La actuación del poder concedido a estos, fundamentalmente a través de la sentencia, resultará legítima en tanto quede plasmada la racionalidad que guió su desarrollo, desde las premisas hasta la resolución final. De esa manera no se presentará como fruto de la arbitrariedad (ibid, pág. 192).

Por lo demás, la trascendencia de la motivación cobra relevancia en un Estado democrático. Entendida la decisión judicial como un acto público, pues deriva del ejercicio de un poder público, la justificación le permite, a la comunidad, la fiscalización de las razones dadas por el juez.

En cuanto al aspecto privado sobre el que se proyecta el imperativo constitucional de fundar las sentencias, está ligado a las partes directamente afectadas por la resolución.

Para éstas, la motivación constituye una garantía que tiende a asegurar su derecho de defensa en juicio y debido proceso. La justificación posibilita a los justiciables el ejercicio de las vías de impugnación, cuando no se conformen con las razones aportadas por el juez.

El ejercicio pleno del derecho de recurrir demanda que el juez explicité los motivos por los cuales ha fallado en un sentido y no en otro. De lo contrario, la parte afectada verá licuado cualquier intento de criticar el resolutorio y, por ende, de explicar su disconformidad ante la instancia revisora. Como correlato, esta última también se verá impedida de cumplir adecuadamente con su tarea de contralor.

Se concluye, que en el decisorio dictado por la Ad quem surge palmariamente la ausencia de una motivación eficaz, pues resultan los vicios detectados de tal entidad, que el fallo se ve privado de razones suficientes para justificar la decisión.



Por todo lo expuesto, y en tanto se verifican causales de nulidad expresamente previstas por el Art. 18 de la Ley 1.406, esto es: decidir sobre cuestiones firmes y falta de motivación (Art. 238, segundo párrafo de la Constitución provincial), no puede reputarse constitucionalmente válido el pronunciamiento judicial en crisis, resultando imperativa su descalificación, por adolecer de vicios que conculcan en forma inmediata y directa la garantía de defensa en juicio y el derecho de propiedad de los herederos.

En consecuencia, corresponde declarar procedente el recurso de nulidad extraordinario deducido por ANA RITA COCCIA, por sí y en su carácter de Curadora provisoria de bienes de JOSÉ IGNACIO DATES, y por NICOLÁS LEONARDO DATES, LUCIANO DATES y ESTEFANÍA DATES a fs. 296/312, e invalidar, en consecuencia, el pronunciamiento recurrido.

Ello así, deviene abstracto el tratamiento del recurso incoado por Inaplicabilidad de Ley.

III. A la segunda cuestión planteada, habrá de recomponerse el litigio en los términos del Art. 21° de la Ley N° 1.406, haciendo lugar a la apelación deducida, y por consiguiente, revocar el auto dictado por la Jueza de Primera Instancia en fecha 5 de junio de 2008 y disponer el cumplimiento del auto de fecha 14 de noviembre de 2007.

Se arriba a tal conclusión, en el marco de los agravios expresados por la recurrente y a los que seguidamente se da tratamiento.

En primer lugar, sostiene la quejosa que la norma del Art. 36 del C.P.C. y C., invocada por la Jueza de Primera Instancia, no la habilita a dejar sin efecto el auto dictado el 14 de noviembre de 2007.

El tópico ha sido analizado precedentemente in extenso, concluyéndose que carece la magistrada de facultades que la autoricen a revocar de oficio un auto firme, por lo que en honor a la brevedad me remito al punto II.1 y 2, del presente y concluyo que el cuestionamiento debe tener favorable acogida.

En cuanto al agravio referido a la violación de los artículos 3274, 3410, 3417, 3418, 2475 y cctes. del Código Civil, también asiste razón a la recurrente.

Ello así, en tanto resulta contraria a derecho la decisión de la A quo de dejar sin efecto la orden de inscripción de los bienes –cuyo dominio está registrado en un 50% en cabeza del causante- a nombre de los herederos, alegando que ello podría vulnerar derechos constitucionales de terceras personas.

A efectos de analizar adecuadamente el caso, cabe señalar que los herederos entraron en posesión de la herencia el día de la muerte del causante JOSÉ ANTONIO DATES, continuando la persona del difunto (Arts. 3410 y 2475 del Código Civil), y por lo tanto, resultan propietarios, acreedores y deudores de todo lo que el fallecido lo era –exceptuando los derechos que no son transmisibles por sucesión- (Arts. 3417 y 3418 del Código Civil), lo que incluye, claro está, derechos y obligaciones emergentes de los referidos boletos de compraventa.

Corresponde destacar que fue la cónyuge superviviente quien denunció la existencia y acompañó en 1992 los boletos de compraventa suscriptos en 1987 por el causante respecto del 50% indiviso que le correspondía de los lotes 7, 8, 29, 30, 44 y 65 que son parte del Lote 5 Sección I, en cada caso a favor de varios adquirentes en distintos porcentajes.

Conforme la normativa aplicable, los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles en propiedad debe ser hecho por escritura pública (Art. 1184, Inc. 1° del Código Civil). Solamente se juzgan perfeccionados mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble y no resultan oponibles a terceros mientras no estén registrados (Art. 2505 Código Civil).

Así, al haberse efectivizado los contratos por instrumento particular en el que las partes se obligaron a suscribir escritura pública, no quedan concluidos como tales mientras aquella no sea firmada; pero quedan concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública (Art. 1185 del Código Civil).

A propósito de ello, en los boletos de compraventa obrantes en autos, se acordó que los compradores podrán solicitar el otorgamiento de la posesión y escrituración traslativa del dominio a su favor una vez abonado, como mínimo, el veinticinco por ciento (25%) del precio total (cláusula sexta).

Cabe tener presente que la norma del Art. 1187 del Código Civil establece que la obligación de escriturar será juzgada como una obligación de hacer, y la parte que se resistiere a hacerlo podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública, bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas e intereses.

Es menester señalar que los acreedores de la herencia gozan, contra los sucesores, de los mismos medios de ejecución que contra el difunto (Art. 3432 del C.C.), es que los herederos ocupan, respecto de los boletos de compraventa adjuntados en autos, la misma situación jurídica que el causante en vida.

En consecuencia, no se advierte vulneración alguna a derechos de terceros, por cuanto la situación jurídica de estos últimos, en caso de ordenarse la inscripción de los lotes –que actualmente están inscriptos en cabeza del de cujus- a nombre de los herederos, no sufre modificación alguna.

Vale acotar, que en este trámite sucesorio se cumplió oportunamente con la citación mediante edictos (fs. 25/28), sin que se presentaran acreedores.

En esta instancia, cabe considerar que el proceso sucesorio tiene entre sus finalidades la de reestablecer la seguridad jurídica respecto del patrimonio de la persona fallecida. Para ello, tiende a la determinación objetiva de los bienes dejados por el causante y de las personas que deberán heredarlo, debiendo el interesado en satisfacer otra pretensión, promover las acciones a las cuales se crea con derecho por la vía correspondiente. (conf. MEDINA, Graciela, Proceso sucesorio, T.I., segunda edición actualizada, Santa Fe, 2006, Rubinzal Culzoni, pág. 34).

Consecuentemente, toda eventual cuestión relativa a los boletos de compraventa obrantes en autos, habrá de dilucidarse por la vía procesal pertinente.

En razón de los fundamentos precedentes, cabe afirmar que los derechos y obligaciones que el causante tenía respecto de los lotes en cuestión, forman parte del acervo hereditario y por lo tanto, han sido transmitidos a sus herederos, quienes se encuentran en posesión de ellos a partir del momento del fallecimiento de JOSÉ ANTONIO DATES, resultándoles aplicables las normas sustantivas civiles que rigen la materia sucesoria.

También es importante considerar, que el hecho de que los herederos solicitaran en 1992 la inscripción de los inmuebles –lote 7, 8, 29, 30 y 44- a nombre de quienes los adquirieron por boleto de compraventa, y que no se haya concretado en lo que respecta a los lotes 8, 29 y 30, en nada obsta a que en 2007 (15 años después), pidieran la inscripción a su nombre, en un todo de acuerdo con lo previsto por el Art. 3279 del Código Civil.

En último término, sobre el agravio referido a que la cuestión fue resuelta en una providencia de mero trámite, no se advierte que ello



cause gravamen actual a la recurrente, ya que no se ha visto privada de utilizar los medios de impugnación previstos por el ordenamiento procesal.

Por todo lo expuesto, en virtud de lo establecido en el Art. 21 de la Ley 1.406, corresponde hacer lugar a la apelación deducida, revocar el auto de fecha 5 de junio de 2008 (fs. 259) por los fundamentos explicitados supra y disponer se cumpla con lo ordenado mediante la providencia de fecha 14 de noviembre de 2007 (fs. 257).

IV. Finalmente, con relación a la tercera de las cuestiones planteadas, atento la inexistencia de contradicción y la forma en que se resuelve, favorable a la única recurrente, corresponde disponer sin costas (Arts. 68, in fine, del C.P.C. y C. y 12 L.C.), difiriendo la regulación de honorarios para el momento en que se cuente con pautas para ello. Ordenar la devolución del depósito de fs. 295, en virtud de lo normado por el Art. 11° de la Ley Casatoria.

V. Que en virtud de lo expuesto, propongo al Acuerdo: 1°) Declarar procedente el recurso de Nulidad Extraordinario deducido por ANA RITA COCCIA, por sí y en carácter de Curadora provisoria de bienes de JOSÉ IGNACIO DATES y por NICOLÁS LEONARDO DATES, LUCIANO DATES Y ESTEFANÍA DATES a fs. 296/312, contra el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería – Sala III- obrante a fs. 278/281, nulificando dicho fallo, por las causales previstas en el Art. 18° de la Ley 1.406, con base en los fundamentos aquí expuestos. 2°) Por imperio de lo dispuesto en el Art. 21° del ritual casatorio, RECOMPONER el litigio, haciendo lugar a la apelación deducida y en consecuencia, REVOCAR el auto de fecha 5 de junio de 2008 (fs. 259) por los fundamentos expuestos en los considerandos y disponer se cumpla con lo ordenado mediante la providencia de fecha 14 de noviembre de 2007 (fs. 257).

3°) Sin costas, atento lo explicitado en el punto IV. (Arts. 68, in fine, del C.P.C. y C. y 12° de la Ley 1.406), difiriendo la regulación de honorarios para el momento en que se cuente con base para ello. 4°) Disponer la devolución del depósito de fs. 295, en virtud de lo prescripto por el Art. 11° de la Ley Casatoria. VOTO POR LA AFIRMATIVA.

El señor Vocal doctor OSCAR E. MASSEI, dice: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor Ricardo T. KOHON y la solución a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MIVOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, SE RESUELVE: I. Declarar PROCEDENTE el recurso de NULIDAD EXTRAORDINARIO deducido por ANA RITA COCCIA, por sí y en carácter de Curadora provisoria de bienes de JOSÉ IGNACIO DATES y por NICOLÁS LEONARDO DATES, LUCIANO DATES Y ESTEFANÍA DATES a fs. 296/312, contra el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería – Sala III - obrante a fs. 278/281, nulificando dicho fallo, por las causales previstas en el Art. 18° de la Ley 1.406, con base en los fundamentos expresados en los considerandos. II. Por imperio de lo dispuesto en el Art. 21° del ritual casatorio, RECOMPONER el litigio, haciendo lugar a la apelación deducida y en consecuencia, REVOCAR el auto de fecha 5 de junio de 2008 (fs. 259) por los fundamentos expuestos y disponer se cumpla con lo ordenado mediante la providencia de fecha 14 de noviembre de 2007 (fs. 257).

III. Sin costas, atento lo explicitado en el punto IV. (Arts. 68, in fine, del C.P.C. y C. y 12° de la Ley 1.406), difiriendo la regulación de honorarios para el momento en que se cuente con base para ello. IV. Disponer la devolución del depósito de fs. 295, en virtud de lo prescripto por el Art. 11° de la Ley Casatoria. V. 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 Actuaría, que certifica.
Dr. RICARDO T. KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI

[Volver al índice](#) - [Por Organismo](#)
- [Por Tema](#)
- [Por Carátula](#)

"COMASA S.A. C/ CHROMU S.A. S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil - (Expte.: 215/2009) – Acuerdo: 01/14 – Fecha: 13/02/2014

DERECHO CIVIL: Contratos.

LOCACION DE OBRA. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. DAÑOS Y PERJUICIOS. RESCISION DEL CONTRATO. MONTO INDEMNIZATORIO. REDUCCION. RECURSO DE NULIDAD EXTRAORDINARIO. INCONGRUENCIA. EXTRALIMITACION.

Deviene improcedente el recurso de Nulidad Extraordinario deducido por la parte actora contra la sentencia de Cámara, endilgándole incongruencia por extralimitación, al tener en cuenta al momento de liquidar los daños y perjuicios producto de la rescisión de un contrato, las deducciones que se derivan de las adecuaciones presupuestadas por un Ingeniero civil -montos que tuvo que afrontar para solucionar defectos de construcción y concluir la obra-, sin que ello hubiera sido invocado por la demandada en sus agravios, en violación al principio de cosa juzgada y de los derechos de propiedad y defensa en juicio; en tanto existe una correspondencia entre lo resuelto en la sentencia en crisis, y la pretensión oportunamente articulada en la reconvención e invocada por la apelante en su expresión de agravios.

Texto completo:

ACUERDO N° I. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los trece (13) días de febrero de dos mil catorce, 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 secretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA T. GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS, para dictar sentencia en los autos caratulados: "COMASA S.A. C/ CHROMU S.A. S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS" (Expte. N° 215 - año 2009), del Registro de la Secretaría actuante.

ANTECEDENTES: A fs. 605/614 la actora –COMASA S.A.- mediante apoderado, interpone recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley, contra la sentencia dictada, a fs. 598/601 vta., por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería – Sala I- de la ciudad de Neuquén, que confirma en lo principal la decisión de Primera Instancia reduciendo el monto de condena a la suma de \$69.217,76.

El impugnante denuncia que el pronunciamiento es incongruente por extralimitación y que vulnera las garantías de defensa en juicio y propiedad.

Explica que se ha concedido algo diferente a lo pretendido por la demandada, en la expresión de agravios.

Sostiene que la accionada no invocó como agravio las deducciones que se derivan de las adecuaciones presupuestadas por el Ing. Jensen a fs. 417, y sí lo hizo la Cámara sentenciante cuando existe impedimento legal para ello.

Por vía de Inaplicabilidad de Ley, con fundamento en el Art. 15, Inc. a), de la Ley 1.406 señala que el fallo viola el Art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial y sostiene que el escrito de expresión de agravios no cumple la normativa en tanto intenta hacerlo a través de meras desconformidades con lo decidido, sin argumentar en derecho los agravios de la sentencia apelada.

Señala, también, que la Alzada ha omitido tratar el pedido de deserción solicitado por su parte.

Concluye formulando reserva del caso federal.

Corrido el traslado de ley, la contraria lo contesta a fs. 617/621 vta.

Peticiona se declaren inadmisibles los recursos y, en su defecto, se los rechace, con la consecuente confirmación de la sentencia de la Alzada, todo ello con costas.

A fs. 639/641, por Resolución Interlocutoria N° 51/11 este Cuerpo declara admisible el recurso de Nulidad Extraordinario e inadmisibles el de Inaplicabilidad de Ley.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: 1) ¿Resulta procedente el recurso de Nulidad Extraordinario? 2) Y en la hipótesis afirmativa, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el Dr. Oscar E. MASSEI, dice:

I. Considero pertinente efectuar una síntesis de los extremos relevantes de la causa, de cara a la impugnación extraordinaria deducida.

I. Las presentes actuaciones, son iniciadas por la empresa constructora COMASA S.A. contra la firma CHROMU S.A., por cobro de pesos y daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual.

La actora relata que su relación comercial con la demandada comienza el 2 de marzo de 2005 cuando le presenta el presupuesto para la obra de ampliación del segundo piso de las oficinas del edificio sito en calle Teodoro Planas N° 4553 de la ciudad de Neuquén.

Expone que la accionada confirma la decisión de contratar la realización de los trabajos, y abona el anticipo financiero del 10% del valor de la obra acordado a fin de dar comienzo a la construcción.

Señala que la obra se inicia el 21 de marzo de 2005, fiscalizada por parte de Chromu S.A. por el Ing. Miguel Sachssendahl y que se desarrolla normalmente, incluso cuando por nota N° 2 del 01/04/05 se le informa sobre trabajos adicionales a ejecutar.

Expresa que a través del certificado N° 1, quedan plasmados los trabajos realizados hasta el 30 de abril de 2005, documentación que aprueba y firma la demandada.

Dice que al realizar las obras correspondientes al segundo certificado y mientras corría el plazo para que la accionada abone el primero, recepciona nota de Chromu S.A. manifestando que por no haberse respetado la fachada del edificio, suspende la obra hasta que la empresa constructora presente una alternativa.

Sostiene que su parte contesta la nota y rechaza la decisión unilateral de frenar la obra, ya que aquellos cambios habían sido informados y consensuados, respondiendo a adecuaciones técnicas para ensamblar la obra nueva con el edificio existente.

Narra los inconvenientes acaecidos a partir de entonces, intercambio de notas y reuniones entre las partes referidas a la continuidad de los trabajos.

Asimismo, se expone respecto del incumplimiento del pago correspondiente a los certificados emitidos por su empresa constructora, que iban dando cuenta de los avances de obra.

Luego, refiere que el 29 de junio de 2005, remite a la demandada carta documento, rescindiendo el contrato por exclusiva responsabilidad de la empresa Chormu S.A., al no abonar el saldo adeudado de certificado N° 1, y por su negativa a reconocer los trabajos reflejados en el certificado N° 2.

Expresa que a su vez, el 15 de julio de 2005, su parte recibe carta documento, por la cual la accionada comunica que rescinde el contrato celebrado.

Reclama la actora en concepto de indemnización por daño material -saldo certificado N° 1, certificado N° 2, interés de certificado N° 1, mano de obra improductiva del mes de junio de 2005- la suma de \$98.365,48 (saldo certificado 1: \$26.991,74; certificado 2: \$67.280,32; intereses: \$527,15; mano de obra improductiva: \$3.566,27) y lucro cesante: \$33.081,95 (cfr. fs. 82).

2. A fs. 100/103 vta. se presenta la demandada CHORMU S.A., y solicita el rechazo de la acción con costas. En el mismo acto reconviene.

Manifiesta que la empresa actora fue contratada para la ampliación y verificación estructural de sus oficinas en el segundo piso de Planas N° 4.553 de Neuquén.

Señala, que efectivamente la constructora realiza el proyecto, la memoria descriptiva de la obra, el presupuesto y el plan de trabajo e inversiones y percibe la suma de \$8.056,56.

Que posteriormente, cobra el anticipo financiero del 10% y se inicia la obra, hasta que el 10/05/05 su parte le plantea a la empresa constructora que existían serias desviaciones de lo ofertado y contratado en los trabajos de ampliación de oficinas, reclamo que posteriormente se formaliza por escrito.



Describe reuniones entre las partes, en las que manifiesta a la empresa COMASA S.A. su disconformidad con los avances de la obra y le pide que cumpla íntegramente con el contrato sobre la base del proyecto o brinde una alternativa satisfactoria.

Sigue relatando que pese a ello, COMASA S.A. pretende cobrar el segundo certificado de obra y en una nueva reunión, presenta tres propuestas de modificación de fachada que son rechazadas por su parte porque no se respetaba lo contratado, proyectado y cobrado en el proyecto de ampliación y verificación estructural en fecha 13/06/05.

A raíz de ello, expresa que contrata al ingeniero civil Pedro Alejandro Jensen, quien realiza un estudio profesional del tema en cuestión que consiste en un proyecto para reacondicionar y solucionar los defectos de construcción imputables a COMASA S.A. y un presupuesto para la terminación de la obra.

Señala, que en fecha 15/10/05 comunica a COMASA S.A. el trabajo realizado por el Ingeniero Jensen y el 28/10/05 es notificada de la demanda iniciada por la empresa constructora en su contra.

Luego, refiere que el 14/11/05 constató el estado de la obra, con la presencia del escribano Sebastián Davel.

3. En el mismo acto de contestación de demanda, CHROMU S.A. interpone reconvencción contra COMASA S.A. por resolución por incumplimiento contractual y daños y perjuicios.

Sostiene que ante el incumplimiento culpable de COMASA S.A., surge el derecho de su parte de reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios.

Refiere que del informe técnico producido por el Ing. Jensen surge que se debe invertir la suma de \$132.718,85 y para finalizar la obra la suma de \$129.356,26, ambos incluyendo I.V.A., lo que hace un total reclamado de \$262.076,11 (cfr. fs. 103).

Pretende, además, indemnización por daños por la suma de \$10.000, por verse privada de utilizar el edificio ya que al estar la obra inconclusa no puede ubicar sus oficinas.

En definitiva, solicita un resarcimiento por la suma de \$272.075,11 con más intereses, gastos y costas.

4. Corrido traslado a COMASA S.A., contesta a fs. 110/114 vta., solicitando el rechazo de la reconvencción con costas.

Refiere que su parte ya había rescindido con anterioridad el contrato con CHROMU S.A. al no abonar en forma total el certificado de obra N° 1 y N° 2.

Afirma que no existió incumplimiento de su parte, ni se lo constituyó en mora.

Agrega que no le asiste a la reconviniente, derecho en el reclamo, por cuanto la ley no prevé que la parte que no cumple con su obligación contractual, tenga derecho a resarcimiento alguno.

5. La Jueza de Primera Instancia a fs. 539/547 vta., resuelve hacer lugar a la demanda interpuesta por COMASA S.A. y rechazar la reconvencción planteada por CHROMU S.A., condenando en consecuencia a ésta a abonar a la actora en el término de diez días la suma de \$104.702,76.

Para así decidir, inicia su razonamiento estableciendo que la actora reclama el pago de trabajo y lucro cesante y la demandada niega derecho rescisorio por considerar que el incumplimiento vino de COMASA S.A., reconviniendo por daños y perjuicios derivados de la suspensión y no conclusión de la obra, consistente en los montos que tuvo que afrontar para solucionar y reacondicionar los defectos de construcción y concluir la obra.

Señala que no existe controversia respecto de la contratación y que ambas partes se atribuyen la culpa en la resolución del contrato por sendos incumplimientos contractuales.

Analiza la cuestión referida a la ejecución de una viga de encadenado realizada por la actora que no se encontraba prevista en el proyecto efectuado inicialmente.

Destaca, que la construcción de la referida viga produce una modificación en la fachada, cuestión admitida por ambas partes, que desencadena los reclamos respectivos.

Refiere, que debe establecer a tenor de la prueba aportada si resultaba necesaria la modificación, si ella fue consensuada y si produjo alteración de tal índole que pudiera dar sustento a la suspensión de los trabajos y posterior rescisión contractual.

Efectúa análisis de la prueba pericial y los testimonios obrantes en la causa, concluyendo que es posible que no se hubiera podido determinar que los hierros no eran lo suficientemente largos como para poder realizar el anclaje de la nueva construcción con la continuidad del sentido vertical, y tener que recurrir a la técnica del encadenado horizontal.

Señala que la construcción de la viga plasmada en los respectivos planos es comunicada a la comitente mediante Nota Informativa N° 2 del libro de notas de pedido que obra a fs. 340/1 de autos, en fecha 01/04/05 recepcionada por el inspector propuesto por la demandada.

Agrega que la construcción de la viga se incluyó en el certificado N° 1 en fecha 30/04/05 y que la primera observación referida al cambio de fachada se realiza por nota en fecha 17/05/05.

Asimismo, que las distintas alternativas de solución presentadas por la actora fueron rechazadas por la demandada el 13/06/05.

Entiende que la accionada consintió el trabajo realizado, atento que se certificó y abonó. Precisa que el cuestionamiento no se refiere a la construcción en sí de la viga, sino al efecto que tal modificación produjo en la fachada.

Analiza si dicha modificación tuvo suficiente entidad para justificar la rescisión contractual propuesta por CHROMU S.A. y concluye en forma negativa.

Luego, verifica las razones alegadas por CHROMU S.A. para suspender el pago del certificado N° 2, referidas a la falta de previsión de espacio adecuado para reubicar los equipos de refrigeración, la colocación de carpintería de chapa, que debió ser de aluminio, contrapisos y carpetas, instalación cloacal, de agua fría y caliente, instalación eléctrica y escalera metálica.

Afirma que la pericia no aporta elementos suficientes para considerar acreditados defectos o falta de construcción de los ítems certificados y correspondientes a la factura N° 2 relacionados con las observaciones realizadas pro CHROMU S.A.

Concluye que no habiéndose comprobado falencias en la ejecución de la obra de envergadura para dar fundamento a la rescisión por culpa de COMASA S.A., la reconvencción planteada por CHROMU S.A. no puede prosperar.

Finalmente, analiza el planteo rescisorio de la actora, que funda su pretensión en la culpa de la demandada por falta de pago de los trabajos realizados.

Respecto del Certificado N° 1 que ascendía a \$62.793,75, considera acreditado el pago de \$42.779,17, y en consecuencia el aserto de lo afirmado en la demanda.



En cuanto al Certificado N° 2, constata que no fue abonado y que CHROMU S.A. fue puesta en mora por COMASA S.A. mediante carta documento.

Verifica como debidamente acreditado que los trabajos incluidos en los ítems del Certificado N° 2 fueron realizados tal como se especifica y que no surge que las observaciones realizadas por CHROMU S.A. tuvieran sustento técnico.

Asimismo, señala que la perito contadora informa que de los registros contables de la empresa mencionada resulta que la factura no fue abonada.

Resalta que la demandada suspendió los pagos con motivo de la divergencia suscitada respecto de la fachada del edificio proveniente de la construcción de la viga perimetral.

Agrega que no se ha acreditado que las facturas hubieran sido impugnadas en el plazo de 10 días de recibidas, por lo que se consideran cuentas liquidadas conforme el Art. 474 del Código de Comercio.

Estima que la falta de pago de las prestaciones resulta motivo suficiente para dar por rescindido el contrato por culpa de la demandada.

Resuelve que la demanda ha de prosperar; no así la reconvencción que habrá de ser rechazada.

Acoge favorablemente el reclamo por daño emergente e intereses y lucro cesante, en tanto rechaza el rubro gastos improductivos, prosperando la demanda por un total de pesos 104.702,76.

5. Disconforme, la demandada apela y sienta sus agravios a fs. 574/584 vta.; que son replicados a fs. 587/595.

En el mismo acto, el letrado apoderado de la demandada y reconviniente apela sus honorarios por bajos, solicitando se adecue la regulación al importe de la demanda con más el correspondiente a la reconvencción.

6. A fs. 551 los letrados apoderados de la parte actora apelan la regulación de honorarios por bajos, por considerar que se ha tenido en cuenta solamente el monto de condena por la demanda y no de la reconvencción rechazada.

7. Elevados los autos a la Cámara de Apelaciones, ésta confirma la resolución de la instancia de grado anterior en cuanto a que la conducta de la demandada ha habilitado a la empresa constructora a resolver el contrato con el cobro de daños y perjuicios imputables al incumplimiento de la contraria.

No obstante, juzga que cabe acoger las deducciones que se derivan de las adecuaciones presupuestadas por el Ing. Jensen, reconocidas por el perito oficial, que confirman las objeciones referidas a la reubicación del aire acondicionado, la escalera de escape y construcción de la pared de la fachada norte.

Entiende que las referidas deficiencias, si bien carecen de entidad para justificar el distracto de la demandada, deben ser tenidas en cuenta al momento de liquidar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la contraria.

Propicia que el monto correspondiente a aquellas adecuaciones sea deducido de la condena.

Respecto de la apelación arancelaria del letrado de la demandada, pretendiendo regulación autónoma por su actuación en la reconvencción, sostiene que el contenido patrimonial a tener en cuenta a los efectos de los Arts. 6°, Inc. a), 20 y cdes. de la Ley 1.594, coincide con el liquidado en la condena. Por lo que no corresponde practicar doble regulación.

Concluye proponiendo que se confirme la sentencia recurrida en lo principal, haciendo lugar parcialmente a la apelación y reduciendo el monto de condena, manteniendo los honorarios regulados. Impone las costas de ambas instancias en proporción del 75% a cargo de la demandada y 25% a cargo de la actora.

8. Insatisfecha la parte actora, intenta repeler el resolutorio dictado por la Alzada y provoca la apertura de la instancia extraordinaria, obteniéndola a través del recurso de Nulidad Extraordinario.

El cuestionamiento vertido por la impugnante se endereza a cuestionar la sentencia en crisis, endilgándole incongruencia por extralimitación, al tener en cuenta al momento de liquidar los daños y perjuicios, las deducciones que se derivan de las adecuaciones presupuestadas por el Ing. Jensen a fs. 417, sin que ello hubiera sido invocado por la demandada en sus agravios.

Precisa que del detenido análisis del escrito de apelación resulta que la recurrente pretendió se revoque el pronunciamiento de la A quo y se haga lugar a la reconvencción interpuesta por Chromu S.A.

Señala que el fallo dictado concede algo diferente a lo pretendido por la demandada, en tanto dispone confirmar la sentencia de primera instancia en lo principal, empero reduce el monto de la condena a la suma de pesos sesenta y nueve mil doscientos diecisiete, con setenta y seis centavos (\$69.217,76), al deducir la suma de pesos treinta y cinco mil cuatrocientos ochenta y cinco (\$35.485), presupuestada por el Ingeniero Jensen en el informe de fs. 417.

Aduce que la referida deducción no ha sido pretendida por el recurrente en la expresión de agravios, sino que la Cámara deliberadamente efectuó esa tarea extralimitándose, al ejercer una función que no le corresponde, violentando el principio de cosa juzgada, derecho de propiedad y defensa en juicio.

La demandada por su parte solicita el rechazo del recurso deducido por la accionante.

II. El vicio que la recurrente imputa al fallo en crisis y sobre el cual sostiene el recurso de nulidad, es el de incongruencia por extralimitación.

El motivo se encuentra contemplado por la Ley ritual casatoria, en el segundo párrafo del Art. 18°, que declara la procedencia del recurso de Nulidad Extraordinario cuando la sentencia fuere incongruente, o no tuviera sustento suficiente en las constancias de autos, o resolviera sobre cuestiones ajenas a la litis, o que se hallaren firmes.

A través de dicho precepto, han quedado comprendidas -según la célebre clasificación de Genaro CARRIÓ- las causales de arbitrariedad susceptibles de descalificar el acto jurisdiccional y que dicho autor aglutina de la siguiente forma: a) concernientes al objeto o tema de la decisión; b) concernientes a los fundamentos de la decisión; y c) concernientes a los efectos de la decisión (aut. cit. y ALEJANDRO D. CARRIÓ, El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria, 3ª Edición actualizada, Abeledo Perrot, pág. 57/59, Buenos Aires, 1983).

Según lo ha afirmado reiteradamente este Cuerpo, dos son los vértices que, como mínimo, deben tenerse en cuenta en este juicio de procedencia de un recurso que persigue la nulidad.

Por un lado, no perder de vista 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.

Por otro, que su finalidad, como lo explica HITTERS, "[...] es asegurar la observancia de algunas reglas constitucionales atinentes al pronunciamiento final, con total prescindencia del contenido de la providencia, pues esto último se inspecciona por mediación del recurso de



inaplicabilidad de ley, y por ende constituye materia ajena a esta vía impugnatoria” (aut. cit., Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación, 2ª Edición, Librería Editora Platense, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2002, pág. 633).

En concreto, la congruencia entre la sentencia y las peticiones de las partes, constituye una ineludible exigencia de cumplimiento de principios sustanciales relativos a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, toda vez que la litis fija los límites y los poderes del tribunal (Ac. N° 30/98, 8/99, 11/99, 11/00, 10/2003, entre otros).

Ahora bien, el principio referenciado debe ser también observado en la segunda instancia, ámbito donde se adunan algunas particularidades.

Es que, el resultado de la tarea jurisdiccional de la Alzada, para ser eficaz, deberá ser necesariamente completo, esto es, atender a la totalidad de los agravios conducentes, en tanto estos no se aparten, en forma prohibida, de la pretensión y oposición tal como se delimitaron en las piezas liminares del proceso.

Resulta claro, entonces, que se incurre en el vicio de incongruencia, si la resolución dictada no se encuadra en el marco de los recursos impetrados por las partes, pudiendo cometerse este vicio, tanto por exceso (considerar cuestiones no propuestas) o por defecto (omisión de tratamiento de cuestiones esenciales).

No cabe que la sentencia exceda las pretensiones de las partes, ya que el pronunciamiento judicial que acuerde o desconozca derechos no debatidos es como principio incompatible con las garantías de los Arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional.

La recurrente considera que la sentencia bajo examen adopta una solución que trasgrede los límites impuestos por la expresión de agravios. Alega que la Cámara ha concedido algo diferente a lo pretendido por el demandado, extralimitándose, en violación del principio de cosa juzgada, el derecho de propiedad y defensa en juicio.

Se impone entonces, realizar un examen de los términos de los agravios expresados y del decisorio recaído, a fin de verificar si se ha afectado el principio de congruencia, o si por el contrario el pronunciamiento dictado se ajusta a derecho.

Previo a ello, considero oportuno remarcar los extremos conducentes de este complejo proceso, en el que discurre una acumulación de pretensiones recíprocas de las partes.

La demanda deducida por COMASA S.A. comprende una pretensión por cobro de pesos (cotización de los trabajos realizados) y otra, por daños y perjuicios (lucro cesante- mano de obra ociosa) con causa en la resolución contractual por incumplimiento de CHROMU S.A.

La reconvencción impetrada por CHROMU S.A. importa una pretensión de daños y perjuicios con causa en la resolución contractual por incumplimiento de COMASA S.A. (montos que tuvo que afrontar para solucionar defectos de construcción y concluir la obra).

Dice que surge del informe del Ing. Jensen –experto contratado por su parte- que para solucionar y reacondicionar los defectos de construcción, se debe invertir la suma de \$132.718,85 y para finalizar la obra la suma de \$129.356,26.

La sentencia de primera instancia hace lugar a la demanda interpuesta por COMASA S.A. por considerar que la falta de pago de las prestaciones resulta motivo suficiente para dar por rescindido el contrato por culpa de la demandada. Condena al pago del monto adeudado con intereses y lucro cesante.

A su vez rechaza la reconvencción planteada por CHROMU S.A., señalando que no se acreditan falencias de envergadura en la ejecución de la obra para dar fundamento a la rescisión por culpa de COMASA S.A.

Impone las costas a cargo de la demandada CHROMU S.A.

La demandada deduce recurso de apelación contra el decisorio dictado por el Juzgado de Primera Instancia.

Expresa que lo resuelto le causa agravio y solicita se modifique, rechazando la demanda impetrada por COMASA S.A. y haciendo lugar a la reconvencción deducida por su parte, por la suma reclamada en concepto de daños y perjuicios, intereses y costas.

Los letrados de la actora apelan los honorarios regulados por no haberse considerado el monto de la reconvencción rechazada.

Corrido traslado de la apelación deducida por CHROMU S.A., la empresa constructora COMASA S.A. contesta solicitando el rechazo del recurso.

La sentencia de Cámara, entiende que el A quo ha evaluado adecuadamente la conducta contractual de ambas partes, concluyendo que el incumplimiento de la demandada con la obligación de pago conforme el avance de la obra, previa intimación infructuosa, ha habilitado a la empresa constructora a resolver el contrato con el cobro de daños y perjuicios imputables al incumplimiento de la contraria.

Sostiene que la alteración de la fachada derivada de la construcción de la viga de encajado perimetral no afecta la estética del conjunto ni infringe las reglas del arte, toda vez que no ha logrado demostrarse que la alternativa de continuar las columnas existentes ofreciese suficiente grado de seguridad.

Comparte la apreciación pericial que evalúa que las observaciones realizadas por Chromu S.A. eran corregibles dentro del proceso de construcción y que no se justificaba la retención del pago de los certificados de obra.

Juzga que corresponde acoger las deducciones que se derivan de las adecuaciones presupuestadas por el Ing. Jensen, reconocidas como pertinentes por el perito oficial, cohonestando las objeciones referidas a la reubicación del aire acondicionado, de la escalera de escape y construcción de la pared de la fachada norte.

Estima que, si bien aquellas deficiencias carecen de entidad para justificar el distracto de la demandada, deben ser tenidas en cuenta al momento de liquidar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la contraria.

Resuelve que el monto correspondiente a las referidas adecuaciones presupuestadas por el Ing. Jensen y reconocidas por el Perito Oficial -\$35.485- se deduzca de la condena, que fija en \$69.217,76 con más los intereses determinados en la sentencia de grado.

Considera que no corresponde practicar doble regulación, mantiene los honorarios regulados e impone las costas en proporción del 75% a cargo de la demandada y 25% a cargo de la actora.

El recurso de nulidad extraordinario deducido por la actora.

Como ya se dijo, el embate efectuado por la impugnante se endereza a cuestionar la sentencia de la Alzada, endilgándole incongruencia por extralimitación, al tener en cuenta al momento de liquidar los daños y perjuicios, las deducciones que se derivan de las adecuaciones presupuestadas por el Ing. Jensen a fs. 417, sin que ello hubiera sido invocado por la demandada en sus agravios, en violación al principio de cosa juzgada y de los derechos de propiedad y defensa en juicio.

Precisa que del detenido análisis del escrito de apelación resulta que el recurrente pretendió se revoque la sentencia de primera instancia y se haga lugar a la reconvencción interpuesta por Chromu S.A.



Señala que el fallo dictado concede algo diferente a lo pretendido por el demandado, en tanto dispone confirmar la sentencia de primera instancia en lo principal, empero reduce el monto de la condena a la suma de pesos sesenta y nueve mil doscientos diecisiete, con setenta y seis centavos (\$69.217,76), al deducir la suma de pesos treinta y cinco mil cuatrocientos ochenta y cinco (\$35.485), presupuestada por el Ing. Jensen en el informe de fs. 417.

III. Dentro del marco jurídico reseñado y enunciado el contenido medular de las piezas procesales que delimitan la litis, así como las decisiones recaídas y el ámbito de conocimiento de los tribunales revisores, corresponde analizar si, en el supuesto bajo examen, se configura el vicio nulificante que se denuncia.

A fin de ponderar si ha mediado o no la extralimitación denunciada, ha de cotejarse la correspondencia entre lo decidido por la Cámara de Apelaciones y lo que ha sido materia de agravio.

Sobre el extremo, cabe señalar que el Ad quem confirma la sentencia de Primera Instancia en lo principal, reduciendo el monto de condena al restarle las sumas correspondientes a daños y perjuicios derivados del incumplimiento de COMASA S.A. e impone las costas en un 75% y 25% a cargo de la demandada y actora respectivamente.

En efecto, el voto del Dr. Lorenzo W. García, que recibe adhesión del Dr. Federico Gigena Basombrio, sostiene: "Juzgo, no obstante, que cabe acoger las deducciones que se derivan de las adecuaciones presupuestadas por el Ing. Jensen a fs. 417, habida cuenta que fueron reconocidas como pertinentes por el perito oficial a fs. 244, cohonestando las objeciones referidas a la reubicación del aire acondicionado, de la escalera de escape y construcción de la pared de la fachada norte, a la par que considera la estimación presupuestada como 'aproximación del valor real de los trabajos a ejecutar'.

Y continúa: "Tales deficiencias, si bien carecen de entidad para justificar el distracto de la demandada, deben ser tenidas en cuenta al momento de liquidar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la contraria".

En la parte final, el fallo expresa: "Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo que se confirme la sentencia recurrida en lo principal, haciendo lugar parcialmente a la apelación y reduciendo el monto de condena a la suma de \$69.217,76, con más los intereses fijados en la sentencia de grado, manteniendo los honorarios regulados y fijando los de Alzada de conformidad con el Art.15 L.A., e imponiendo las costas en proporción del 75% a cargo de la demandada y el 25% a cargo de la actora, para ambas instancias (Art. 71 Cód.Proc.)."

Así, surge que lo resuelto por la Alzada importa: 1) la confirmación parcial del decisorio recaído en Primera Instancia (en cuanto hace lugar a la demanda impetrada por COMASA S.A.), 2) la revocación parcial del decisorio (en cuanto rechaza la reconvencción), 3) el acogimiento parcial de la reconvencción deducida por CHORMU S.A., 4) la compensación, por cuanto ordena se deduzca del monto de condena por el que prospera la demanda, la suma por la cual se hace lugar a la reconvencción, 5) la distribución de las costas en forma proporcional, atento el resultado del pleito.

Yendo al análisis del recurso de apelación deducido, a fs. 574/584 vta., por la demandada y reconviniente Chromu S.A., cabe señalar que en su crítica al fallo dictado por el A quo abunda en consideraciones respecto del incumplimiento de COMASA S.A. con la obra encomendada, hace referencia a los montos estimados por el Ing. Jensen en su informe de terminación de obra (fs. 582) y solicita: 1) se revoque la sentencia dictada en la Primera Instancia, que acoge la demanda y rechaza la reconvencción, y 2) se haga lugar a la reconvencción impetrada por su parte.

Esto último nos remite necesariamente al examen del escrito de reconvencción obrante a fs. 100/103 vta., del cual surge la imputación de incumplimiento a COMASA S.A., como causa de resolución del contrato y el reclamo de daños y perjuicios. Esta última pretensión se enuncia en los siguientes términos: "Del informe técnico (documental N° 78 a 96) producido por el ingeniero Pedro Alejandro Jensen, para solucionar y reacondicionar los defectos de construcción, se debe invertir la suma de \$132.718,85 -incluido en esta suma el IVA- y para finalizar la obra de referencia la suma de \$129.356,26 -incluido en este importe el IVA-, lo que hace un total reclamado a la empresa COMASA S.A. de \$262.076,11." (fs. 103).

Se advierte que cuando la sentencia de Cámara acoge: "las adecuaciones presupuestadas por el Ing. Jensen a fs. 417, habida cuenta que fueron reconocidas como pertinentes por el perito oficial a fs. 244" (fs. 599 vta.), ello constituye una parte de la pretensión resarcitoria de daños esgrimida en el escrito de reconvencción a fs. 103.

Luego, la deducción de determinados rubros, dispuesta por la Cámara, importa el reconocimiento implícito de un crédito a favor de la reconviniente, y que fue oportunamente peticionado por la parte.

Se concluye, que existe una correspondencia entre lo resuelto en la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones, y la pretensión oportunamente articulada en la reconvencción e invocada por la apelante en su expresión de agravios.

Ambas se refieren a las adecuaciones que surgen de la documental obrante a fs. 417, identificada por la parte con el N° 96 (fs. 103), que se titula "Ampliación de Informe Técnico" y firma el ingeniero civil Pedro Alejandro Jensen, quien describe y presupuesta reubicación de equipos condensadores de aire acondicionado, desarme y reubicación de escalera de escape y construcción de pared superior en la fachada norte del segundo nivel.

De este modo, se evidencia que no asiste razón a la recurrente, en cuanto a que la Cámara haya concedido algo diferente a lo pretendido por el demandado, ni, por tanto, extralimitado su órbita de incumbencia.

Así pues, no caben dudas que en la expresión de agravios, la demandada peticiona se revoque la sentencia apelada y se haga lugar a la reconvencción.

Y es claro que lo decidido por la Alzada importa un acogimiento parcial de la reconvencción, por cuanto decide deducir del monto de condena la suma correspondiente a algunos de los rubros reclamados como daños y perjuicios por la reconviniente.

Carece de trascendencia que la recurrente no haya solicitado la compensación de créditos (Arts. 818 y sgtes. Código Civil), pues, ordenarla es una facultad del tribunal, en tanto implica determinar la forma en que ha de cumplirse el decisorio.

Tampoco resulta relevante, que el fallo en su parte resolutive haya omitido consignar que se hace lugar parcialmente a la apelación, pues ello se expresa inequívocamente en los considerandos previos y una interpretación contraria importaría un excesivo rigor formal.

En definitiva, la actora no ha demostrado que en el caso bajo estudio se ha configurado el vicio denunciado como causal de nulidad extraordinaria, por lo cual cabe declarar la improcedencia de la vía recursiva articulada y responder negativamente a la primera cuestión que abre este Acuerdo.

IV.A la segunda cuestión planteada, habrá de estarse a lo dispuesto en el acápite precedente.

V. Finalmente, con relación a la tercera de las cuestiones sometidas a escrutinio en este Acuerdo, considero que las costas de esta



instancia habrán de estar a cargo de la parte actora, en su calidad de vencida (Art. 21° de la Ley 1.406).

En consecuencia, corresponde disponer la pérdida del depósito de fs. 604, en virtud de lo dispuesto por el Art. 10° de la Ley Casatoria, dándosele al mismo el destino fijado por la Ley de Autarquía Judicial N° 1.971. ASÍ VOTO.

El señor Vocal doctor RICARDO T. KOHON, dijo: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor Oscar E. MASSEI y la solución a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MIVOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso de Nulidad Extraordinario deducido por la actora –COMASA S.A.- a fs. 605/614, CONFIRMANDO, en consecuencia, el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería – Sala I - obrante a fs. 598/601 vta., con base en los fundamentos aquí expuestos. 2°) IMPONER las costas de esta etapa a la recurrente en su condición de vencida (Art. 21° de la Ley 1.406). Regular, de conformidad con lo prescripto por el Art. 15 de la Ley 1.594, los honorarios profesionales de los doctores: ... –en el doble carácter por la demandada- la suma de pesos ... (\$...) y ... –en el doble carácter por la actora-, en la suma de pesos ... (\$...). 3°) Disponer la pérdida del depósito de fs. 604, en virtud de lo dispuesto por el Art. 10° de la Ley Casatoria, dándosele el destino fijado por la Ley de Autarquía Judicial N° 1.971. 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvase 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

[Volver al índice](#)

[-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"FERNÁNDEZ AEDO ÁNGEL BERNARDO C/ PROTECCIÓN CATÓDICA DEL COMAHUE S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil - (Expte.: 231/2009) – Acuerdo: 60/13 – Fecha: 03/12/2013

DERECHO PROCESAL: Procedimiento laboral.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. APLICACION SUPLETORIA DE LA LEY. INTERPRETACION RESTRICTIVA. PLAZO DE CADUCIDAD. INACTIVIDAD DEL TRIBUNAL. RECURSO DE CASACIÓN. JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA. FUNCION UNIFORMADORA. RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LA LEY.

Resulta procedente el recurso de casación articulado por la actora por infracción a los Arts. 28 y 54 de la Ley N° 921 y 310, sptes. y cctes. del C.P.C. y C., contra la sentencia de Cámara que revoca la resolución de Primera Instancia por infracción a las mismas normas, correspondiendo rechazar el planteo de caducidad de instancia, por no ser el de autos, el supuesto excepcional que conforme la doctrina sentada en Ac. 40/06 ("Poo") y recientemente en Ac. N° 59/13 ("Montecino"), habilita la aplicación de dicho instituto al proceso laboral, en tanto la actividad requerida para hacer avanzar el proceso no era de aquellas necesarias e insustituibles de la parte, sino que, por el contrario, se encontraba a cargo del magistrado el acto de impulso procesal pendiente, ya que se trataba del nuevo libramiento de un oficio Ley 22.172 que había sido devuelto sin respuesta por carecer de firma del Juez. La doctrina sentada recientemente por este Tribunal, en lo atinente a la aplicación del instituto de caducidad de instancia en el proceso laboral, establece que sólo procede ante la presencia de desidia y desinterés de la parte en impulsar el proceso frente a supuestos en que se requiere de una actividad necesaria e insustituible de ella, y que el plazo que debe aplicarse es el de seis meses que rige para procesos que tramitan en primera instancia, conforme el Art. 310, inc. 1), del C.P.C. y C., de aplicación supletoria -Art. 54 Ley N° 921- (cfr. Ac. 59/13 del registro de la Secretaría Civil).

Texto completo:

ACUERDO NRO. 60 En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los tres (3) días de diciembre de dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Acuerdo el Tribunal Superior de Justicia, integrado por los señores vocales doctores OSCAR E. MASSEI y RICARDO T. KOHON, conforme el Art. 4° del Reglamento de División en Salas del Tribunal Superior de Justicia (aprobado por Acuerdo N° 4464, punto XIII, y modificado por Acuerdo N° 4473, punto XXX) con la intervención de la Subsecretaría Civil de Recursos Extraordinarios, Dra. MARÍA LORENA SPIKERMAN, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "FERNÁNDEZ AEDO ÁNGEL BERNARDO C/ PROTECCIÓN CATÓDICA DEL COMAHUE S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" (Expte. nro. 231 - año 2009) del Registro de la Secretaría actuante.

ANTECEDENTES: A fs. 70/72, dicta sentencia la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad –Sala II-, por la que confirma la resolución interlocutoria de Primera Instancia (fs. 53/vta.) que hace lugar a la caducidad de instancia planteada por la



accionada.

Contra dicho decisorio, la actora deduce, a fs. 79/81, recurso de casación.

Corrido el correspondiente traslado, es contestado por la demandada PROTECCIÓN CATÓDICA DEL COMAHUE S.R.L. mediante apoderado, a fs. 83/84.

Posteriormente, a fs. 89/91, por Resolución Interlocutoria N° 100/11, se declara admisible el recurso de casación, circunscripto a la infracción legal del Art. 310 del C.P.C. y C.

Firme la providencia de autos, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que este Tribunal resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: 1) ¿Resulta procedente el recurso por casación deducido? 2) En la hipótesis afirmativa, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

A las cuestiones planteadas, el Dr. OSCAR E. MASSEI 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. 2/9, en fecha 13/03/07, se presenta ÁNGEL BERNARDO FERNÁNDEZ AEDO, mediante apoderado, quien promueve demanda por despido sin justa causa y diferencias salariales por la suma de \$42.568,38.- con más intereses contra PROTECCIÓN CATÓDICA DEL COMAHUE S.R.L.

Manifiesta que inicia la acción, en virtud del decisorio de incompetencia recaído en los autos: "FERNÁNDEZ AEDO ÁNGEL C/ PROTECCIÓN CATÓDICA DEL COMAHUE S/ DESPIDO" (EXPTE. 9862) de trámite ante la Cámara Laboral de la ciudad de Cipolletti, Provincia de Río Negro, por lo que solicita se requiera su remisión.

A fs. 19, el 23/07/07, el Juzgado provee que con carácter previo se requiera la causa mencionada, a cuyo fin dispone se libre oficio, poniendo su confección y diligenciamiento a cargo de la parte.

A fs. 20, el 6/09/07, la actora presenta el oficio para su confornte y es librado por el Juzgado el día 7/09/07.

A fs. 22/24 obra oficio devuelto el 19/09/07 por el Presidente de la Cámara I de Trabajo de Cipolletti, por no cumplir con los recaudos del Art. 3° inc. 6° de la Ley 22.172.

A fs. 24 vta. consta la recepción del referido oficio el 24/09/07. Se agrega y se hace saber.

A fs. 29 se presenta la demandada PROTECCIÓN CATÓDICA DEL COMAHUE S.R.L. en fecha 18/03/08, mediante apoderado. Manifiesta haber tomado conocimiento de la existencia de los actuados e interpone excepción de litispendencia en los términos del Art. 24 de la Ley 921 y caducidad de instancia por considerar vencidos los términos del Art. 310 del C.P.C. y C.

Solicita asimismo se requiera la remisión de los autos: "FERNÁNDEZ AEDO ÁNGEL C/ PROTECCIÓN CATÓDICA DEL COMAHUE S/ ORDINARIO" (EXPTE. 9862/05), de trámite ante la Cámara Laboral de la ciudad de Cipolletti.

A fs. 30, en fecha 25/03/08, se ordena el libramiento del oficio peticionado, dejando a cargo de la parte que lo solicita la confección y diligenciamiento.

A fs. 31/33 -30/05/08-, la excepcionante acompaña contestación del Presidente de la Cámara, quien refiere que por el momento no es posible la remisión por encontrarse tramitando la ejecución de honorarios de los letrados de la demandada.

A fs. 34 la demandada solicita se requieran copias certificadas del expediente en cuestión, a lo que el Juzgado provee favorablemente, ordenando libramiento de oficio a fs. 35, el 25/06/08.

En fecha 30/07/08 se libra, y el 15/08/08 es acompañada constancia de recepción.

El 6/10/08 el Juzgado intima a la actora para que dentro del tercer día impulse el trámite de las actuaciones, bajo apercibimiento de paralización.

El auto es notificado por cédula el 14/10/08, y a fs. 40, en fecha 22/10/08, se dispone la paralización del trámite de las actuaciones ante el incumplimiento de la accionante con la intimación.

A fs. 41, el 28/10/08, la parte actora peticiona se libre nuevo oficio a la Cámara de Cipolletti, lo que es ordenado por el Juzgado el 30/10/08.

A fs. 43 -11/12/08-, acompaña oficio para su confornte, el cual es librado el 19/12/08 y retirado por la parte el 10/02/09.

A fs. 46 -16/02/09-, la demandada acompaña copias certificadas de los autos "FERNÁNDEZ AEDO ÁNGEL C/ PROTECCIÓN CATÓDICA DEL COMAHUE" (EXPTE. 9862) de trámite ante la Cámara Laboral de la ciudad de Cipolletti.

A fs. 47 -18/02/09-, el Juzgado pone las referidas copias a disposición de la actora y le confiere traslado de la caducidad de instancia planteada por la demandada.

A fs. 49/50 el Presidente de la Cámara del Trabajo de Cipolletti devuelve sin diligenciar el oficio que se le remitiera por no haber sido suscripto por el Juez a cargo del Juzgado oficiante.

A fs. 51 la actora contesta el traslado del pedido de caducidad de instancia y la excepción de litispendencia, y solicita el rechazo de ambas.

Señala que el expediente del Juzgado de Cipolletti ha sido recientemente agregado, habiendo solicitado su parte más de una vez los oficios correspondientes.

2) A fs. 53/vta., el 11/03/09, el Juzgado rechaza la excepción de litispendencia y hace lugar al pedido de caducidad de la instancia.

Sostiene que entre la agregación a fs. 23/24 -24/09/07- del oficio dirigido a la Cámara de Cipolletti -devuelto sin diligenciar por no cumplimentar los recaudos previstos por la Ley N° 22.172-, y la presentación de la demandada en la que solicita se decrete la caducidad de instancia a fs. 29 -18/03/08-, no hubo actividad procesal útil desplegada por la accionante tendiente a impulsar el proceso.

Funda la decisión en el Art. 310 del C.P.C. y C. por reenvío del Art. 54 de la Ley N° 921.

3) A fs. 56/59 la actora apela el decisorio dictado por el Juez de Primera Instancia. Se agravia por considerar que su parte cumple con diligenciar debidamente el oficio dirigido a la Cámara de Cipolletti y que, en respuesta, ese organismo solicita se cumplimenten los requisitos de la Ley 22.172. Destaca que ante ello el Juzgado omite proveer conforme a derecho y dispone -en fecha 24/09/07- agregar y hacer saber.

En ese sentido afirma que desde que se glosa el oficio -24/09/07- y hasta el pedido de caducidad -18/03/08-, no transcurrió el plazo de seis meses previsto por la normativa procesal civil a la que cabe remitirse, atento que la Ley N° 921 no establece plazos de caducidad.

Señala que es de público conocimiento que las medidas de fuerza que llevó adelante el Juzgado, entorpecieron la vista por mesa de entrada



de los expedientes, lo que motivó la falta de conocimiento del rechazo del oficio.

Agrega que la perención de instancia es de interpretación restrictiva conforme lo han resuelto ininidad de veces los tribunales y la doctrina nacional.

4) A fs. 58/60 la demandada apela el rechazo de la litispendencia y la imposición de costas.

5) Corrido traslado de los recursos de apelación planteados, a fs. 63 la demandada contesta, solicitando el rechazo.

6) A fs. 70/72 la Cámara de Apelaciones confirma el decisorio dictado por el Juez de Primera Instancia.

Refiere que la actora se agravia al sostener que lo resuelto sobre caducidad se basa en las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial, sin tomar en consideración las disposiciones de la Ley N° 921 que no establece plazos de caducidad, por lo que el Juez de grado decretó la caducidad de instancia apartándose de los principios del derecho laboral.

Explica que el último acto impulsor es el escrito de fs. 20 del 6 de septiembre de 2007, y da origen a la providencia que ordena el libramiento de oficio a la Cámara Laboral de Cipolletti, el que se agrega sin contestar a fs. 22/24 por no cumplir con los recaudos del Art. 3°, inc. 6°, de la Ley 22.172.

Afirma que no existen más actuaciones hasta la presentación del apoderado de la demandada el 18 de marzo de 2009 (fs.29), en la que interpone litis- pendencia y plantea la caducidad de instancia.

Sostiene que, en el caso, las circunstancias no hacen más que demostrar el desinterés de la parte al no haber impulsado el proceso, encontrándose cumplido el plazo normado por el Art. 310, inc.2, del C.P.C.y C.

Estima que la excepción de litispendencia deviene abstracta, y confirma lo resuelto por el A quo respecto de las costas.

7) A fs. 79/81 la actora deduce recurso de casación contra el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones.

Sostiene que el fallo lesiona el orden jurídico determinado por la Constitución Nacional, violando el derecho de defensa en juicio de su parte, por no analizar los agravios planteados.

Manifiesta que ello se produce pues la Cámara erróneamente afirma que su parte se agravia por considerar que la caducidad decretada se basa en las disposiciones del Código Procesal Civil, sin tomar en consideración las disposiciones de la Ley N° 921.

Indica la recurrente que en el agravio por ella expresado aclaró que, sin perjuicio de que la Ley N° 921 no establece plazos de caducidad, al aplicar las disposiciones del Art. 310 del C.P.C. y C., desde la fecha del último movimiento procesal en 24/09/07 hasta la presentación de la solicitud de caducidad, no habían transcurrido los seis meses previstos en ese ordenamiento ritual.

Expresa que la omisión de la Cámara, al no pronunciarse sobre los agravios en su totalidad, provoca una sentencia incongruente y arbitraria.

Señala asimismo que incurre en un grosero error en la fecha que indica como de presentación de la parte solicitante de la caducidad, lo que también violenta el principio de congruencia.

Plantea que los pronunciamientos dictados en la causa incurren en errónea aplicación del derecho, por cuanto si bien la Ley N° 921 no contiene plazos de caducidad, el Art. 310 del C.P.C. y C., de aplicación supletoria, establece en primera instancia un plazo de seis meses desde el último movimiento que tenga por fin impulsar el proceso, sin hacer distinciones respecto de quién lo hace.

Reseña que tanto la primera como la segunda instancia basan su resolución en el hecho que la actora no realizó impulso procesal alguno, siendo que obra agregado a fs. 23/24 el oficio que fuera oportunamente diligenciado por la accionante y que es devuelto por la Cámara del Trabajo de Cipolletti, quien hace notar al Juez de grado que no lo libró con las previsiones de la Ley N° 22.172, por lo cual no remite el expediente solicitado. Considera que ello da cuenta de un oficio que fue diligenciado por su parte.

Concluye, que la omisión de la Cámara en expedirse sobre los agravios invocados por su parte, provoca que la resolución impugnada viole los derechos de defensa y de propiedad.

8) Corrido traslado a la demandada, solicita el rechazo del recurso por considerar que la agregación del oficio el 24/09/07 no constituye un acto impulsorio del procedimiento, que el último es el realizado el 6/09/07, y que por tanto los plazos establecidos por el Art. 310 del Código Procesal se encuentran vencidos.

9) A fs. 89/91 mediante Resolución Interlocutoria N° 100/11 se declara admisible el recurso de casación deducido por el actor, circunscripto a la denunciada infracción legal del Art.310 del C.P.C.y C.

Asimismo, se señala que se encuentra abierta la vía extraordinaria en autos: "MONTECINO, MIGUEL ROBERTO C/ TEXEY S.R.L.Y OTROS S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES" (Expte. 23/2008) por una cuestión idéntica a la aquí debatida, y frente al peligro de que existan pronunciamientos contradictorios, se pone de relieve la función uniformadora de la casación.

10) A fs. 94/vta. obra el dictamen del Sr. Fiscal ante el Cuerpo, quien atento la similitud de la temática, se remite a lo dictaminado en autos: "MONTECINO MIGUEL ROBERTO C/ TEXEY S.R.L.Y OTROS s/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES" (Expte. 23/2008).

En ese sentido propicia que el plazo de caducidad aplicable a los procesos laborales como el presente, es el dispuesto por el Art. 310 inc. 1) del Código Procesal Civil y Comercial.

II. I. Al iniciar el análisis del caso, cabe señalar que, respecto de la caducidad de instancia en el proceso laboral, esta Sala ha sentado doctrina recientemente en Ac. N° 59/13 in re "MONTECINO", y en ese sentido habrá de reiterar los argumentos medulares expuestos en el voto al que adherí en dicha oportunidad.

Para una correcta hermenéutica de la materia bajo estudio, es menester considerar liminarmente que la Ley Procesal Laboral establece un procedimiento impulsado indistintamente por las partes o de oficio por el Tribunal y no contiene disposiciones relativas al instituto de caducidad de instancia.

En efecto, en su Art. 28 la Ley provincial N° 921 establece: "Una vez presentada la demanda, el procedimiento será impulsado indistintamente por las partes o de oficio por el juez [o jueza], quien podrá ordenar las medidas que estime convenientes para averiguar la verdad material y para evitar nulidades.

"Las cédulas, oficios y exhortos serán confeccionados y diligenciados por el juzgado."

La norma conlleva el espíritu que impregna al proceso laboral y cuyo fundamento radica en el interés público en que los procesos en los que se discuten derechos del trabajo lleguen a su fin.

Movido por aquel interés social, es que el Poder Legislativo provincial ha previsto en la Ley N° 921 un procedimiento especial para el trámite de controversias entre empleadores y trabajadores a las que sea aplicable la Ley de Contrato de Trabajo.



En este sentido, el motivo determinante de la elección del procedimiento oficioso se encuentra emparentado, en forma estrecha, con la naturaleza del derecho sustancial que se intenta hacer valer en el proceso.

Cabe destacar la naturaleza protectoria del Derecho del Trabajo, con una vasta gama de medios que quien legisló ha derivado de ella, en procura de igualar las asimetrías resultantes en las relaciones jurídicas que nacen del seno laboral (cfr. Ac. N° 45/07 del Registro de esta Secretaría).

Si, como lo entiende Michele Taruffo, “el proceso debe concebirse como un instrumento de justicia social y de tutela y realización de los derechos -sobre todo de aquellos pertenecientes a los sujetos débiles-“ (aut. cit., Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil, Edit. Temis, Bogotá, 2006, pág. 53 y sgtes.); resulta evidente que los principios que caracterizan el derecho sustantivo laboral, de algún modo se deben traspasar a la ley ritual (cfr. Ac. N° 45/07).

Que guiado por tal pensamiento, cabe entender que el Poder Legislador ha incorporado, en la Ley N° 921, una serie de mecanismos procesales que también tienden a nivelar en el plano procesal, las diferencias del plano contractual.

A modo de ejemplo, se pueden mencionar los siguientes artículos: 7° (apoderamiento con simple carta poder o poder apud acta); 10° (notificación de la demanda en el domicilio comercial o lugar de trabajo); 16° (beneficio de justicia gratuita); 15°, 21°, 26°, 40°, 41°, 42°, 45° (abreviación de los plazos procesales); 38° (inversión carga probatoria); 40° (sentencia ultra petita).

Es en ese contexto y con idéntica finalidad, que se ha regulado en el Art. 28 un procedimiento que coloca principalmente en cabeza de la Magistratura la responsabilidad de hacer avanzar el trámite hasta el dictado de una sentencia.

A su vez, la misma ley ritual especial incluye una cláusula de supletoriedad, para la aplicación de las normas de procedimiento civil en cuanto sean compatibles con su letra y espíritu.

Así lo establece en su Art. 54: “Las disposiciones del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial vigente en la provincia, serán supletorias en cuanto sean compatibles con la letra y el espíritu de la presente ley.”

Cabe detenernos en este precepto, pues de su adecuada interpretación derivará una correcta aplicación de la normativa ritual que gobierna el proceso laboral.

En primer término, se debe clarificar el significado de la acepción: supletoria.

Conforme el Diccionario de la Real Academia Española, debe entenderse por suplir: integrar lo que falta en algo y por supletorio: aquello que suple una falta.

En consecuencia, se extrae como primer pauta que emerge del Art. 54 del ritual laboral local, que la aplicación de normativa procesal civil solamente cabe en el proceso laboral, ante el extremo excepcional de carencia de una solución procesal para determinado supuesto fáctico, en el marco de la Ley N° 921.

Luego, corroborado que efectivamente nos encontramos ante aquella hipótesis excepcional, se debe realizar una cuidadosa ponderación, por cuanto las referidas normas serán aplicables solo en tanto y en cuanto sean compatibles con la letra y el espíritu de la ley procesal laboral.

El precepto impone a la judicatura una prudente aplicación de la norma supletoria, que armonice y no desvirtúe el sistema procesal específico, caracterizado por garantizar en el plano procesal el principio protectorio de raigambre constitucional (Art. 14 bis C.N.).

Por cuanto el instituto de perención de instancia no se encuentra previsto en el proceso laboral, gobernado por el impulso oficioso, su aplicación por vía supletoria, solo procede ante el caso que no encuentre respuesta en el marco de la ley específica.

Este supuesto excepcional ha sido circunscripto a aquel en que se requiere de una actividad esencial e irremplazable de la parte para hacer avanzar el proceso.

Tal ha sido la doctrina sentada por este Tribunal Superior, al remarcar la aplicación restrictiva del instituto de la caducidad de instancia en el proceso laboral y que solo procede ante la presencia de desidia y desinterés de la parte en impulsar el proceso frente a supuestos en que se requiera de una actividad necesaria e insustituible de aquella (cfr. Acuerdos N° 40/06 y 45/06 del registro de esta Secretaría).

Corresponde destacar, que el sistema de la Ley N° 921 contempla en el marco de un proceso que se rige fundamentalmente por el impulso de oficio soluciones concretas para resolver hipótesis de detenimiento del proceso por inactividad de las partes.

Así, por ejemplo, al regular las pruebas testimonial e informativa, el legislador ha previsto que si la parte oferente no las insta de manera eficaz, pierde el derecho de producirlas (Arts. 32 y 39).

Ahora bien, la hipótesis de falta de denuncia de domicilio del demandado, se encontraría comprendida en el Art. 20, última parte, del ritual laboral.

Sin embargo, puede suceder que ante el fracaso de la notificación del traslado de la demanda, y al ser intimada la parte actora por el Juzgado, ella no cumpla con la denuncia de un nuevo domicilio y tampoco requiera la puesta en marcha de los mecanismos previstos en los Arts. 145, 343 del C.P.C. y C. -de aplicación supletoria conforme el Art. 54 Ley N° 921-. Ante ello, el ritual dispone la parálisis del procedimiento hasta que la accionante cumpla con su carga procesal (Art. 20 Ley N° 921).

Es aquí donde nos encontramos frente a un caso excepcional que habilita la aplicación supletoria del Art. 310 del C.P.C. y C. al proceso laboral.

Y es menester señalar que dicha aplicación del instituto de la caducidad de instancia al proceso laboral –reitero-, circunscripto a excepcionales supuestos, no ofrece reparos en cuanto a su compatibilidad con la letra y el espíritu de la Ley N° 921.

Debe atenderse, además, al derecho del demandado aún no notificado y/o del co-demandado con quien ya se ha trabado la litis, a obtener una sentencia, a la par que certeza y seguridad jurídica.

En ese sentido, debe determinarse en cada caso concreto, frente a la realidad de los hechos, si el Tribunal pudo o no impulsar de oficio el proceso ante la inactividad de la actora y si tal inactividad constituyó un obstáculo que no pudo ser salvado por ningún tipo de diligencia judicial (VAZQUEZ VIALARD, Antonio, La caducidad en el proceso laboral, Trabajo y Seguridad Social, T.I-1973-1074, p. 803).

Coincidentemente se ha dicho: “Como quiera que fuese, si la caducidad de la instancia siempre resulta una medida excepcional y por lo tanto de aplicación restrictiva y su interpretación debe ser estricta y ordenada prioritariamente a mantener la vitalidad del proceso, con mayor razón aún ello debe entenderse así en el procedimiento en el cual el legislador ha instaurado el impulso de oficio, debido precisamente al rol protagónico en cuanto a su desarrollo que compete al órgano judicial”

(SOSA, TORIBIO ENRIQUE, “Caducidad de Instancia”, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 216/217).

Nuestro Máximo Tribunal Nacional ha sostenido un criterio que resulta aplicable al presente:



“El instituto de la caducidad de instancia no está legislado en forma expresa con relación al proceso laboral bonaerense, lo que sumado a la adopción del sistema inquisitorio que informa la Ley 7718 cuyo Art. 12 establece que los tribunales del trabajo deben impulsar el procedimiento de oficio, especialmente en lo relativo a aquellas medidas necesarias o convenientes para el desarrollo del proceso, medidas que, según reza la norma, ‘deberán ordenar’, impone como conclusión que, en caso de admitirse la caducidad de instancia en el procedimiento laboral, al menos, su procedencia, deba limitarse a supuestos muy excepcionales.” (sentencia del 24 de julio de 1984, in re: T.243-XIX. “Torchia Pascual c/ Ford Motor Argentina S.A. s/ accidente de trabajo”, FALLOS 306:851; y en el mismo sentido “De Marco, Miguel Ángel Daniel c/ Instituto de Terapéutica Purissimus S.A.”, 1986 T.308 P.334).

Ahora bien, si conforme las pautas precedentes –en particular la doctrina sentada por este Cuerpo en Ac. N° 40/06-, se acreditan los extremos excepcionales señalados, surge el interrogante respecto de cuál es el plazo que se debe aplicar a los efectos del cálculo de la caducidad de instancia.

La norma del Art. 310 inserta en el Libro I: Disposiciones Generales, Título V: Modos anormales de Terminación del Proceso, del ritual civil y comercial, establece los plazos aplicables en los siguientes términos:

“Se producirá la caducidad de la instancia cuando no se instare su curso dentro de los siguientes plazos:

1° De seis meses, en primera o única instancia.

2° De tres meses, en segunda o tercera instancia, y en cualquiera de las instancias de los juicios sumarios y sumarísimos.

3° En el que se opere la prescripción de la acción, si fuere menor a los indicados precedentemente.”

En este punto y para analizar el plazo del instituto de la caducidad de instancia, conforme la pauta de aplicación supletoria establecida en el Art. 54 de la Ley N° 921, nuevamente debe extremarse el esfuerzo de ponderación a fin de que la solución resulte compatible con la letra y el espíritu de la norma procesal laboral.

Es importante señalar que el proceso laboral establecido en la Ley N° 921 no es uno de los previstos en la Parte Especial del Código Procesal Civil y Comercial, sino que constituye un proceso diferente, gobernado por principios propios del Derecho Procesal Laboral –como ya se ha dicho-.

Ello, de por sí, torna inaplicable la norma del Art. 310, inc. 2), del ritual Civil, que se refiere exclusivamente a juicios sumarios y sumarísimos.

A más de lo expresado, y pese a las similitudes que puedan reconocerse, no cabe realizar una interpretación analógica entre el proceso laboral y el proceso sumario civil, atento que la aplicación del instituto de la perención de instancia es de carácter restrictivo.

De ese modo, en virtud de la pauta establecida por el Art. 54 de la Ley ritual laboral, habrán de ponderarse los principios que inspiran el proceso laboral y la índole del derecho material comprometido (Art. 14 bis C.N.), sumados a la aplicación restrictiva que caracteriza al instituto procesal en cuestión.

Como resultado de esa prudente ponderación, surge que en la definición del plazo aplicable a la caducidad de instancia en el proceso laboral habrá de estarse al más extenso, esto es, el de seis meses que establece el Art. 310, inc. 1°, C.P.C. y C. de aplicación supletoria, para procesos que tramiten en primera o única instancia.

En suma, la doctrina sentada recientemente por este Tribunal, en lo atinente a la aplicación del instituto de caducidad de instancia en el proceso laboral, establece que sólo procede ante la presencia de desidia y desinterés de la parte en impulsar el proceso frente a supuestos en que se requiere de una actividad necesaria e insustituible de ella, y que el plazo que debe aplicarse es el de seis meses que rige para procesos que tramitan en primera instancia, conforme el Art. 310, inc. 1), del C.P.C. y C., de aplicación supletoria -Art. 54 Ley N° 921- (cfr. Ac. 59/13 del registro de la Secretaría Civil).

2. Es a la luz del referido precedente que habrá de analizarse la primera cuestión planteada, teniendo como norte que uno de los fines de la casación es mantener una interpretación uniforme de las normas vigentes, con el objeto de dar cohesión a las decisiones judiciales como garantía positiva de seguridad jurídica, para evitar la incertidumbre que crea la multiplicidad de interpretaciones de una misma norma legal frente a iguales situaciones de hecho, lo que a su vez es fuente de seguridad, certeza e igualdad, y por ende, de equidad” (cfr. HITTERS, Juan Carlos, op. cit. pág. 169).

Por otra parte, resulta necesario remarcar que la regla *iura novit curia*, de plena aplicación en esta etapa procesal, debe ser entendida conforme lo señalado por la Corte Nacional como la facultad y el deber del Tribunal de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos o argumentos jurídicos que enuncien las partes (Fallos: 310:1536, 2733; 321:1167; 324:1590, 300:1034). Tal como lo sostuvo al pronunciarme en el voto Ac. 33/13.

Es en virtud de lo señalado precedentemente, que advierto –y desde ya anticipo- que las circunstancias procesales de autos, que dieron lugar a la declaración de caducidad de instancia y su confirmación por la Alzada, no reúnen los extremos que habilitan en el proceso laboral la procedencia de la perención de instancia, en virtud de lo previsto por el Art. 28 y 54 de la Ley 921 y 310 del C.P.C. y C., conforme la interpretación que sobre el instituto ha desarrollado este Cuerpo en Acuerdo N° 40/06 y recientemente en Ac. N° 59/13, y que ha sido expuesta en el acápite 1).

En ese sentido también se ha dicho: “...para verificar la procedencia de la caducidad de instancia, se requiere la reunión de tres requisitos: la existencia de una instancia, el transcurso de un determinado lapso de tiempo y una inactividad procesal o una actividad que resulte inidónea.” (conf. ARAZI, ROLAND, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado”, T.II, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 36/37).

Ahora bien, en la específica materia que constituye la caducidad de instancia en el proceso laboral, y en virtud del impulso de oficio que lo rige, ha de ceñirse el último requisito a la configuración de la ausencia de una actividad necesaria e insustituible de la parte.

Resulta claro, que no nos encontramos ante ese supuesto, por cuanto en el caso que analizamos, ante la devolución del oficio dirigido a la Cámara Laboral de Cipolletti sin contestar, por inobservancia del requisito exigido por el Art. 3°, inc. 6), de la Ley 22.172, correspondía al Juzgado activar el trámite, y disponer el libramiento de un nuevo oficio, que cumpliera con el recaudo que se había omitido oportunamente, esto es, la firma del Juez –insustituible por añadidura-.

Es así, en función del rol proactivo que corresponde a la judicatura conforme las facultades ordenatorias e instructorias previstas en el Art. 36 del C.P.C. y C. (de aplicación supletoria conforme la norma del Art. 54 de la Ley N° 921).

Y en particular, por el deber de oficiosidad que es nota distintiva de la Magistratura del fuero laboral, sin perjuicio del rol activo que la ley



procesal especial, asigna a los litigantes (Art. 28 Ley N° 921).

Máxime cuando la falencia que provoca el fracaso de la diligencia procesal es la falta de firma del Juez en el oficio librado a la Cámara Laboral de Cipolletti, Provincia de Río Negro, condición exigida por la normativa que rige las comunicaciones entre magistrados de distintas jurisdicciones del país, la cual –se remarca- mal podía ser suplida por parte alguna.

En virtud de lo señalado, es que no se cumplen los extremos excepcionales que habilitan la procedencia de la perención de instancia en el proceso laboral, ya que no nos encontramos ante el supuesto de ausencia de una actividad necesaria e insustituible de la parte, sino de una actividad que debió cumplir el propio órgano judicial.

Cabe recordar que la perención de instancia es un instituto procesal cuya aplicación es de carácter restrictivo y, dentro del proceso laboral, acotada a supuestos excepcionales, como se refiere en el acápite II. 1).

Se ha dicho al respecto: “La interpretación en esta materia debe ser severa, cautelosa y estricta, es decir a favor del mantenimiento, vitalidad y supervivencia de los procedimientos...” (SOSA, TORIBIO ENRIQUE, “Aspectos novedosos de la caducidad de instancia en la Provincia de Buenos Aires”, Modos Anormales de terminación del proceso, 2012-1, Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, pág. 237).

Por lo expuesto, no resulta aplicable en el presente caso el instituto de la caducidad de instancia, y en consecuencia surge que el fallo impugnado ha incurrido en violación a los Arts. 28 y 54 de la Ley 921 y 310, sptes. y cctes. del C.P.C. y C.

Atento lo precedente, deviene abstracto el tratamiento del agravio referido al plazo.

En suma, y honrando el principio iura novit curia, propicio declarar procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido por la actora y CASAR el decisorio dictado a fs. 70/72 por la Cámara de Apelaciones -Sala II-, por violación a los Arts. 28 y 54 de la Ley N° 921, 310 sptes. y cctes. del C.P.C. y C., en la tésis considerada supra.

En función del modo en que se resuelve el recurso, y lo previsto en el Art. 17, inc. c) del ritual, corresponde recomponer, haciendo lugar a la apelación deducida por la actora, y revocar el fallo dictado por el Juzgado Laboral N° 3 a fs. 53/vta., rechazando el planteo de caducidad de instancia por no reunirse los extremos necesarios para la aplicación de dicho instituto en el presente proceso laboral, conforme la doctrina de este Cuerpo (Ac. 40/06 y 59/13) y en virtud de lo establecido por los Arts. 28 y 54 de la Ley 921, 310, sptes. y cctes. del C.P.C. y C., tal como se ha expresado en los considerandos.

Ello en virtud, habrá de analizarse la apelación deducida por la parte demandada a fs. 58/59 y 60.

En cuanto al agravio atinente al rechazo de la excepción de litispendencia resuelto por el Juzgado Laboral N° 3, surge que en los autos: “FERNÁNDEZ AEDO ÁNGEL BERNARDO C/ PROTECCIÓN CATÓDICA DEL COMAHUE S.R.L. S/ ORDINARIO” Expte. N° 9862/05 remitido en copia certificada por la Cámara del Trabajo de la ciudad de Cipolletti, Provincia de Río Negro, consta que en fecha 14/03/06 se dictó auto interlocutorio por el cual se hace lugar a la excepción de incompetencia deducida por la demandada.

Ello por se importa la inexistencia de un juicio en trámite, condición básica para la procedencia de la defensa opuesta por la demandada. Y conduce necesariamente a la confirmación de lo resuelto por el Juzgado Laboral de Primera Instancia en el punto I del decisorio dictado a fs. 537 vta. en cuanto al rechazo de la excepción de litispendencia deducida por aquella parte.

Respecto del agravio concerniente a la imposición de costas, cabe considerar que deviene abstracto atento el modo en que se resuelve.

III.- A la tercera cuestión planteada, corresponde imponer las costas de la presente etapa y de las anteriores a cargo de la demandada en función del principio de la derrota. (Arts. 68, in fine, del C.P.C. y C.). MI VOTO.

El señor vocal doctor RICARDO T. KOHON dice: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor Oscar E. MASSEI y la solución a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, de conformidad Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Declarar PROCEDENTE el recurso de Casación por Inaplicabilidad de Ley deducido por el actor ÁNGEL BERNARDO FERNÁNDEZ AEDO y en consecuencia, CASAR el decisorio dictado a fs. 70/72 por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, Sala II, por infracción a los Arts. 28 y 54 de la Ley 921, y 310, sptes. y cctes. del Código Procesal Civil y Comercial. 2°) En función de lo previsto por el Art. 17° de la Ley 1.406, recomponer el litigio, hacer lugar a la apelación y revocar el decisorio dictado por el Juzgado Laboral N° 3 a fs. 53/vta. en tanto hace lugar a la caducidad de instancia opuesta por la demandada. Asimismo rechazar la apelación deducida a fs. 58/59 y 60 por la accionada y confirmar el rechazo de la excepción de litispendencia resuelto por el Juzgado Laboral N° 3. 3°) Imponer las costas de la presente etapa y de las anteriores a cargo de la demandada, en virtud del principio de la derrota (Arts. 68 C.P.C. y C. y 12° de la Ley Casatoria) y de lo expuesto en el considerando III. 4°) Diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. 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 Actuaría, que certifica.

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

Dra. María Lorena Spikerman - Subsecretaria

[Volver al índice](#) - [Por Organismo](#)
[Por Tema](#)
[Por Carátula](#)

"MONTECINO MIGUEL R. C/ TEXEY S.R.L. Y OTROS S/ DESPIDO" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil - (Expte.: 23/2008) – Acuerdo: 59/13 – Fecha: 27/11/2013

DERECHO PROCESAL: Procedimiento laboral.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. APLICACION SUPLETORIA DE LA LEY. INTERPRETACION RESTRICTIVA. PLAZO DE CADUCIDAD. RECURSO DE CASACIÓN. JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA. FUNCION



UNIFORMADORA. RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LA LEY. RECHAZO DEL RECURSO.

La jueza de primera instancia rechaza el pedido de caducidad por no haberse cumplido el plazo de inactividad de 6 meses establecido en el Art. 310 inc.1) del C.P.C. y C. La demandada deduce recurso de Inaplicabilidad de ley por la causal del Art. 15°, inc. d), del Ritual casatorio. Invoca contradicción del decisorio con la doctrina de este Tribunal en los precedentes "Poo Jorge René y otros c/ Oscar Corralón Construcciones y otros s/ laboral" y "Baum Pablo Rodolfo c/ Oscar A Corral". Cita en forma equivocada una parte del fallo "Poo" que no corresponde a la decisión dictada por este Cuerpo sino a la reseña que se realiza de la sentencia recaída en primera instancia. También erróneamente invoca la doctrina del fallo "Baum", al señalar que se expide a favor de la aplicación del plazo de tres meses previsto en el Art. 310, inciso 2, C.P.C.y C., pero ello es completamente inexacto, ya que el decisorio no trata ese tópic.

Corresponde declarar improcedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley interpuesto por la demandada, por no mediar contradicción con la doctrina de este Cuerpo, confirmándose, en consecuencia, la resolución de primera instancia que rechaza la caducidad por no haberse cumplido el plazo de 6 meses, y en ejercicio de la función uniformadora, reafirmar la doctrina establecida en el Acuerdo Nro. 40/06 in re: "POO" respecto de la aplicación excepcional del instituto de la caducidad de instancia en el proceso laboral, en cuanto a que solo procede ante la presencia de desidia y desinterés de la parte en impulsar el proceso frente a supuestos en que se requiere de una actividad necesaria e insustituible de ella, como así también completar la doctrina en cuanto a que el plazo que debe aplicarse es el de seis meses que rige para procesos que tramitan en primera instancia conforme el Art. 310, Inc. 1), del C.P.C. y C., de aplicación supletoria (Art. 54 Ley N° 921).

Texto completo:

ACUERDO NRO. 59. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintisiete (27) días de noviembre de dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los señores vocales doctores RICARDO T. KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la Sra. Subsecretaria de la Secretaría Civil de Recursos Extraordinarios, Dra. MARÍA LORENA SPIKERMAN, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "MONTECINO MIGUEL R. C/ TEXEY S.R.L. Y OTROS S/ DESPIDO" (Expte. Nro. 23 - año 2008) del Registro de la Secretaría actuante.

ANTECEDENTES: A fs. 125/126 vta., dicta resolución interlocutoria el Juzgado Laboral N° 1 de esta ciudad, rechazando el pedido de caducidad de instancia planteado por la co-demandada TEXEY S.R.L.

Disconforme, la parte vencida deduce, a fs. 131/138 vta., recurso de casación.

Posteriormente, a fs. 171/175, mediante Resolución Interlocutoria N° 37/11, se declara admisible el recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley en virtud de la causal establecida en el Inc. d) del Art. 15° de la Ley 1.406 e inadmisibles la correspondiente al Inc. c) del citado precepto legal.

Firme la providencia de autos y practicado 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.

A las cuestiones planteadas y conforme el orden del sorteo realizado, el Dr. RICARDO T. KOHON dice:

I. Que a fin de lograr una mejor comprensión de la materia traída a estudio de este Cuerpo, realizaré una síntesis de los hechos relevantes para la resolución de este recurso.

1) A fs. 23/33 vta., en fecha 8/02/07 se presenta MIGUEL ROBERTO MONTECINO, mediante apoderado, promueve demanda contra TEXEY S.R.L., UTENEU e Y.P.F. S.A., esta última en su carácter de responsable solidaria, en reclamo de una indemnización por despido.

A fs. 34 el Juzgado provee la demanda y confiere traslado a los accionados.

A fs. 35 se agrega cédula devuelta a UTENEU sin diligenciar por resultar insuficientes los datos indicados para localizar el domicilio.

A fs. 37 se intima a la parte actora a denunciar nuevo domicilio de la demandada UTENEU bajo apercibimiento de paralización.



A fs. 47/54 vta. se presenta Y.P.F. SA mediante apoderado y contesta demanda.

A fs. 96/107 vta. se presenta TEXEY S.R.L. mediante apoderado y contesta demanda.

A fs. 108 se corre traslado de la documental y del pedido de citación de tercero a la actora, que es contestado a fs. 110 (30/03/07).

A fs. 112 el Juzgado dispone la paralización de las actuaciones en virtud de que la actora no contestó la intimación para que denuncie el domicilio de la co-demandada UTENEU (22/05/07).

A fs. 116/vta. la demandada TEXEY S.R.L. acusa la caducidad de instancia (28/09/07), y de ello se confiere traslado a la actora a fs. 117 (8/10/07).

A fs. 118 la accionante denuncia el domicilio de la accionada UTENEU (3/10/07).

A fs. 119 obra informe actuarial que deja constancia que el escrito de la actora con cargo de fecha 3/10/07 se encontraba traspapelado sin proveer y se agrega en fecha 19/10/07.

En la misma fecha el Juez lo tiene presente.

A fs. 121/122 la actora contesta el traslado del pedido de caducidad y solicita su rechazo (26/10/07).

A fs. 125/126 vta. la Jueza dicta resolución interlocutoria rechazando el pedido de caducidad de instancia.

Señala que partiendo de las claras pautas del Art. 310 del C.P.C. y C. -por aplicación supletoria de conformidad con el Art. 54 de la Ley N° 921-, debido a la naturaleza de la acción y por tratarse de un proceso de conocimiento en primera instancia, corresponde la aplicación del plazo de seis meses, previsto en el Art. 310, Inc. 1), del ritual Civil y Comercial.

Precisa que el acto procesal pendiente de producción idóneo para reanudar el procedimiento era la denuncia de un nuevo domicilio de la codemandada UTENEU, carga que estaba en cabeza de la actora, no obstante las disposiciones del Art. 28 de la Ley N° 921.

Agrega que, más allá del impulso compartido, no se había cumplido a la fecha del pedido de caducidad de instancia, el plazo de inactividad procesal previsto por el Inc. 1° del Art. 310 del C.P.C. y C.

Expresa que no puede asimilarse al proceso laboral uno sumarísimo, para aplicar un instituto procesal que apareja su extinción, sin detrimento de derechos irrenunciables y de principios de raigambre constitucional.

Afirma la naturaleza excepcional de la caducidad de instancia y su aplicación restrictiva en el proceso laboral, conforme lo sostiene la doctrina y jurisprudencia de este Cuerpo y cita el precedente "POO, Jorge René y otros c/ OSCAR CORRAL CONSTRUCCIONES y otros s/ Laboral" Expte. 599/03, Acuerdo N° 40/06 del Registro de la Secretaría Actuarial.

A fs. 131/138 vta. la demandada TEXEY S.R.L. deduce recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley por arbitrariedad y contradicción con la doctrina de este Cuerpo con sustento en el Art. 15° Incs. c) y d), respectivamente.

Al propio tiempo resalta en el escrito casatorio la distinta solución dada por la misma Jueza -actuando como subrogante del Juzgado Laboral N° 2- en otra causa idéntica "LUCERO, FABIÁN CONTRA TEXEY S.R.L. Y OTROS SOBRE DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES" (Expte. Nro. 34741 -AÑO 2007), en la que decidió que el plazo de caducidad aplicable es de tres meses.

A fs. 139 se confiere traslado a la actora, quien contesta -mediante gestor- a fs. 141/144, solicitando el rechazo del recurso.

A fs. 171/175 se dicta Resolución Interlocutoria N° 37/11 declarando admisible el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por TEXEY S.R.L. en virtud de la causal establecida en el Inc. d) del Art. 15° de la Ley 1.406 e inadmisibles por la correspondiente al Inc. c) del citado precepto legal.

Asimismo, se declara la nulidad de lo actuado por el Dr. Maximiliano Cattafesta, en calidad de gestor procesal del actor Miguel Roberto Montecino, teniendo por no contestado el recurso.

A fs. 188/189 vta. dictamina el Fiscal ante el Cuerpo.

Sostiene que la declaración de caducidad de instancia tiene carácter excepcional y su aplicación es restrictiva. Que atento las consecuencias procesales que implica, debe optarse en caso de duda o disyuntiva por mantener viva la instancia.

Expresa que ese criterio debe respetarse con mayor énfasis en el procedimiento laboral en que el Tribunal mantiene un rol protagónico en cuanto a su desarrollo.

Sin perjuicio de ello, señala que la aplicación restrictiva del instituto de la caducidad de instancia en el fuero laboral no obsta a su declaración cuanto concurren las circunstancias que lo configuran.

Manifiesta que el proceso puede ser activado por las partes o por el Tribunal y si bien el impulso de oficio no viene a reemplazar la inacción de los litigantes, su institución es incompatible con la caducidad de la instancia, salvo que de las constancias de autos se desprenda en forma inequívoca que la parte interesada es quien impide que el pleito arribe a su fin decidiendo abandonar definitivamente el



proceso.

Que teniendo presente tales conceptos, opina que corresponde aplicar el Art. 310, Inc. 1), del Código Procesal Civil y Comercial y en consecuencia, rechazar la caducidad de instancia.

Ello por cuanto, estima que computando dicho período desde la providencia de fecha 11/04/07 que tuvo por contestado por la parte actora el traslado de fs. 108, hasta el pedido de caducidad de fecha 28/09/07 (fs. 116 y vta.), se deduce que no ha transcurrido el plazo previsto para tener por operado el instituto en cuestión.

Propicia rechazar el pedido de caducidad de instancia solicitado por la co-demandada Texey S.R.L.

A fs. 191 se llaman autos para sentencia.

II. I. Al ingresar al análisis del recurso resulta oportuno destacar que la misma cuestión que es objeto de debate en los presentes – plazo de caducidad en el proceso laboral-, resuelta en sentido diverso, motivó la apertura de la instancia extraordinaria en autos: “FERNÁNDEZ AEDO, Ángel Bernardo C/ PROTECCIÓN CATÓDICA DEL COMAHUE S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES” Expte. N° 231 -año 2009, R.I. N° 100/11, en atención a la finalidad uniformadora de la casación.

Ello, por cuanto una de las funciones que le corresponde al Tribunal Superior de Justicia en tanto estrado casatorio, es garantizar una misma respuesta jurídica a casos similares, interés éste de orden superior que constituye la base de una recta administración de justicia, en un estado de derecho que brinda seguridad jurídica.

Y es que dicha función opera “como garantía positiva de certidumbre jurídica, es decir para evitar la inseguridad que crea la multiplicidad de interpretaciones de una misma norma legal” (cfr. Juan Carlos HITTERS, Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación, L.E.P., La Plata, 1998, pág. 160).

En razón de lo expuesto, se impone una decisión que, además de dar respuesta al caso concreto, establezca doctrina sobre el punto controversial que motiva la intervención de este Cuerpo, esto es determinar si el plazo de caducidad de la instancia en el proceso laboral se rige por el término establecido en el Art. 310, Inc. 1 –seis meses- o Inc. 2 –tres meses-, del Código Procesal Civil y Comercial, de aplicación supletoria (Art. 54 Ley 921).

2. Dicho lo precedente, corresponde iniciar el análisis del motivo casatorio alegado, el previsto en el inciso d) del Art. 15 de la Ley Casatoria local, que se configura cuando:

“[...]la sentencia contradiga la doctrina establecida por el Tribunal Superior de Justicia, en los cinco años anteriores a la fecha del fallo recurrido, o por una Cámara, cuando aquel no se hubiera pronunciado sobre la cuestión y siempre que el precedente se hubiera invocado oportunamente.”

En el sub lite, el recurrente sostiene que la Jueza de grado realiza una interpretación errónea y desconoce los alcances de la doctrina fijada por este Cuerpo en el precedente “POO, JORGE RAÚL Y OTROS C/ OSCAR A. CORRAL CONSTRUCCIONES Y OTROS S/ LABORAL” (Expte. N° 599 año 2003), Acuerdo N° 40/06 del registro de la Secretaría Civil.

Sin embargo, yerra al considerar como doctrina del fallo invocado, lo que no reviste esa entidad.

Ello así, por cuanto cita en forma equivocada una parte del fallo “POO”, que no corresponde a la decisión dictada por este Cuerpo, sino a la reseña de la sentencia recaída en Primera Instancia.

Debe considerarse, que a efectos de individualizar la doctrina que emana de un fallo resulta necesario distinguir sus argumentos fundamentales de otros elementos que no lo son.

En ese sentido se ha dicho:

“[...] Se debe evitar que las manifestaciones incidentales de un decisorio sean consideradas doctrina legal e invocadas en otros fallos, ya que los únicos razonamientos que pueden formar jurisprudencia son los razonamientos que fueron base del esquema sentencial” (HITTERS, Juan Carlos, p. 329, op.cit.).

El fallo (es decir la parte resolutive) es vinculante para las partes, mientras que la ratio decidendi se extiende –con su autoridad doctrinal- a todos los casos idénticos (cfr. autor y obra mencionada supra, p. 330, con referencia a SILVING, HELEN, Teh sources of law, Buffalo, 1986, p. 164, citada por Puig Brutau, “Como ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo”, en Revista Jurídica de Cataluña, enero-febrero, 1953, p. 263).

En el caso bajo examen, el párrafo que el recurrente invoca como doctrina -y transcribe textualmente-, corresponde a la reseña que hace este Cuerpo de la resolución dictada por la Jueza de Primera Instancia, en el acápite I 8) destinado al resumen de los decisorios dictados en las instancias anteriores que han sido recurridos.

Surge evidente que la cita señalada no constituye el holding del fallo invocado.

Es que, si bien el referido precedente establece doctrina relativa al instituto de la caducidad de instancia en el proceso



laboral, no se expide en modo alguno sobre el plazo aplicable.

En efecto, la doctrina de este Cuerpo sentada en los referidos autos, mediante Acuerdo N° 40/06 del Registro, en el que intervino como Vocal preopinante, se ciñe a establecer que la procedencia de la caducidad en el proceso laboral debe circunscribirse al supuesto en que se requiera de una actividad necesaria e insustituible de la parte para el desarrollo del proceso y que para su aplicación no es exigible intimación previa.

Concretamente se consigna:

“[...] cabe reiterar la aplicación restrictiva del instituto de la caducidad de instancia en el proceso laboral. Solo procede ante la presencia de desidia y desinterés de la parte en impulsar el proceso frente a supuestos en que se requiere de una actividad necesaria e insustituible de ella. Su aplicación debe realizarse conforme se encuentra regulada en el C.P.C. y C., que no contempla la exigencia de intimación previa.”

Arguye el recurrente que el fallo mencionado establece que el plazo de caducidad en el proceso laboral es el previsto en el Art. 310, Inc. 2°, C.P.C. y C. Ello resulta inexacto, por cuanto – reitero- aquel precedente no se expide sobre el plazo en ningún sentido, por no haber sido el tópico, objeto de controversia ni del recurso casatorio.

Se concluye que la doctrina invocada por el quejoso no es tal, por cuanto ha incurrido en una incorrecta cita e interpretación del decisorio dictado por este Cuerpo en el referido Acuerdo 40/06.

Idéntico déficit se exhibe respecto de la alegada contradicción con la doctrina expuesta en autos “BAUM”, Acuerdo N° 45/06, del Registro de esta Secretaría.

Se expresa en el recurso:

“[...] la utilización del plazo de tres (3) meses como término de inactividad surge a consecuencia de otra doctrina judicial de este máximo tribunal en autos caratulados: “BAUM, PABLO R. c/ OSCAR A CORRAL CONSTRUCCIONES S/ LABORAL” (Acuerdo 45/06 del Registro), ya que también hace referencia al Art. 310, Inc. 2, C.P.C. y C.” (cfr. fs. 137).

Como se ha dicho, también en este caso, lo expresado por el quejoso resulta erróneo, por cuanto el fallo citado, en términos idénticos al precedente “POO”, establece doctrina respecto de caducidad laboral, empero en modo alguno se expide sobre el plazo aplicable.

Cabe acotar -además-, que en ambos antecedentes el resultado fue el rechazo de la caducidad de instancia.

En función de lo expuesto, corresponde concluir que, confrontados los precedentes invocados con el decisorio aquí dictado, no surge la contradicción denunciada, por cuanto los Acuerdos N° 40/06 y N° 45/06 no fijan doctrina respecto del plazo aplicable al instituto de la caducidad de instancia en el proceso laboral y en consecuencia, no se configura la causal prevista en el Art. 15°, Inc. d), de la Ley 1.406.

3. No obstante ello, a los efectos de cumplir con la función uniformadora que le compete a este Cuerpo, a la que hice referencia al inicio del presente voto, se impone determinar si el plazo de caducidad de la instancia en el proceso laboral se corresponde con el establecido por el Art. 310, Inc. 1 –seis meses- o Inc. 2 –tres meses-, del C.P.C. y C. de aplicación supletoria (Art. 54 Ley 921).

Para una correcta hermenéutica de la materia bajo estudio, es menester considerar liminarmente que la Ley Procesal Laboral establece un procedimiento impulsado indistintamente por las partes o de oficio por el Tribunal y no contiene disposiciones relativas al instituto de caducidad de instancia.

En efecto, en su Art. 28 la Ley provincial N° 921 establece:

“Una vez presentada la demanda, el procedimiento será impulsado indistintamente por las partes o de oficio por el juez o [jueza] quien podrá ordenar las medidas que estime convenientes para averiguar la verdad material y para evitar nulidades.

“Las cédulas, oficios y exhortos serán confeccionados y diligenciados por el juzgado.”

La norma conlleva el espíritu que impregna al proceso laboral y cuyo fundamento radica en el interés público en que los procesos en los que se discuten derechos del trabajo lleguen a su fin.

Movido por aquel interés social, es que el Poder Legislativo provincial ha previsto en la Ley N° 921 un procedimiento especial para el trámite de controversias entre empleadores y trabajadores a las que sea aplicable la Ley de Contrato de Trabajo.

En este sentido, el motivo determinante de la elección del procedimiento oficioso se encuentra emparentado, en forma estrecha, con la naturaleza del derecho sustancial que se intenta hacer valer en el proceso.

Cabe destacar la naturaleza protectoria del Derecho del Trabajo, con una vasta gama de medios que quien legisló ha derivado de ella, en procura de igualar las asimetrías resultantes en las relaciones jurídicas que nacen del seno laboral.(cfr. Ac. N° 45/07 del Registro de esta Secretaría).

Si, como lo entiende Michele Taruffo, “el proceso debe concebirse como un instrumento de justicia social y de tutela y



realización de los derechos -sobre todo de aquellos pertenecientes a los sujetos débiles-” (aut. cit., Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil, Edit. Temis, Bogotá, 2006, pág. 53 y sgtes.); resulta evidente que los principios que caracterizan el derecho sustantivo laboral, de algún modo se deben traspasar a la ley ritual. (cfr. Ac. N° 45/07).

Que guiado por tal pensamiento, cabe entender que el Poder legislativo ha incorporado, en la Ley N° 921, una serie de mecanismos que también tienden a nivelar en el plano procesal, las diferencias del plano contractual.

A modo de ejemplo, se pueden mencionar los siguientes artículos: 7° (apoderamiento con simple carta poder o poder apud acta); 10° (notificación de la demanda en el domicilio comercial o lugar de trabajo); 16° (beneficio de justicia gratuita); 15°, 21°, 26°, 40°, 41°, 42°, 45° (abreviación de los plazos procesales); 38° (inversión carga probatoria); 40° (sentencia ultra petita).

Es en ese contexto y con idéntica finalidad, que se ha regulado en el Art. 28 un procedimiento que coloca principalmente en cabeza de la Magistratura la responsabilidad de hacer avanzar el trámite hasta el dictado de una sentencia.

A su vez, la misma ley ritual especial incluye una cláusula de supletoriedad, para la aplicación de las normas de procedimiento civil en cuanto sean compatibles con su letra y su espíritu.

Así lo establece en su Art. 54:

“Las disposiciones del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial vigente en la provincia, serán supletorias en cuanto sean compatibles con la letra y el espíritu de la presente ley.”

Cabe detenernos en este precepto, pues de su adecuada interpretación derivará una correcta aplicación de la normativa ritual que gobierna el proceso laboral.

En primer término, se debe clarificar el significado de la acepción: supletoria.

Conforme el Diccionario de la Real Academia Española, debe entenderse por suplir: integrar lo que falta en algo y por supletorio: aquello que suple una falta.

En consecuencia, se extrae como primer pauta que emerge del Art. 54 del ritual laboral local, que la aplicación de normativa procesal civil solamente cabe en el proceso laboral, ante el extremo excepcional de carencia de una solución procesal para determinado supuesto fáctico, en el marco de la Ley N° 921.

Luego, corroborado que efectivamente nos encontramos ante aquella hipótesis excepcional, se debe realizar una cuidadosa ponderación, por cuanto las referidas normas serán aplicables solo en tanto y en cuanto sean compatibles con la letra y el espíritu de la Ley procesal laboral.

El precepto impone a la judicatura una prudente aplicación de la norma supletoria, que armonice y no desvirtúe el sistema procesal específico, caracterizado por garantizar en el plano procesal el principio protectorio de raigambre constitucional (Art. 14bis C.N.).

Por cuanto el instituto de perención de instancia no se encuentra previsto en el proceso laboral, gobernado por el impulso oficioso, su aplicación por vía supletoria, solo procede ante el caso que no encuentre respuesta en el marco de la ley específica.

Este supuesto excepcional ha sido circunscripto a aquel en se requiere de una actividad esencial e irremplazable de la parte para hacer avanzar el proceso.

Tal ha sido la doctrina sentada por este Tribunal Superior, al remarcar la aplicación restrictiva del instituto de la caducidad de instancia en el proceso laboral y que solo procede ante la presencia de desidia y desinterés de la parte en impulsar el proceso frente a supuestos en que se requiera de una actividad necesaria e insustituible de aquélla. (cfr. Acuerdo 40/06 y 45/06).

Corresponde destacar, que el sistema de la Ley N° 921 contempla en el marco de un proceso que se rige fundamentalmente por el impulso de oficio soluciones concretas para resolver hipótesis de detenimiento del proceso por inactividad de las partes.

Así, por ejemplo, al regular las pruebas testimonial e informativa, el legislador ha previsto que si la parte oferente no las insta de manera eficaz, pierde el derecho de producirlas (Arts. 32 y 39).

Ahora bien, la hipótesis de falta de denuncia de domicilio del demandado, se encontraría comprendida en el Art. 20, última parte, del ritual laboral.

Sin embargo, puede suceder que ante el fracaso de la notificación del traslado de la demanda, y al ser intimada la parte actora por el Juzgado, ella no cumpla con la denuncia de un nuevo domicilio y tampoco requiera la puesta en marcha de los mecanismos previstos en los Arts. 145, 343 del C.P.C. y C. (de aplicación supletoria conforme el Art. 54 Ley N° 921). Ante ello, el ritual dispone la parálisis del procedimiento hasta que la accionante cumpla con su carga procesal (Art. 20 Ley N° 921).



Es aquí donde nos encontramos frente a un caso excepcional que habilita la aplicación supletoria del Art. 310 del C.P.C.y C. al proceso laboral.

Y es menester señalar que dicha aplicación del instituto de la caducidad de instancia al proceso laboral –reitero-circunscripto a excepcionales supuestos, no ofrece reparos en cuanto a su compatibilidad con la letra y el espíritu de la Ley N° 921.

Debe atenderse, además, al derecho del demandado aún no notificado y/o del co-demandado con quien ya se ha trabado la litis, a obtener una sentencia, a la par que certeza y seguridad jurídica.

En ese sentido, debe determinarse en cada caso concreto, frente a la realidad de los hechos, si el Tribunal pudo o no impulsar de oficio el proceso ante la inactividad de la actora y si tal inactividad constituyó un obstáculo que no pudo ser salvado por ningún tipo de diligencia judicial. (VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, “La caducidad en el proceso laboral”, Trabajo y Seguridad Social, T.I-1973-1074, p. 803).

Coincidentemente se ha dicho:

“Como quiera que fuese, si la caducidad de la instancia siempre resulta una medida excepcional y por lo tanto de aplicación restrictiva y su interpretación debe ser estricta y ordenada prioritariamente a mantener la vitalidad del proceso, con mayor razón aún ello debe entenderse así en el procedimiento en el cual el legislador ha instaurado el impulso de oficio, debido precisamente al rol protagónico en cuanto a su desarrollo que compete al órgano judicial” (SOSA, TORIBIO ENRIQUE, “Caducidad de Instancia”, La Ley p. 216/217, Buenos Aires, 2005).

Nuestro Máximo Tribunal Nacional ha sostenido un criterio que resulta aplicable al presente:

“El instituto de la caducidad de instancia no está legislado en forma expresa con relación al proceso laboral bonaerense, lo que sumado a la adopción del sistema inquisitorio que informa la Ley 7718 cuyo Art. 12 establece que los tribunales del trabajo deben impulsar el procedimiento de oficio, especialmente en lo relativo a aquellas medidas necesarias o convenientes para el desarrollo del proceso, medidas que, según reza la norma, `deberán ordenar`, impone como conclusión que, en caso de admitirse la caducidad de instancia en el procedimiento laboral, al menos, su procedencia, deba limitarse a supuestos muy excepcionales.” (sentencia del 24 de julio de 1984, in re: T.243-XIX. “Torchia Pascual c/ Ford Motor Argentina S.A. s/ accidente de trabajo”), FALLOS 306:851 y en el mismo sentido “De Marco, Miguel Ángel Daniel c/ Instituto de Terapéutica Purissimus S.A.”, 1986 T. 308 P. 334).

Ahora bien, si conforme las pautas precedentes –en particular la doctrina sentada por este Cuerpo en Ac. N° 40/06-, se acreditan los extremos excepcionales señalados, surge el interrogante respecto de cuál es el plazo que se debe aplicar a los efectos del cálculo de la caducidad de instancia. Tal es el punto que nos convoca al debate en el sub lite.

La norma del Art. 310 inserta en el Libro I: Disposiciones Generales, Título V: Modos anormales de Terminación del Proceso, del ritual civil y comercial, establece los plazos aplicables en los siguientes términos:

“Se producirá la caducidad de la instancia cuando no se instare su curso dentro de los siguientes plazos:

1° De seis meses, en primera o única instancia.

2° De tres meses, en segunda o tercera instancia, y en cualquiera de las instancias de los juicios sumarios y sumarísimos.

3° En el que se opere la prescripción de la acción, si fuere menor a los indicados precedentemente.”

En este punto y para analizar el plazo del instituto de la caducidad de instancia, conforme la pauta de aplicación supletoria establecida en el Art. 54 de la Ley N° 921, nuevamente debe extremarse el esfuerzo de ponderación a fin de que la solución resulte compatible con la letra y el espíritu de la norma procesal laboral.

Es importante señalar que el proceso laboral establecido en la Ley N° 921 no es uno de los previstos en la Parte Especial del Código Procesal Civil y Comercial, sino que constituye un proceso diferente, gobernado por principios propios del Derecho Procesal Laboral –como ya se ha dicho-.

Ello, de por sí, torna inaplicable la norma del Art. 310, Inc. 2, del ritual Civil, que se refiere exclusivamente a juicios sumarios y sumarísimos.

A más de lo expuesto, y pese a las similitudes que puedan reconocerse, no cabe realizar una interpretación analógica entre el proceso laboral y el proceso sumario civil, atento que la aplicación del instituto de la perención de instancia es de carácter restrictivo.

De ese modo, en virtud de la pauta establecida por el Art. 54 de la Ley ritual laboral, habrán de ponderarse los principios que inspiran el proceso laboral y la índole del derecho material comprometido (Art. 14bis C.N.), sumados a la aplicación restrictiva que caracteriza al instituto procesal en cuestión.

Como resultado de esa prudente ponderación, surge que en la definición del plazo aplicable a la caducidad de instancia en el proceso laboral habrá de estarse al más extenso, esto es, el de seis meses que establece el Art. 310, Inc. 1°, C.P.C. y C. de aplicación supletoria, para procesos que tramiten en primera o única instancia.

4. Por todo lo expuesto, propicio declarar improcedente el recurso casatorio instaurado, confirmándose, en consecuencia, el pronunciamiento recurrido, toda vez que no media la causal de violación a la doctrina alegada.



Asimismo, en ejercicio de la función uniformadora de la jurisprudencia enunciada al principiar el presente, reafirmar la doctrina establecida por este Cuerpo en Ac. 40/06 "POO", en cuanto a que la caducidad de instancia en el proceso laboral solo procede ante la presencia de desidia y desinterés de la parte en impulsar el proceso frente a supuestos en que se requiere de una actividad necesaria e insustituible de ella y completarla en cuanto a que el plazo que debe aplicarse es el de seis meses que rige para procesos que tramitan en primera instancia conforme el Art. 310, Inc. 1), del C.P.C. y C., de aplicación supletoria (Art. 54 Ley N° 921).

III.- A la tercera cuestión planteada, y más allá de la falta de contradicción en esta etapa -merced a la incontestación del recurso dispuesta en el punto I de la R.I. N° 37/11- la naturaleza de lo aquí decidido, dado que sobre este particular han sido distintas las respuestas proferidas en el foro local, y ello ha demandado fijar un criterio interpretativo uniforme, se estima justo y razonable que las costas de esta ulterior instancia se impongan por su orden (Art.68 -2do párrafo- del C.P.C. y C. y 12 de la Ley 1.406),(cfr.Acuerdos Nros. 24/03, 40/06 y 68/11 del Registro de la Actuaría).

Ello no obsta a disponer la pérdida del depósito efectuado por la recurrente, cuya constancia luce a fs. 130 (Art. 10° de la Ley 1.406), dándosele el destino conferido por la Ley de Autarquía Judicial 1.971, lo que así corresponde resolver, como también y -por otra parte- el desglose y devolución -por Secretaría- de la pieza de fs. 141/144. MIVOTO.

El señor vocal OSCAR E. MASSEI, dice: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor Ricardo T. KOHON y la solución a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. ASIVOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, de conformidad Fiscal, por unanimidad SE RESUELVE: 1°) Declarar IMPROCEDENTE el recurso de Casación por Inaplicabilidad de Ley deducido por la demandada TEXEY S.R.L. contra la sentencia dictada a fs. 125/126 vta. por el Juzgado Laboral N° 1 de Neuquén, con base en los considerandos. 2°) REAFIRMAR la doctrina establecida por este Cuerpo en Ac. 40/06 "POO" respecto de la aplicación excepcional del instituto de la caducidad de instancia en el proceso laboral y COMPLETARLA en cuanto a que el plazo que debe aplicarse es el de seis meses que rige para procesos que tramitan en primera instancia conforme el Art. 310, Inc. 1), del C.P.C. y C., de aplicación supletoria (Art. 54 Ley N° 921) como se expresa en el considerando II.4. 3°) Imponer las costas de esta etapa por su orden. (Art. 68, 2do párrafo, del C.P.C. y C. y 12 de la Ley N° 1.406), en virtud de lo expuesto en el considerado III) y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. 4°) Disponer la pérdida del depósito efectuado por el recurrente a fs. 130 (Art. 10 de la Ley N° 1.406), dándosele el destino conferido por la Ley de Autarquía Judicial N° 1.971, y el desglose y devolución del escrito de fs. 141/144. 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 Actuaría, que certifica.

Dr. RICARDO T. KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI
Dra. María Lorena Spikerman – Subsecretaria

[Volver al índice](#) - [Por Organismo](#)
- [Por Tema](#)
- [Por Carátula](#)

"MORALES EMANUEL RAÚL ADAN S/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL EMPLEO DE ARMA DE FUEGO " – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 96/2011) – Acuerdo: 107/13 – Fecha: 26/08/2013

DERECHO PENAL: Acción penal.

HOMICIDIO. AGRAVANTES DE LA PENA. ARMA DE FUEGO. RECURSO DE CASACION. ARBITRARIEDAD. RECHAZO DEL RECURSO.

Cabe rechazar el recurso de casación interpuesto por la Defensa contra la sentencia que tuvo al imputado como autor material y penalmente responsable del delito de homicidio calificado por el uso de arma de fuego (Arts. 79 y 41 bis del C.P.), a la pena de trece años de prisión de cumplimiento efectivo e inhabilitación absoluta por igual término (Art. 12 del C.P.), en tanto el Ad quem valúo que la autoría del crimen ha sido comprobada en forma certera, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, descartando cualquier clase de duda. En rigor, los testigos (hermana, cuñado y sobrino) impresionaron a la Cámara de anterior instancia, en ponderación que comparto plenamente, como veraces, coherentes y concordantes entre sí.

Corresponde rechazar la inconstitucionalidad del art. 41 bis del Código Penal planteada, pues la pena



fijada no es inhumana, ni cruel, ni irracional, ni indeterminada, ni desproporcionada con la entidad de la ofensa cometida, guardando una justa correspondencia con las circunstancias comprobadas de la causa, ya que el hecho se ejecutó con un arma de fuego y no con cualquier otro tipo de arma de menor poder ofensivo.

En tanto el imputado se valió de un arma de fuego para acabar con la vida de C., mediante cinco disparos, efectuados desde una corta distancia, tres de ellos dirigidos a zonas vitales, con lo cual buscó asegurar el resultado de su disvalioso accionar, aún cuando el occiso se encontraba indefenso y alcoholizado, demostrando un total desprecio por la vida de su semejante, entiendo que la individualización de la pena no es desproporcionada en relación a la gravedad de los hechos enrostrados al inculpado ni al grado de culpabilidad verificado por el autor en la acción que se le atribuye. Además, las pautas evaluadas por los magistrados a tal fin, se derivan de las constancias de la causa, lo que me lleva a descartar que se trate de una pena arbitraria.

Texto completo:

ACUERDO N° 107/2013: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintiseis días del mes de agosto del año dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN y ANTONIO G. LABATE, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para dictar sentencia en los autos caratulados "MORALES EMANUEL RAÚL ADAN S/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL EMPLEO DE ARMA DE FUEGO" (expte. n° 96 - año 2011) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: I.- Que por sentencia n° 06/2011, dictada por la Cámara en Todos los Fueros de la II° Circunscripción Judicial, sita en la ciudad de Cutral Cò, se resolvió (fs. 523/548), en lo que aquí interesa: "...I.- CONDENAR a EMANUEL RAUL ADAN MORALES (...), como autor material y penalmente responsable del delito de HOMICIDIO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (Arts. 79 y 41 bis del C.P.), (...) a la pena de TRECE AÑOS DE PRISION DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO e INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR IGUAL TERMINO (Art. 12 del C.P.)... II.- REVOCANDO la condicionalidad de la pena impuesta a Morales por el Juzgado Correccional Local en Expediente N° 4966-2010 mediante sentencia de fecha 7 de diciembre de 2010 (Art. 27 del C.P.), y UNIFICANDO la misma con la recaída en las presentes en la PENA UNICA, comprensiva de ambas, de TRECE AÑOS Y DOS MESES DE PRISION DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO E INHABILITACION ABSOLUTA POR EL MISMO TERMINO (Art. 12 del C.P.), manteniéndose las declaraciones de hecho y de derecho de ambos pronunciamientos (Arts. 55 y 58 del C.P.)...".

En contra de tal resolución, dedujo recurso de casación el señor Defensor Particular, Dr. Gustavo E. Palmieri, a favor de EMANUEL RAÚL ADÁN MORALES (fs. 552/582 vta.).

Por aplicación de la ley 2.153 de reformas del Código Procesal (ley 1.677), y lo dispuesto en el art. 424, párrafo 2°, del C.P.P. y C., ante el requerimiento formulado, el recurrente hizo uso de la facultad allí acordada, por lo que, a fs. 594/597, se llevó a cabo la audiencia "in voce" solicitada, ocasión en la cual la parte mejoró argumentos.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dra. Lelia G. Martínez de Corvalán y Dr. Antonio G. Labate.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el art. 427 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1°) ¿Es formalmente admisible el recurso de casación interpuesto?; 2°) ¿Es procedente el mismo?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión la Dra. LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN, dijo:

a) El escrito fue presentado en término, por parte legitimada para ello, ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, revistiendo el mismo el carácter de definitivo pues pone fin a la causa.

b) Además, la impugnación resulta autosuficiente porque de su lectura se hace posible conocer como se configuran -a juicio del recurrente- los motivos de casación aducidos y la solución final que propone.

Por consiguiente, entiendo que corresponde declarar la admisibilidad formal del recurso.

El Dr. ANTONIO G. LABATE dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

A la segunda cuestión la Dra. LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN, dijo: I.- En contra de la sentencia n° 06/2011 (fs. 523/548), emitida por la Cámara en Todos los Fueros de la II° Circunscripción Judicial, sita en la ciudad de Cutral Cò, dedujo recurso de casación el señor Defensor de Confianza, Dr. Gustavo Eduardo Palmieri (fs. 552/582 vta.).

El impugnante plantea, invocando la doctrina de la sentencia arbitraria, los siguientes puntos de agravio:



a) Postula (fs. 555) la nulidad del fallo aduciendo que adolece del déficit de falta de fundamentación, tanto por omitir considerar prueba dirimente, cuanto por resultar afectado el principio de razón suficiente (art. 18 de la C.N.; arts. 363, segundo párrafo, y 369, inc. 3º, del C.P.P. y C.).

a.1) Señala que la sentencia tuvo por acreditada la materialidad del delito a partir del relato de los familiares de la víctima, señor Patricio Calfuqueo, reforzado con otras declaraciones complementarias, descartando los cuestionamientos de la Defensa en términos “de credibilidad objetiva y subjetiva” (sic.) de los mismos, en tanto serían testigos interesados en el resultado del pleito.

Ello lo lleva a alegar que la decisión sería una derivación de la “íntima convicción” (sic.) de los magistrados, que no se correspondería con lo realmente acontecido en el debate; lo que no podría ser controlado por el órgano revisor porque se denegó su video grabación, so pretexto que la petición había sido cursada por vía de un fax (art. 360, párrafo segundo, del C.P.P. y C.).

En ese contexto, la sentencia tendría por comprobada la autoría de Morales en el hecho delictivo a través de la versión de Ceferino Nicolás Silva (padre), de Ceferino Nicolás Silva (hijo), y de Ana María Calfuqueo (hermana del occiso). Así las cosas, mientras que Ceferino Nicolás Silva (hijo) y Ana María Calfuqueo aportaron sus dichos en los primeros momentos de la investigación (cfr. fs. 87, 12/13, y 88, respectivamente), Ceferino Silva (padre) y Marcelo Marifil serían testigos ofrecidos por la contraparte en forma tardía, que aportarían “explicaciones escasamente plausibles” (sic).

a.2) Por otra parte, opina que entre las versiones arrimadas por los testigos existirían ciertas contradicciones (fs. 560).

Así, en lo relativo a Silva (hijo), sus dichos se contrapondrían a los del médico forense. De tal forma, el testigo dijo que, una vez que escuchó los disparos, miró hacia el lugar desde donde provenían, observando a “Kiro” (por el imputado) y a una persona tirada en el piso, al que luego reconocería como su tío, pudiendo percibir que: “...aqueel disparaba hacia el piso cuando la víctima se encontraba boca abajo...” (el original aparece subrayado y remarcado en negritas); mientras que el forense habría aseverado, al aludir a la parte del cuerpo que resultó lesionada y a la trayectoria de los impactos de los proyectiles, que los tiros se realizaron cuando ambas personas se encontraban paradas, quizás con el agredido “en movimiento”, que los disparos fueron “en secuencia”, continuos, de tal suerte que, descarta la versión aportada por Silva (hijo), insinuando, “como probable” (sic.) que uno de ellos los recibiera la víctima en dicha posición, aunque nunca si se encontraba boca abajo (fs. 560 vta.). Es más, los dichos de Silva (hijo) aparecerían desmentidos por su prima, Gimena Silva, quien afirmó que “no vio absolutamente nada de lo sucedido”, y por Julio César Gutiérrez, que manifestó que el joven Silva “...andaba preguntando quien le había pegado el tiro al tío...” (fs. 561).

Respecto de Ana Calfuqueo, afirma el recurrente (fs. 561 vta.) que su credibilidad se vería menguada desde que manifestó su interés en que “quede condenado a la máxima pena” (sic). Además, en su primera declaración (fs. 12/13) hizo mención a que “el hijo le dijo al marido parece que fue mi tío...parece que fue el Kiro...” y que, estando ya en el hospital, su hijo le comentó que había observado cuando el “kiro” le disparó a su hermano. No obstante, ello no surgiría del acta de procedimiento policial (fs. 1/5 vta.), sino que el “dato” relativo al posible agresor habría sido develado por la hermana de Morales (fs. 562); subrayando que, el Oficial Franovich, no habría recordado que la identificación del imputado hubiese acontecido cuando asistió al hospital, resultando imposible, asimismo, localizar al Oficial Figueroa.

También cuestiona la verosimilitud del relato de Ceferino Silva –padre- (fs. 562 vta.), quien atestiguó que pudo ver (desde su domicilio, ubicado a unas ocho cuadras del lugar donde ocurrieron los hechos) cuando le disparaban a una persona, tirada en el piso, boca abajo. Señala que esta “información tardía” no satisface un “razonable estándar de credibilidad del testimonio” (sic.)

Critica el relato de Julio César Gutiérrez, tachándolo de muy poco fidedigno, al referir que el arma secuestrada, de la cual se demostró que se causaron los disparos que produjeron las heridas letales en la persona fallecida, se la había entregado Morales, razonando que el testigo estaba muy próximo a quedar involucrado en el caso (fs. 563 vta.).

A tal fin, pone de resalto que Gutiérrez habría admitido, el día del hecho, haber escondido el arma, desmontándola y enterrando la culata en el patio de su vivienda, para, al día siguiente, entregársela a su tía (su vecina) para que la guardara; pero, ya en la audiencia oral, habría declarado que no conocía de armas, omitiendo explicar las razones por las que decidió guardarla en su domicilio (después de oír disparos y ver que Morales corría desde esa zona).

a.3) Añade que la Cámara asignó a las expresiones del médico forense un grado de convicción tal que, en concreto, no poseerían (fs. 564).

En particular, el Dr. Tubalcaín Fernández afirmó que “...hay un solo impacto aunque no es seguro que se haya hecho cuando la víctima se encontraba en el suelo, aún cuando se pudiese encontrar en posición de cúbito dorsal...”, para sostener que el disparo “...que rompió el colon se podría aproximar a dicha posición...” (sic.).

a.4) Plantea que la información por la que se implica a Morales en el homicidio fue aportada a la policía por sus propios familiares: su hermana, Analí Morales, y su concubina, Marisol Tapia, por lo que deberían ser excluidas como prueba de cargo por tratarse de una evidencia prohibida en función de los arts. 35, de la Carta Magna local, y 218 del código adjetivo (fs. 565/565 vta.).

a.5) Añade que se habría omitido fundar la sentencia en pruebas de carácter dirimente (fs. 566).



En tal sentido, afirma que el informe “de parafina” tuvo resultados negativos, no se dispuso el secuestro ni la realización de informes técnicos en la ropa que vestía Morales, que tampoco fue expuesta al reconocimiento de los testigos, y no se comparó el calzado del imputado con los rastros obtenidos en el lugar del hecho. Además, los deponentes habrían explicitado el claro propósito de perjudicar al encartado.

En consecuencia, infiere que la sentencia estaría inmotivada, incurriendo en arbitrariedad fáctica y vulnerando el principio de razón suficiente; lo que la tornaría nula.

b) Indica (fs. 569) que se habría vulnerado la presunción de inocencia al desconocer el principio “in dubio pro reo”; lo que constituiría una nueva causal de nulidad de sentencia (arts. 18 de la C.N.; 8.2 de la C.A.D.H.; 14.2 del P.I.D.C.P.; 1, 4, 151, 363 y 369 del C.P.P. y C.).

Ello se haría evidente cuando: a) se valoró prueba testimonial interesada, de escasa credibilidad, en contra del imputado, b) se descartó aplicar la regla de exclusión probatoria respecto a las declaraciones de Marisol Tapia y Analí Morales, familiares del enjuiciado, c) se obvió considerar prueba de descargo, d) se tergiversaron las conclusiones del médico forense, quien sólo se habría expedido en carácter de “probabilidad” o “posibilidad”, e) se omitió justipreciar las contradicciones en que habrían incurrido los testigos Silva y Calfuqueo, f) se descartó que el autor del homicidio hubiese sido otra persona, sobre la base de que el testigo Pinto observó a Morales cerca del sitio donde se produjo la muerte, antes de que ella ocurriera, g) se obvió que Yesica Gimena Silva negó haber acompañado a Ceferino Silva, cuando éste vio los disparos, así como también que Gutiérrez aseguró que Ceferino Silva días después del hecho “andaba preguntando quien había sido el autor de los disparos” (sic), h) se soslayó que, según el acta de procedimiento policial, la sospecha sobre la autoría habría surgido de los propios allegados de Morales, e i) se obvió considerar prueba dirimente.

c) Sostiene (fs. 571) que se habría conculcado el principio de legalidad cuando se aplicó el art. 41 bis del C.P., que, a su juicio, resulta inconstitucional, en el caso concreto, por afectar los principios de proporcionalidad, racionalidad, humanidad de las penas, y ne bis in idem, en la medida que representaría una prohibición de leyes penales indeterminadas (arts. 18 de la C.N.; 1 del rito local).

La afirmación precedente radica en dos argumentos independientes: 1) el artículo de mención implicaría una doble valoración en la determinación de la pena en claro perjuicio del inculpado, al apreciar nuevamente los medios utilizados, la mayor o menor peligrosidad y violencia demostradas por el agresor en función del medio empleado, y 2) la norma no sería aplicable en el caso del homicidio, pues el empleo de un arma de fuego no demostraría una mayor peligrosidad de parte del autor, ni una mayor lesión del bien jurídico vida, ni un mayor grado de culpabilidad, desde que la figura del homicidio simple contemplaría, de manera implícita, el uso de un arma de fuego.

En suma, una agravante genérica sería incompatible con el principio de legalidad; solicitando la aplicación, aquí también, del principio “in dubio pro reo”, en tanto, a su juicio, existirían dos o más interpretaciones legales plausibles o razonables de la norma en cuestión.

d) Señala (fs. 573) que se habrían afectado los principios de humanización y de mínima intervención cuando se estableció la pena, que tilda de desproporcionada y excesiva (arts. 8 de la C.A.D.H.; 14 del P.I.D.C.P.; 40 y 41 del C.P.).

Ataca ciertos aspectos fácticos que habrían sido desconocidos en el fallo (fs. 581 vta.). Destaca los siguientes puntos que, en su opinión, habrían sido omitidos: 1) la construcción y determinación en el caso concreto del “fin” de la pena aplicada, para conocer cual es el “objetivo” del “encierro” y si es posible alcanzar algún tipo de “resocialización”, 2) la valoración de los “factores reales del caso”, pues la víctima –alcohólica y violenta– habría estado provocando a Morales, que es una persona que pertenece a una clase social “vulnerable”, 3) los factores vinculados a la “sensibilidad de la pena” (fs. 582), en donde se habría obviado considerar que los antecedentes del imputado se corresponden a delitos que afectaron otros bienes jurídicos, mientras que se hizo una referencia genérica a la “repercusión social” del hecho, 4) las consecuencias mediatas de la pena, que afectarían sobremanera al grupo familiar del encausado, únicamente en razón de una concepción fundada en la peligrosidad, y 5) la conducta procesal asumida en toda la causa: se presentó espontáneamente a la autoridad, permaneció privada de su libertad hasta el juicio, y no se obstruyó la prosecución de la causa.

Hizo reserva del caso federal. Cita doctrina y jurisprudencia en apoyo de su postura.

II.- Que, a fs. 594/597, el señor Defensor Particular, Dr. Gustavo Palmieri, hizo uso de su derecho a informar oralmente, ratificando y ampliando los fundamentos del recurso de casación oportunamente presentado.

III.- Que luego de analizado el recurso, la sentencia cuestionada así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos de la Defensa, soy de opinión –y así lo propongo al Acuerdo– que la casación deducida debe ser declarada improcedente.

a) En efecto, a criterio de la suscripta, la decisión merece ser ratificada.

a.1) En primer lugar, el acta de debate es un instrumento público que da fe de lo ocurrido en la audiencia. Dicha acta, no fue redargüida de falsedad, sino que, a diferencia de ello, la Defensa consintió lo allí registrado; en consecuencia, estimo que la negativa a registrar lo acontecido por video grabación, no causó ningún perjuicio a la parte recurrente, que carece de interés directo en su alegación (art. 392, segundo párrafo, a contrario sensu, del C.P.P. y C.).

Ante todo, el escrito de fs. 445 fue proveído por auto de fs. 446, en donde se le hizo saber a la parte, por Presidencia, que las audiencias serían grabadas en audio en su totalidad y transcriptas en la respectiva acta de debate (art. 360 del rito local).



Sumado a ello, advierto que en las constancias del acta de debate no aparece que la Defensa hubiera solicitado un careo entre los testigos que tilda de contradictorios entre sí, ni que se hubiesen realizado oposiciones, o presentado algún recurso en el desarrollo de la audiencia oral, a excepción de la antes enunciada, referida al registro del debate en un medio audiovisual (fs. 461 vta.).

En este sentido, lleva dicho el Cuerpo que: "...En relación al Acta de Debate que el secretario está obligado a levantar, tiene en modo indudable, la necesidad de la enumeración precisa de su contenido, pues debe documentar todos los actos cumplidos durante el desarrollo de las distintas audiencias de debate, desde su apertura (art. 339 in fine), sea los ordenados por el presidente, como las cuestiones o proposiciones concretas que solicita se consignen en ese documento, tanto el Fiscal como las demás partes y defensores de las mismas. Pero ello no impone que el acta contenga todo lo que ocurre en la audiencia, sino lo que exige la ley, las que el Presidente ordene hacer y las que soliciten las partes..." (cfr. R.I. n° 12/1991, "Ballent, Carlos E. – Orellana, Oscar A. s/ Robo calificado por uso de arma reiterado", del 29/08/1991, registrada en el Libro de Protocolo de Sentencias Definitivas - Interlocutorias Casación, año 1991, pág. 83/vta.).

a.2) Igualmente negativa será la respuesta al siguiente planteo de nulidad, por el que se cuestionó la valoración realizada del testimonio de Marisol Tapia, concubina del encartado.

En relación a esta temática, hemos establecido que: "...Tampoco es procedente la supuesta afectación del art. 218 del digesto procesal, desde que no existe una relación matrimonial (...); pero aún si se quisiera asimilar al concubinato con la antedicha institución familiar, los datos aportados por Marisol Andrea Tapia fueron voluntariamente brindados a los preventores, sin que se alegue –ni pruebe– ningún tipo de coacción en su contra..." (R.I. n° 163/2010, "Boiero, Leonardo – Brusain, Patricia Noemí s/ Usurpación", del 30/07/2010).

Así, la testigo, señora Marisol Andrea Tapia, no era cónyuge del imputado (fs. 477), por lo que no se trata de prueba prohibida, tuvo libertad para expresarse (fs. 478 vta.), y, en la causa, existe un cauce de investigación independiente (cfr. el oficio de fs. 16/16 vta.) y prueba autónoma que acredita la autoría de Morales en el homicidio: los dichos del joven Ceferino Nicolás Silva y los indicios firmes y concordantes derivados de la declaración de Laura Verónica Pinto. Por consiguiente, lo aportado por la señora Marisol Andrea Tapia, en el sentido que Morales le habría confesado "me las mandé" (fs. 478), sólo viene a corroborar la prueba antes examinada.

Cabe subrayar, por otra parte, que el relato de la señora Analí Morales, hermana del enjuiciado, no fue ponderada en la sentencia (fs. 538 vta.).

a.3) Sentado ello, considero que la prueba ha sido valorada de modo conjunto, de conformidad con las reglas de la sana crítica, de tal suerte que: "...se verifica una visión de conjunto, con una necesaria correlación de las probanzas entre sí, y de estas con otros elementos indiciarios (cfr. doctrina que surge de Fallos 305:1945; 306:1095 y 306:1785)..." (C.N.C.P., sala 1°, 6/12/2010, "Pereyra, Cristian R.", R.D.P. 2011-7-1280).

En ese marco, la señora Ana María Calfuqueo señaló que: "...Su hijo le dijo que el que estaba tirando tiros era el "Quiro" (...). (...) le expresó que vio al "Quiro" que le largaba tiros a su hermano..." (fs. 462/vta.); lo que tiene plena correspondencia con el oficio de fs. 16/16 vta., labrado por el entonces Subcomisario Nicolás Franovich y el Oficial Inspector Sergio Pincheira, pertenecientes a la Comisaría n° 15, del Barrio Pampa, de la ciudad de Cutral C6, y con la propia actitud del imputado, que se entreg6 a la autoridad policial (fs. 11 y 16 vta.).

Ya en la audiencia oral, el joven Ceferino Nicolás Silva fue categ6rico al afirmar que Morales, apodado "Quiro", mat6 a su tío, Julio Patricio Calfuqueo. En concreto, el deponente manifestó que: "...Cuando iba cruzando la calle San Luis observ6 que estaban 'tirando tiros' (sic), se escuch6, y mir6 para todos lados, primero vio que estaban los dos de frente, luego escuch6 los disparos levant6 la mirada y vio a su tío tirado y esta persona le dio el último tiro, (...). (...), la distancia era como de un metro y cuando estaba tirado boca abajo lo vio tirar el último tiro, pero no sabe a que parte del cuerpo apuntaba, escuch6 cuatro o cinco disparos..." (fs. 491 vta./492).

Ahora bien, de las consideraciones médico-legales de la autopsia se desprende que: "...la víctima habría recibido cinco impactos, los cuales ya fueron considerados. (...) con relación a la distancia del disparo, podemos considerar a los mismos, como a pequeña distancia, es decir en alrededor de 1.00 m a 1.50 m por el examen de la zona de impacto y la trayectoria. Por otro lado, sealamos que el primer disparo que habría recibido la víctima, sería en cráneo por la disposición de la herida, seguido del impacto en brazo y abdomen y con la víctima posiblemente en actitud defensiva y en movimiento, con caída posterior, donde recibe por la disposición, el último impacto en pubis en posición decúbito dorsal. Finalmente, y de las heridas constatadas, podemos afirmar como mortales, las correspondientes a cráneo y t6rax..." (fs. 134).

El Dr. Eduardo Tubalcaín Fernández, médico forense, acot6 en el transcurso del debate que: "...la herida del pubis establece un plano frontal del tirador y la víctima debió haber estado en un plano inferior, ya ha estado caída. Hizo hincapié en la proyección de los proyectiles y como fueron la sucesión de los disparos y ya con el tiro en la cabeza y en el pulm6n debió haber estado tirado..." (fs. 464/464 vta.). No obstante, más adelante el forense se rectific6, precisando que: "...la única trayectoria compatible con la víctima tirada en el piso decúbito ventral es la del abdomen, el que estaba en la línea media, posiblemente el que rompi6 el colon, el tiro que ingresa por la regi6n p6lvica es imposible que entre con la víctima boca abajo..." (fs. 495).

En todo caso, no hay contradicción entre lo narrado por el joven testigo y el galeno, pues el primero de ellos se encarg6 de explicar que



no pudo observar a qué parte del cuerpo apuntaba Morales.

Es más, como indicio corroborante, cabe destacar la versión ofrecida por la señora Laura Verónica Pinto, al señalar que Calfuqueo había estado conversando con ella (fs. 475), para, antes de ingresar a su vivienda, ver que Morales caminaba por la calle, solo, con tranco largo, en la misma dirección en la que se dirigía Calfuqueo, e, inmediatamente, sentir unos tiros (fs. 475 vta.), llegando a ver, más tarde, que Calfuqueo yacía en el suelo (fs. 476); testimonio concordante, por lo demás, con el del joven Nicolás Ceferino Silva ya referido, y con el de su madre, Ana María Calfuqueo.

Por lo demás, el Comisario Nicolás Daniel Franovich ratifica todo lo antes expuesto, señalando que, una vez que se hizo presente en el hospital, la hermana de Calfuqueo le dijo que su hijo había visto cuando el “Quiro” Morales había acribillado al “Pato” Calfuqueo (fs. 482 vta.).

a.4) No es un dato menor que, César Gutiérrez, atestiguara haber recibido el arma de parte de Morales; conociendo las disputas que había entre ambos (fs. 480 vta.).

Del mismo modo, la señora Haydee Caro no observó el desenlace mortal, sino que llegó a oír un “sonido de cuetes” (sic), pero un rato antes sí había podido divisar que el “Pato” Calfuqueo estaba conversando con Laura Pinto (fs. 465 vta.), y, por comentarios de vecinos, sabía que el “Pato” le había pegado a Morales hacía pocos días atrás, así como también que lo había apuñalado un año antes, por lo que este último debió permanecer internado (fs. 466 vta.). La testigo presenció, el día siguiente al lamentable hecho, el allanamiento realizado por los efectivos policiales en su domicilio, oportunidad en la que le secuestraron el arma que le había entregado su sobrino, Julio César Gutiérrez (fs. 465).

En consecuencia, evalúo que la autoría del crimen ha sido comprobada en forma certera, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, descartando cualquier clase de duda (fs. 538). En rigor, los testigos (hermana, cuñado y sobrino) impresionaron a la Cámara de anterior instancia, en ponderación que comparto plenamente, como veraces, coherentes y concordantes entre sí (fs. 533 vta.).

b) Tampoco será de recibo la hipotética inconstitucionalidad del art. 41 bis del Código Penal, pues considero que la pena fijada no es inhumana, ni cruel, ni irracional, ni indeterminada, ni desproporcionada con la entidad de la ofensa cometida, guardando una justa correspondencia con las circunstancias comprobadas de la causa.

En este sentido, el Cuerpo, en posición mantenida en forma reiterada por esta Sala, ante planteos sustancialmente análogos al presente, ha fijado postura en cuanto a que: “...la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Ley Fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e ineludible. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley. Tales razones hacen que esta Corte Suprema, al ejercer el elevado control de constitucionalidad, deba imponerse la mayor mesura, mostrándose tan celosa en el uso de sus facultades como del respeto que la Carta Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (Fallos: 226:688; 242:73; 285:369; 300:241, 1087). También...el mencionado Tribunal de la Nación ha dicho que en virtud de la facultad que le otorga el art. 67, inc. 11 [actual art. 75 inc. 12] de la Constitución Nacional, resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas (Fallos: 11:405; 191:245; 275:89), y asimismo y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estima pertinente; de tal suerte que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental; sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341)...” (R.I. n° 96/2007, “GONZÁLEZ”, rta. el 02/08/2007, entre muchas otras).

Es más, respecto de esta temática en particular hemos puntualizado, con cita de importante doctrina legal, que: “...también consideramos correcta la imposición de la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal, en función del ‘...mayor poder vulnerante de las armas de fuego que, por sus condiciones, provocan un peligro mayor para el bien jurídico vida e integridad física, que cualquier otra arma. (...) La agravante prevista en el artículo que se comenta es de carácter genérico...’ (D’Alessio, Andrés J. (Dir.) – Divito, Mauro A. (Coord.). “Código penal comentado y anotado. Parte general”, 1° ed., Bs.As., La Ley, 2005, págs. 436/437 y 441). En consecuencia, estimamos que es correcta la aplicación de la agravante prevista en el art. 41 bis del C.P., ya que el hecho se ejecutó con un arma de fuego y no con cualquier otro tipo de arma de menor poder ofensivo...” (R.I. n° 194/2011, “Torres, Nicolás Arturo – Robles, Jonathan Martín s/ Homicidio en ocasión de robo”, rta. el 05/12/2011).

Asimismo, ratificamos esta postura al destacar que: “...Claro está, además, que el arma de fuego se empleó en contra de un ser humano, ultimándolo. Al respecto, Alejandro W. Slokar enseña, en conceptos que hago míos, que: ‘...el contenido del ilícito aumenta por un criterio valorativo de agravación en función de la mayor indefensión del bien, la mayor intimidación que se ejerce sobre la víctima, y el mayor peligro



corrido por ella...' (Baigún, D. – Zaffaroni, Eugenio R. (Dir.) – Terragni, Marco A. (Coord.), 'Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial', tomo 2-A, 2° edición, Bs.As., Hammurabi, 2007, pág. 121). Para culminar, conviene recordar el criterio sentado por la Alta Corte: '...aunque el bien jurídico es un índice para identificar el disvalor de la conducta que lo ataca, no es el único, pues las circunstancias del hecho, los medios empleados, el objeto de la acción, los estados o inclinaciones subjetivas del autor son elementos a los que el legislador puede recurrir con sana discreción para garantizar la subsidiariedad del derecho penal, esto es el recurso al derecho penal como última ratio del orden jurídico en la medida de la necesidad, y respetando la dignidad de sus destinatarios...' (Fallos: 314:424, consid. 8°, del voto mayoritario)...'' (Acuerdo n° 85/2012, "Marifil, Claudio Martín s/ Homicidio", rto. el 12/12/2012).

c) Por último, ratificaré el monto punitivo fijado en la sentencia, por considerar que el mismo se ajusta a la escala penal prevista en abstracto, por el legislador, para el delito cometido, cuanto a los aspectos objetivo y subjetivo de la infracción criminal atribuida al enjuiciado.

Debo, entonces, indicar los parámetros tenidos en cuenta en el fallo: a) la naturaleza de la acción, pues el imputado no buscó solucionar el conflicto de manera pacífica, sino que se alzó en armas en contra de la víctima, b) la peligrosidad evidenciada en la intensidad lesiva de su acción, c) la indefensión de la víctima, y d) los antecedentes condenatorios y el desfavorable concepto vecinal, expresado en las declaraciones testimoniales y en los informes de abono; mientras que, como circunstancia atenuante, se apreció su juventud (fs. 544).

Tengo para mí, que Morales se valió de un arma de fuego para acabar con la vida de Calfuqueo, mediante cinco disparos, efectuados desde una corta distancia, tres de ellos dirigidos a zonas vitales, con lo cual buscó asegurar el resultado de su disvalioso accionar, aún cuando el occiso se encontraba indefenso y alcoholizado, demostrando un total desprecio por la vida de su semejante. Por lo tanto, entiendo que la individualización de la pena no es desproporcionada en relación a la gravedad de los hechos enrostrados al inculpado ni al grado de culpabilidad verificado por el autor en la acción que se le atribuye. Además, las pautas evaluadas por los magistrados a tal fin, se derivan de las constancias de la causa, lo que me lleva a descartar que se trate de una pena arbitraria.

Finalmente, estimo que la pena se graduó en un monto relativamente próximo a su mínimo legal, en trece años y dos meses de prisión; considerando, a tal efecto, que dicho monto también comprende la unificación de la pena establecida en el expediente n° 4966-2010, del Juzgado en lo Correccional de la II° Circunscripción Judicial, sito en la ciudad de Cutral Có (fs. 547 vta., pto. II.-).

Creo así haber fundado las razones por las cuales, como ya anticipara, la casación deducida debe ser declarada improcedente. Mi voto.
El Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba la señora Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión.

A la tercera cuestión, la Dra. LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN, dijo: Atento la respuesta dada a la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que el recurso de casación deducido sea rechazado, por no verificarse los agravios que allí se exponen. Mi voto.

El Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Comparto lo manifestado por la señora Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, la Dra. LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN, dijo: Costas a la parte perdedora (arts. 491 y 492 del C.P.P. y C.). Mi voto.

El Dr. ANTONIO G. LABATE dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE: I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano estrictamente formal el recurso de casación deducido, a fs. 552/583, por el señor Defensor Particular, Dr. Gustavo Eduardo Palmieri, a favor de EMANUEL RAÚL ADÁN MORALES; II.- RECHAZAR la impugnación antedicha por no verificarse los agravios que allí se exponen; III.- IMPONER las costas a la parte perdedora (arts. 491 y 492 del C.P.P. y C.); IV.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. ANTONIO G. LABATE - Dra. GRACIELA M. de CORVALÁN
Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA – Secretario

Volver al índice - [Por Organismo](#)
- [Por Tema](#)
- [Por Carátula](#)

“GRACIELA BEATRÍZ ROSSI S/ JURADO DE ENJUICIAMIENTO” – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 158/2013) – Acuerdo: 173/13 – Fecha: 09/12/2013

DERECHO CONSTITUCIONAL: Remoción de Jueces.

ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS. MAL DESEMPEÑO DE FUNCIONES. PROCESO DE ENJUICIAMIENTO. SENTENCIA. ARBITRARIEDAD. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. RECURSO DE CASACIÓN PENAL. RECHAZO DEL RECURSO.



El vicio de las resoluciones judiciales denominado comúnmente como “incongruencia omisiva” aparece en aquellos casos en los que el tribunal de instancia vulnera el deber de atender y dar respuesta a aquellas pretensiones esenciales, introducidas temporáneamente al proceso por las partes, frustrando con ello la tutela judicial efectiva, erigida como garantía de raigambre constitucional (art. 58 de la Constitución Provincial; art. 8.I de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

El agravio referido al desvío grave de procedimiento en torno al planteo realizado por la impugnante ante el Jurado de Enjuiciamiento –como cuestión de índole federal- esgrimando la nulidad absoluta e insubsanable de la Comisión Especial por haberse excedido más de treinta días corridos en formular su dictamen y por carecer éste de fundamentos, en tanto no resulta acreditado que los problemas de stress padecidos por alguno de sus ex colaboradores tenga relación con una situación de maltrato u hostigamiento de su parte, a la vez que el envío de cartas documentos y la denuncia penal contra su plantilla de colaboradores, lejos de implicar una falta de idoneidad gerencial, se enmarcaba en una obligación legal de su parte; debe ser rechazado pues pone en evidencia que cada una las peticiones que efectuó la enjuiciada o su esmerada defensa técnica, tuvieron su análisis y la consecuente respuesta por parte del Jurado de Enjuiciamiento, más allá de que no conformaran o no coincidieran con su interés, no revelando una violación a las reglas del debido proceso.

La ley 1565 modificada por Ley 2698 y 2844 no prevé ninguna consecuencia expresa para el supuesto de que la Comisión Especial a la que alude el art. 18 de dicho cuerpo normativo no emitiera dictamen rechazando la denuncia o posibilitando la formulación de cargos en el término de treinta días corridos ni su inobservancia se halla conminada con sanción alguna; circunstancia ésta que permite interpretar que el plazo allí estipulado reviste el carácter de ordenatorio, cuya fijación responde a la necesidad de arribar al dictado de un pronunciamiento dentro de un plazo razonable en aras a la seguridad jurídica de quien se encuentra sometido a un proceso de las características como el presente.

Aún cuando no conste fecha cierta en torno a la recepción de las actuaciones por parte de la Comisión Especial, de estar a la que se corresponde con su primera reunión (en la que se designó Actuario, se examinó la denuncia y se dispuso la información sumaria artículo 18 de la Ley 2698), es obvio que no transcurrieron más de treinta días corridos hasta la elaboración del dictamen de estilo, sino exactamente la mitad de ese plazo; no hallándose afectado de esta forma el derecho a obtener un fallo definitivo en un “plazo razonable” (art. 8.I C.A.D.H., art. 75 inc. 22 C.N.); extremo que también se descarta por haber sentenciado (el Jurado de Enjuiciamiento) en un plazo anterior al que fija como límite el artículo 39 de la Ley 2698, modificatoria de la Ley 1565.

Debe resaltarse que tanto la Comisión Especial como el Jurado de Enjuiciamiento abordaron en favor de la ex magistrada la cuestión federal planteada por aquélla en torno a la posible afectación del ne bis in idem, excluyendo del procedimiento constitucional de enjuiciamiento aquellas conductas que ya fueron examinadas y que merecieron sanción disciplinaria por parte del Tribunal Superior de Justicia, lo que pone de manifiesto, contrario a lo sostenido, que ninguno de estos órganos se escudó en supuestos reparos formales para evitar tratar las verdaderas cuestiones de naturaleza federal existentes y sólo se le dejó expedita la vía ordinaria para plantear y sostener aquellas otras censuras manifiestamente imprósperas y ajenas al andarivel aducido.

Corresponde no hacer lugar al agravio referido a la continuación del procedimiento de enjuiciamiento no obstante el conocimiento (por parte del Jurado) de la licencia médica en que se hallaba la magistrada enjuiciada, en virtud de que de la compulsión de las actuaciones, de la versión taquigráfica (parte I, fs. 3 y ss) y de los soportes de audio y video existentes, aquélla tuvo plenas facultades para ejercer su defensa material y estar en juicio, y ninguna circunstancia en contrario alegó ni ella ni su abogado defensor. De esta forma, el agravio introducido en la casación confunde la incapacidad de estar en juicio con la que obstaría al cumplimiento acabado de la función judicial, pudiendo esta última verse temporalmente menguada por alguna sintomatología (compatible con la licencia autorizada por el Tribunal Superior de Justicia), aunque sin mella en el ejercicio material de su defensa en el proceso de enjuiciamiento, lo que - insisto- nunca fue puesto en tela de juicio por los recurrentes antes o durante el debate.



Por no ser esta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia un órgano de alzada del Jurado de Enjuiciamiento, mal podría sustituirse el criterio de quienes, por imperio de la Constitución, están encargados de forma excluyente del juicio de responsabilidad de un magistrado. Por ello, con esa evidente limitación corresponde determinar si existe una arbitrariedad manifiesta y patente como sugiere el recurso.

No resulta arbitrario el fallo de destitución, relativo al cargo de mal desempeño por presuntos actos de acoso u hostigamiento laboral que habrían afectado a una funcionaria comisionada por decisión del Tribunal Superior de Justicia al juzgado en el que se desempeñaba la magistrada enjuiciada, pues el pronunciamiento evocó y transcribió citas textuales de la funcionaria destinada a prestar funciones en dicho Juzgado Civil y que denotan, más allá de los argumentos defensasistas, una actitud de hostilidad y de desprecio de la acusada, de una envergadura suficiente para menguar la autoestima de la funcionaria comisionada, al punto de provocarle un quiebre emocional que derivó en una licencia por enfermedad por “trastorno adaptativo”.

Del cargo de mal desempeño por presuntos actos de acoso u hostigamiento laboral que habrían afectado a un empleado, la conclusión extraída por el Jurado en cuanto a la utilización del sumario administrativo como un modo de persecución en contra del agente para doblegar su voluntad, del modo en que se inició y en el marco de “sugerencias” dadas durante su trámite al resto de los compañeros de trabajo del sumariado, no resulta disparatada o de una arbitrariedad suficiente para censurarla. Máxime cuando existió prueba testimonial rendida en la audiencia respecto a que dicho sumario fue “armado”; que no era la primera vez que la jueza enjuiciada echaba mano a ese tipo de artimaña para doblegar la voluntad de un colaborador suyo, aunado a que, por las excelentes cualidades laborales del sumariado, tal actuación disciplinaria no le era indiferente y, por el contrario, le causaba una gran aflijimiento.

Del cargo de mal desempeño por presuntos actos de acoso u hostigamiento laboral que habrían afectado a su personal, que según indicara el señor fiscal es uno de los más graves en tanto hace al elenco de situaciones capaces de crear un clima laboral insostenible, al denunciar penalmente a sus propios colaboradores, lo que significa la ruptura total de las relaciones laborales; vale recordar que durante las jornadas académicas en las cuales se dieron los epítetos que generaron las cartas documento libradas por la acusada, existía previamente una crispación anímica de ciertos empleados del Poder Judicial de esa localidad, por hechos y actitudes anteriores de la magistrado que no fueron debidamente refutadas durante la audiencia y en el recurso, de lo cual obviamente no puede prescindirse en el marco del análisis de la conducta integral de la magistrado, tal como lo hizo el Jurado. Frente a dicho marco, avalado –insisto– por múltiple prueba testifical rendida en la Audiencia General, en la que se observaron personas notoriamente afectadas durante la evocación del trance que padecieron ante la enjuiciada, mal podría esta última argumentar que el decisorio resultó arbitrario y que sus actitudes concuerdan con el legítimo ejercicio de un derecho personal, o que su intención haya sido cumplir con sus obligaciones como magistrado, en tanto tales dichos dejan incólume la prueba no controvertida que dio por probado los extremos referidos “ut supra”.

Del supuesto desvío del procedimiento por ejecutar el pronunciamiento sin que éste adquiriere firmeza, se concluye que el efecto devolutivo del recurso de casación deriva de la propia fórmula prevista en el artículo 32 de la Ley 2698 que ordena hacer cumplir de forma inmediata la sentencia de destitución, más allá del recurso que le acuerda a la parte agraviada; lo que impide la aplicación analógica del artículo 401 del C.P.P. y C. que invoca el presentante.

Texto completo:

ACUERDO N° 173/2013: En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los nueve días del mes de Diciembre del año dos mil trece, se constituye la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada en la oportunidad por los señores Conjueces, Dres. ROBERTO J. RODRIGUEZ BELLO y PABLO G. FURLOTTI, con la intervención del señor Secretario, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para dictar sentencia en los autos caratulados “GRACIELA BEATRÍZ ROSSI S/ JURADO DE ENJUICIAMIENTO” (expte. n° 158 - año 2013) del Registro de la mencionada Sala; estableciéndose a dichos fines que, conforme al sorteo de práctica, los votos debían respetar el siguiente orden: Dr. Pablo G. Furlotti y Dr. Roberto J. Rodríguez Bello.

ANTECEDENTES: Por sentencia n° 272 JE, el Jurado de Enjuiciamiento -integrado por los Sres. Vocales Subrogantes



del Tribunal Superior de Justicia, Dres. Alejandra Bozzano, Adolfo Manson y Andrés D. Luchino; los diputados Manuel Fuertes y Pamela Mucci y los abogados designados por la H. Legislatura Provincial, Dres. María Soledad Valls y Pablo Cédola- resolvió, en lo que aquí interesa:

“(…) 1°) –por unanimidad- RECHAZAR las cuestiones preliminares deducidas por la enjuiciada; 2°) –por mayoría- Tener por acreditados los cargos que dieron base a la acusación; 3°) Tener por configurada la causal de mal desempeño y en consecuencia disponer la inmediata remoción de la Dra. GRACIELA BEATRIZ ROSSI del cargo de magistrada de Primera Instancia a cargo del Juzgado Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Quinta Circunscripción Judicial, a partir de la fecha de notificación del presente (cfr. art. 267 de la Const. Prov. y art. 32 de la Ley 1565 mod. por Ley 2698); 4°) Imponer el pago de las cosas a la enjuiciada destituida...”

En contra de tal resolución, el apoderado de la enjuiciada, Dr. Gustavo Martín Olivera, con el patrocinio letrado del Dr. Adrián Rodolfo Squillario, dedujo el recurso de casación que autoriza el artículo 34 de la Ley 2698, modificatoria de la Ley 1565 de Jurado de Enjuiciamiento (cfr. fs. 550/667 vta.).

El mismo fue concedido por dicho órgano constitucional (cfr. fs. 668 y vta.).

Durante la radicación de los autos en esta instancia, los impugnantes presentaron por Secretaría un pedido de pronto despacho y de recusación. Concretamente, requerían: a) el apartamiento de los Señores Vocales del Tribunal Superior de Justicia, Dres. Oscar E. Massei y Evaldo D. Moya, y b) la resolución de la casación con carácter de preferente y pronto despacho (cfr. fs. 677/8 vta.).

Cabe señalar que la petición del primer acápite perdió virtualidad a partir de la inhibición que formularan dichos integrantes del Cuerpo, la cual fue resuelta favorablemente a fs. 703/5.

Por lo demás, su aspiración de que se resuelva prontamente el trámite recursivo (que reiteró en otra presentación agregada a fs. 710/714 vta.) encontró correlato con las múltiples providencias y actuaciones de trámite que de modo sostenido tuviera el legajo para integrar el tribunal y tratar la impugnación. Así por ejemplo, a partir de la recepción de la causa en Secretaría, en fecha 01/08/13, se dieron los movimientos de fechas 05/08/13, 09/08/13, 13/08/13, 20/08/13; 22/08/13; 23/08/13; 26/08/13; 30/08/13; 03/09/13; 10/09/13; 17/09/13; 19/09/13; 26/09/13 y 2/10/13, entre muchas otras. (fs. 671/701); a lo que se suma el pleno apego a los plazos que marca el ordenamiento ritual desde el momento en que fueron colocadas las actuaciones en Secretaría para que las partes amplíen o refuten argumentos (fs. 705 vta.), rigurosidad que también se evidencia en el término en que fue dispuesto el llamamiento de autos y el dictado del presente.

Por aplicación de la ley 2.153 de reformas del Código Procesal (Ley 1.677), y lo dispuesto en el art. 424, párrafo 2° del C.P.P. y C., ante el requerimiento formulado, las partes no hicieron uso de la facultad allí acordada. En su lugar, el Ministerio Público Fiscal refutó por escrito las argumentaciones contenidas en el documento casacional (cfr. fs. 718/720 vta.).

A fs. 726 vta. se produjo el llamado de autos para sentencia.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el artículo 427 del Código de rito, el Tribunal se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1°) Es formalmente admisible el recurso de casación interpuesto; 2°) Es procedente el mismo desde el plano sustancial; 3°) ¿Qué solución corresponde adoptar?; 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión el DR. PABLO G. FURLOTTI, dijo: Tal como surge de los antecedentes mencionados, el pronunciamiento de destitución obrante a fs. 467/532 (a partir del voto concurrente de cinco de sus miembros) fue recurrido en casación por la parte agraviada.

La vía impugnativa que motiva este análisis tiene expresa previsión legal (Ley Provincial n° 2698, art. 34) y, obviamente, tiende a hacer efectiva la garantía de la revisión plena del fallo (art. 8.2.h. C.A.D.H., en función del art. 75 inc. 22 C.N.).

Sentado ello, corresponde examinar si se han cumplido las prescripciones legales para que el recurso se torne admisible conforme a lo dispuesto por el art. 397 del C.P.P. y C.. En este sentido, advierto que:

a) El escrito fue presentado en término, ante el órgano que dictó la sentencia recurrida y por quien se encuentra legitimado para ello.

b) El mismo además resulta autosuficiente, ya que su sola lectura permite conocer claramente cómo se configuran, a criterio del recurrente, los motivos de casación aducidos y la solución que postula.

c) Finalmente, el pronunciamiento reviste carácter definitivo. Y aún cuando no fue dictado por un órgano jurisdiccional, el requisito de impugnabilidad objetiva se encuentra debidamente satisfecho con la previsión legal mencionada al comienzo.

Si bien esto último está sujeto a una condición suspensiva, referida a que la impugnación se sustente “sólo por la existencia de vicios graves de procedimiento” (textual del artículo ya citado), las censuras que menta el documento recursivo se ciñen a dicha hipótesis y el análisis no podría hacerse ex ante.

En virtud de lo expuesto precedentemente, estimo que cabe admitir formalmente el recurso de casación articulado. Tal es mi voto.

El Dr. ROBERTO J. RODRÍGUEZ BELLO, dijo: Adhiero al voto del colega preopinante a esta primera cuestión. Tal es mi voto.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. PABLO G. FURLOTTI, dijo: I.- El apelante, de modo preliminar, expresó que la mayor parte de los hechos de los cuales deriva la configuración de “mala conducta” constituyen, contrariamente a lo evaluado por los miembros del Jurado, deberes



constitucionales legítimamente impuestos a un magistrado. Asimismo, en torno al “tercer cargo” abonado, postuló que “...el pedido de retractación de injurias que la curial formalizó por cartas documento, incurre en absurda ilegalidad de subsumir como causa de remoción de un Juez el legítimo ejercicio de facultades que le acuerdan los artículos 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en tutela de derecho al honor...”.

Dichas violaciones a sus derechos elementales, según su punto de vista, permiten incardinar el agravio dentro de la primera hipótesis casacional (art. 415 inc. 1° del C.P.P. y C.), tal como expresamente lo invocó a fs. 552.

Por otra parte, señala que el fallo “...padece serios desvíos lógicos que lo apartan del recto pensamiento humano y groseras contradicciones argumentales en aspectos centrales, que privan a lo decidido de racionalidad, y por ende de validez como acto estatal...” (fs. 512 vta.).

En abono de este aserto, expresa que “...ni siquiera escaparía a un mediocre estudiante de Derecho que: 1 una Juez que pide ‘insistentemente’ a su Secretaria que cumplimente un decreto del Tribunal Superior de Justicia que ordenó la inmediata reubicación de determinado personal judicial que la desobedece reiterada e intencionalmente (primer cargo), lejos de pretender ‘hostigar’ a nadie, intenta cumplir celosamente su propio deber como Juez, en cuanto le impone hacer observar fielmente las disposiciones del Máximo Tribunal de la Provincia; 2 que la remisión de antecedentes por la Magistrado al Tribunal Superior de Justicia para que investigue presuntas transgresiones del personal de mesa de entradas del Juzgado frente a la efectiva comprobación realizada el 6 de julio de 2011 que en dicho sector existen 43 demandas sin proveer que fueron presentadas el 20 de abril de 2011 e incluso una demanda sin fecha en el cargo y otra directamente sin cargo (segunda imputación de mal desempeño a la juez) implica el cumplimiento de deberes establecidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial para asegurar el correcto funcionamiento del Juzgado; 3 y, finalmente, es directamente descabellado, y por ende impresentable, que la formulación de un pedido de retractación de las graves ofensas que se le hicieron públicamente, al tildarla injustamente de ‘chorra’, ‘corrupta’, ‘sinvergüenza’ constituya ‘mala conducta’, cuando por el contrario, resulta indudable que dicho proceder constituye el legítimo ejercicio de un derecho inalienable reconocido a todo ser humano, por su sola condición y título de tal...” (fs. 552 vta./3).

Agrega a lo anterior supuestos vicios de actividad ocurridos de forma previa al dictado de la sentencia, que por sus efectos comunicantes anularían esta última; a saber: a) no haberse resuelto de forma tempestiva las defensas federales previas; y b) haberse realizado el debate no obstante el impedimento resultante de la licencia psiquiátrica acordada a la enjuiciada por el Tribunal Superior de Justicia.

Añade a lo anterior que el resolutorio que ordena ejecutar la “inmediata destitución” previo a que éste alcance firmeza constituye un grave vicio de procedimiento de naturaleza federal, censuras todas ellas, susceptibles de ingresar por el segundo andarivel casacional (art. 415, 2° párrafo del C.P.P. y C.) (fs. 553 vta.).

En torno a los planteos tempranamente articulados que, a su modo de ver, no tuvieron adecuada respuesta del Jurado, destacó:

a) que peticionó ante el Jurado la nulidad del dictamen de la Comisión Especial -que aconsejó el inicio del proceso de enjuiciamiento- (Acta n° 27), en tanto dicha Comisión se demoró más de treinta días en su elaboración, contraviniendo así el artículo 18 de la Ley 1565 (según reforma Ley 2698). En abono de la situación fáctica que plantea, explicó que la Comisión se integró con anterioridad al 31 de agosto de 2012 (fecha en que le fue notificada la integración) y que al no haber mediado recusaciones dentro de los 5 días siguientes, el plazo de 30 días previsto por el citado artículo 18 comenzó a computarse el 07/09/12, venciendo el 07/10/12, sin que la misma se hubiere expedido, razón por la cual la Comisión -al momento de elaborar su dictamen- había perdido la potestad conferida por la Ley y, por ende, en el momento del dictamen carecía de capacidad y competencia para expedirse.

b) también recordó (al señalar otra de las deficiencias de ese dictamen planteadas al Jurado) su falta de fundamentación. Al justificar esta afirmación, dijo que la evaluación probatoria del primer cargo (relativo al supuesto acoso laboral u hostigamiento hacia el empleado Jeremías Vranken), resultaría autocontradictoria, pues la Comisión afirmó que no iba a tomar en cuenta los sumarios ya resueltos por el T.S.J. (en los que se investigó administrativamente la conducta de la apelante), pero al mismo tiempo valoró cuestiones atinentes a ese episodio, contenidas en un sumario resuelto por el Tribunal Superior. Indicó además que el beneficio de la duda ponderado por dicho órgano judicial para absolver a Vranken en el sumario administrativo que se le siguiera, no implica que las certificaciones actuariales bajo las cuales se constató su falta hubieren sido falsas, ya que esto último sólo podría sostenerse si dichos documentos hubieran sido redargüidos de falsedad, lo que no ocurrió; extremo soslayado en el dictamen de la Comisión.

c) Remarcó (como otra de las defensas tempranas que opusiera ante el Jurado y que no tuvo respuesta suficiente) que Rossi nunca tuvo como fin amedrentar al empleado Vranken y que no resultó probada la relación de causalidad entre el stress de la Dra. Claudia Raone y la conducta que, en su relación se le atribuye. La cual además debió ser antijurídica.

d) Como última cuestión en este tópico, dijo que se soslayó la explicación que diera, referida a que el envío de las cartas documento hacia las personas que la acusaron de “chorra”, “sinvergüenza” y “corrupta” estaba signada por su obligación constitucional de vindicarse, de conformidad a lo previsto en el artículo 159 de la Constitución Provincial.



En vista de todo ello –destaca el apelante- peticionó al Jurado de Enjuiciamiento que declarara la nulidad del acta n° 27 de la Comisión Especial, a lo que no se hizo lugar bajo el argumento de que carecía de facultades para resolver el planteo de nulidad deducido, en tanto no era superior jerárquico de la Comisión Especial ni un tribunal de justicia.

Evoca que con posterioridad a esa decisión hizo un nuevo planteo ante el Jurado, reiterando y ampliando la reserva federal introducida, puesto que al disponerse la apertura parcial del proceso de enjuiciamiento en sintonía con las valoraciones del dictamen elaborado por la Comisión Especial, sus ponderaciones padecen el mismo déficit argumentativo, a lo que se suma una nueva frustración del derecho de defensa por la omisión de resolver las cuestiones federales introducidas.

Expresa que la alegada ausencia de facultades del Jurado de Enjuiciamiento para tratar las cuestiones federales postuladas y dejarle simplemente expedita la vía judicial ordinaria implica un claro desconocimiento de la doctrina elaborada por la Corte Suprema, en torno a que las cuestiones federales deben ser presentadas y resueltas en todas las instancias anteriores.

Hasta aquí una apretada síntesis de algunos de los antecedentes en los cuales se enmarcan los agravios casacionales, los que son concretados y desarrollados del siguiente modo:

1) El primero lo titula “...Violación a la Garantía del Debido Proceso (C.N art. 18 C.A.D.H., Art. 8, P.I.D.C. y P.; art. 14) por nulidad de los actos previos esenciales del juicio. Violación del debido proceso y del derecho de defensa (CN Art. 18) por omisión de resolución oportuna de las reiteradas presentaciones federales que impugnaron por inconstitucionalidad, la legitimidad de los cargos formulados”.

En este acápite expresa que la audiencia se llevó a cabo omitiendo examinar aquellas cuestiones apuntadas previamente, a las cuales califica como de índole esencialmente federal, lo que a su modo de ver implica un caso paradigmático de incongruencia por omisión.

Sostuvo que a pesar de que las defensas opuestas (ya descriptas en párrafos anteriores) “...gozaban de entidad para descalificar ‘in límine’ los cargos admitidos y ordenar el inmediato archivo de las actuaciones [...] jamás fueron resueltas por el jurado quien, incurriendo en otra causal de arbitrariedad por el excesivo rigor formal manifiesto se declaró incompetente de someter el caso a las previsiones de la Constitución Nacional. De tal modo el proceso solo pudo avanzar merced a la incongruencia por omisión de resolución de tales cuestiones esenciales...”.

Agrega que “...Dicha falta de resolución [...] colocó a la curial enjuiciada en un estado de completa indefensión frente a la acusación que, además se trasladó a todos los actos posteriores [...] la violación a la defensa que de allí derivó fue tan absoluta que el Sr. Defensor de la curial constreñida a ofrecer la prueba en el contexto expuesto, manifestó básicamente que, en lugar de orientar el ofrecimiento de prueba a modo de desvirtuar los cargos formulados, ante la imposibilidad de ello merced a la omisión de resolución de las impugnaciones formuladas, el ofrecimiento de su prueba se desvinculaba de tales cargos y se destinaba a construir una tesis de actuar independiente e imparcial de la curial. Y la misma situación se trasladaba al debate pues, ante la omisión de resolución por el Jurado sobre la inconstitucionalidad de los cargos que le fuera reiteradamente formulada, resultaba (la Defensa) una tarea de imposible realización y, por tanto, diabólica. No se podía defender de cargos que ya se había defendido sin que jamás el Jurado hubiera resuelto; prorrogó la incongruencia a todo el curso del debate y se negó infundadamente a aplicar el Derecho Federal...”.

Añade a todo lo expuesto que en lugar de resolver los cuestionamientos formulados, el Jurado tuvo al Sindicato de Empleados Judiciales del Neuquén (SEJUN) como “amigo del tribunal”, lo que evidenció una pérdida de imparcialidad por parte de aquel órgano constitucional.

Por todo lo allí expuesto –sostiene- “...el Tribunal Superior deberá decidir que la omisión del pronunciamiento del Jurado de Enjuiciamiento sobre las reiteradas defensas federales formalizadas por la Juez, constituye el vicio de incongruencia por omisión de resolución de cuestiones esenciales para la validez del proceso y afecta el derecho de defensa y debido proceso...y por lo tanto...disponga la libre absolución de la Dra. Graciela B. Rossi de los cargos formulados...”

2) “Nulidad del veredicto por serio defecto en la fundamentación normativa”.

Censura aquí los argumentos al amparo de los cuales se configuraron cada uno de los cargos por los que resultara destituida.

Indica que la interpretación hecha por el Jurado de Enjuiciamiento en torno a las normas constitucionales que garantizan la inamovilidad de los magistrados y que la limitan frente a supuestos de mal desempeño, resulta abiertamente contradictoria con los postulados de la Carta Magna, anteponiendo la voluntad del jurado a la de nuestros constituyentes. Ello así en tanto conceptuar como “hostigamiento” el cumplimiento de aquellos deberes constitucionales y legales violenta los artículos 53, 110 y 115 de la Constitución Nacional.

Desbroza a continuación cada uno de los cargos y rebate los fundamentos dados por el Jurado del siguiente modo:

En relación al cargo por presuntos actos de acoso u hostigamiento laboral que habría afectado al agente Jeremías Ezequiel Vranken, expresa que nunca el prenombrado desmintió el hecho de que se encontraron las 50 demandas sin proveer en la mesa de entradas del Juzgado tres meses después de su interposición (más otra que carecía de fecha recepción y una restante, directamente sin cargo). Destaca en este punto que el Dr. Chocco declaró en el sumario que no recordaba si fue el agente Pessino (jefe de despacho) o la Jueza quien encontró tales actuaciones; que ambos lo llamaron y le pidieron que efectuara la certificación pertinente. Dice además que el Jurado valoró equivocadamente las constancias del sumario administrativo, llevando así a interpretar de forma errónea que el Tribunal Superior de Justicia concluyó que Vranken



era inocente de las imputaciones y que la certificación lo fue exclusivamente por un pedido de la Dra. Rossi, soslayándose que los antecedentes que motivaron esa certificación respondieron a una situación asentida por el propio empleado Vranken.

Añade que el Jurado mismo admitió (durante el análisis de la prueba atinente a otro de los cargos abonados a la Dra. Rossi) la existencia de innumerables irregularidades en la mesa de entradas, extremo que a la Dra. Rossi lógicamente le preocupó. Y dicha situación se ubica temporalmente cuando se constató el agregado de un escrito en un expediente que no correspondía (hecho que precedió al hallazgo de las demandas).

Afirma que ese desorden en el ámbito de la mesa de entradas fue expresado incluso por la Dra. Raone durante su declaración testimonial y que la fiscalización hecha de forma personal por la Dra. Rossi –necesaria en vista de las circunstancias- fue malinterpretada por el jurado como actos de hostigamiento.

En sus palabras, “...el reconocido ‘descontrol’ reinante en la mesa de entradas del agente Vranken es un hecho objetivo de la gravedad necesaria para que, luego de haberse agregado un escrito a una causa que no correspondía, la Juez precisamente fiscalizara dicha mesa de entradas, cosa que, según expresa el mismo veredicto, hizo inmediatamente [...] Frente a esta situación que, como justificáramos anteriormente, podía comprometer su propia responsabilidad administrativa e incluso hacerla objeto de eventuales acciones de responsabilidad civil, amén de exponerla a una eventual condena penal por violación de los deberes de funcionario público –en el supuesto que guardara una conducta de complicidad o encubrimiento con tales irregularidades- la Dra. Rossi efectivamente solicitó la presencia de su Secretario en la mesa de entradas [...] y le pidió que realice la correspondiente certificación actuarial...”. Por lo demás, expresa que resulta palmaria la contradicción del fallo al endilgarle hostigamiento por cumplir con sus obligaciones legales y que, por otra parte, exprese que “...nos encontramos frente a una magistrado profesionalmente preparada, con contracción al trabajo, con independencia de criterio, con un elevado sentido de responsabilidad y compromiso institucional...”.

En torno a las circunstancias en que se sustenta este cargo, dice que la conducta de la juez fue razonable, pues la remisión de los antecedentes a superintendencia frente a las irregularidades advertidas resulta directamente proporcional a la gravedad de esas faltas.

Desde su perspectiva, el acuerdo 3815 del T.S.J. fue tergiversado en el fallo apelado, pues a) jamás se declaró allí la inocencia del empleado Vranken (incluso el entonces Fiscal del T.S.J. solicitó un llamado de atención para este último), b) las demandas sin ingresar existieron y sólo se deslindó la responsabilidad de aquel agente por el beneficio de la duda y c) el propio TSJ descartó implícitamente que la denuncia formalizada tuviera por finalidad hostigar al empleado sumariado. Por el contrario, manifestó la existencia de los hechos que le dieron origen y expresó su preocupación por ello, exhortando a actuar con mayor celo en la fiscalización y controles del actuar de los empleados.

Así las cosas –expresa- esa determinación violenta los artículos 53, 110 y 115 de la Constitución Nacional.

Respecto al hecho que vincula a la Dra. Raone, manifestó el apelante que esta última nunca realizó una denuncia por el hecho que dijo haberla perjudicado; que como la propia funcionaria lo señaló en la audiencia, existieron reiteradas conductas de desobediencia por parte del personal administrativo del Juzgado y que la Dra. Rossi intentó hacer cumplir la orden dada por el Tribunal Superior de Justicia en cuanto a la reubicación de quienes componen el equipo interdisciplinario en otro inmueble habilitado al efecto, aspecto en lo que debió insistir ante la funcionaria comisionada por la sistemática desobediencia de esa directiva por parte de los profesionales que componen ese plantel. De allí que el padecimiento de “stress” y el supuesto hostigamiento o maltrato hacia la Dra. Raone por el celo puesto en que se observe el fiel cumplimiento de una exhortación dada por el Tribunal Superior de Justicia resultaría de un absurdo manifiesto.

En lo que atañe a presuntos actos de hostigamiento hacia Mariana Mansilla, Lujana Ulloa, Virginia García, Cristina Nieto, Griselda Porro, Mario Alonso, Rubén Guzmán, Gladis Della Cha, Gloria Herrera, Mirta Leuno, Julio Vergara, Domingo Parada, Sergio Tello y José Luis Torres; aduce que también aquí el Jurado exhibe un desconocimiento de los deberes constitucionales de un Juez, que en esas circunstancias la obligaba a vindicarse y a ejercitar su defensa frente al ataque injustificado a la dignidad de un magistrado, al tiempo que debió garantizar el servicio de justicia, el cual peligró por acciones de hecho que motivaron la suspensión de diversas audiencias en el ámbito de su tribunal.

3) “Violación del debido proceso merced a la vulneración de la licencia psiquiátrica de la Juez Rossi”.

Afirma que no resulta tolerable que se someta a Juicio Político a una Magistrado de la Provincia en la contingencia de encontrarse afectadas sus facultades mentales, al punto de haberle conferido –por el Máximo Tribunal de Justicia- una licencia que la exime de desarrollar cualquier actividad funcional. Dice que de ello no cabe duda conforme lo plasmado en el acta n° 271, que recepta literalmente lo siguiente:“(...) conforme la información recabada por el Señor Secretario del Jurado por instrucción verbal de sus Miembros, la Dra. Rossi se encuentra en uso de licencia, situación que se mantiene vigente y durará, al menos, hasta la finalización de las audiencias programadas”.

Consecuentemente, razonan los impugnantes que al haber conocido el Jurado de tal afectación en la salud de la Dra. Rossi, debió haber suspendido el proceso y, por ende, postergar el inicio del juicio hasta que la Dra. Rossi recuperara el pleno ejercicio de sus facultades mentales.

Concluye en que tal forma de proceder implicó una vulneración del derecho que tiene toda persona de ser oído con todas las garantías (art. 8.1 C.A.D.H.), lo que no queda suplido por la intervención de su defensor.



4) “Nulidad subsiguiente del 3° punto de la parte dispositiva del veredicto por violación de los arts. 32 y 34 de la Ley 1.565, 229 de la Constitución de la Provincia del Neuquén, 401 del Código Procesal Penal de aplicación supletoria (art. 46 Ley 1565) en función de la doctrina ‘Graffigna Latino’ y del art. 14 de la Ley 48. Asimismo, por violación de los derechos adquiridos al amparo de la licencia médica psiquiátrica otorgada por el T.S.J.”

Según afirma la parte en este ítem, el Jurado ejecutó inmediatamente el fallo, impidiendo los debidos controles judiciales estatuidos constitucional y legalmente.

Dice que una cosa es “resolver” un determinado punto controvertido como parte de un proceso de conocimiento y otra muy distinta es “ejecutar” lo que se resuelve encontrándose vigente la etapa de conocimiento que resulta de las vías recursivas.

Lo único “inmediato” es la “disposición” (resolución) de la remoción y no su ejecución.

Si bien la cuestión podría haber sido más discutible en la redacción originaria del artículo 34 de la Ley 1565, en la medida en que contra el fallo del Jurado no cabía recurso alguno, salvo el de aclaratoria; la ley 2698 (modificatoria del procedimiento de enjuiciamiento) prevé expresamente el sometimiento del veredicto a la revisión judicial.

Siendo así las cosas -expresa- es indudable el palmario impedimento legal que tiene el Jurado para ordenar la ejecución inmediata de su pronunciamiento, pues en primer lugar se lo proscribió el artículo 401 del C.P.P. y C. (que fija el efecto suspensivo, salvo disposición en contrario); añadiendo que ni en el texto de ley 1565 ni en el de la 2698 hay disposición que contravenga esa regla.

Corona el concepto expresando que la norma ritual aplicable supletoriamente debía llevar a que la Dra. Rossi continúe recibiendo los salarios por enfermedad y la obra social.

II.- Como se anticipó “ut supra”, el Acusador Público refutó los agravios introducidos por la enjuiciada.

En primer lugar, a partir de párrafos que evoca del decisorio apelado, concluye que las cuestiones federales de las que se aflige la parte recurrente, contrariamente a lo aseverado, se encuentran debidamente contestadas.

También postuló el rechazo del agravio referido a la falta de fundamentación del decisorio, en tanto analizó todas y cada una de las cuestiones planteadas por las partes, por lo que las objeciones que propone la defensa, más allá del modo propuesto, refleja simplemente una disconformidad con la decisión adoptada.

Sobre la inconstitucionalidad del artículo 34 de la Ley 2698, que constriñe la facultad recursiva a graves vicios de procedimiento, expresa que ello tiene plena concordancia con la naturaleza misma del procedimiento de enjuiciamiento de magistrados, sostenida en aspectos reglados y aspectos discrecionales.

Los primeros se refieren a la estructura general de la institución (sujetos, causales, órganos de acusación, tribunal que dicta el fallo, etc.) y las normas de procedimiento que deben respetar el derecho de defensa en juicio y las demás garantías constitucionales.

La discrecionalidad del tribunal radica fundamentalmente en el criterio con que se aprecia si ha acreditado o no la causal de remoción expuesta en la acusación y si corresponde o no destituir al acusado.

Por ello, sostiene que una interpretación armónica de la norma aludida, permite al enjuiciado recurrir el fallo en resguardo de sus garantías constitucionales, tales como la defensa en juicio y el debido proceso.

En adición a este concepto, agrega que la declaración de inconstitucionalidad debe ser considerada como de “ultima ratio”, a la que solo se puede llegar cuando el esfuerzo interpretativo no logre coordinar la norma aparente o presuntamente opuesta a la Constitución, lo que a la luz del razonamiento anterior no se verificaría.

Finalmente, en relación al último agravio, consideró que tampoco puede prosperar porque en lo que hace a las decisiones que resuelven la destitución de magistrados no cabe el efecto suspensivo estatuido como disposición general para los recursos del Código Procesal Penal. Ello así en tanto no estamos ante una sentencia que se pronuncia respecto de la responsabilidad penal, orientada a analizar si una conducta, por ser típica, merece o no la imposición de una pena, sino que estamos frente a un procedimiento manifiestamente diverso, cuya finalidad es la adecuada marcha de las funciones públicas. Si se resuelve destituir a un magistrado, la finalidad es asegurar a la sociedad una digna y legítima prestación del servicio jurisdiccional, lo que constituye una razón por demás suficiente para considerar que el recurso de casación previsto por el artículo 34 de la Ley 1565, modificada por Ley 2698, no tiene efecto suspensivo.

III.- Que luego de efectuado un análisis del recurso, la resolución cuestionada y las demás constancias del legajo que guardan relación con el caso, soy de opinión, y así lo propongo al Acuerdo, que la casación deducida debe ser declarada improcedente.

La pluralidad de agravios contenidos en el documento casacional, me lleva a ordenarlos –por razones meramente metodológicas- del siguiente modo: 1) aquellos atinentes a supuestos vicios de actividad previos al dictado de la sentencia, subdivididos a su vez en: a) la incongruencia omisiva alegada, y b) la continuación del proceso por parte del Jurado no obstante conocer acerca de la licencia psiquiátrica gozada por la enjuiciada; 2) el presunto déficit del decisorio impugnado (tanto en lo que hace a su estructura argumental sobre los hechos probados como en la normativa aplicada); y 3) el supuesto desvío del procedimiento posterior al dictado del fallo, al hacer operativa de forma



inmediata la destitución de la Dra. Graciela B. Rossi, no obstante la falta de firmeza del fallo, soslayando a su vez el efecto suspensivo del recurso de casación autorizado por ley.

I.a De las cuestiones federales deducidas y la supuesta incongruencia omisiva.

El vicio de las resoluciones judiciales denominado comúnmente como “incongruencia omisiva” aparece en aquellos casos en los que el tribunal de instancia vulnera el deber de atender y dar respuesta a aquellas pretensiones esenciales, introducidas temporáneamente al proceso por las partes, frustrando con ello la tutela judicial efectiva, erigida como garantía de raigambre constitucional (art. 58 de la Constitución Provincial; art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Este déficit en la motivación se encuentra sujeto a la condición de que la resolución haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de derecho debatidos legal y oportunamente, extremo que a su vez encuentra su matiz en la condición de que dicho silencio no pueda interpretarse, razonablemente, como una desestimación tácita o implícita del planteo, lo que sucede cuando los argumentos de la resolución dictada en la instancia son plenamente incompatibles con la cuestión introducida.

Tras pasados estos conceptos al caso que nos ocupa, no se advierte que el Jurado de Enjuiciamiento haya incurrido en un extremo semejante. En efecto:

Según surge de fs. 119/127 vta., la Dra. Graciela Beatriz Rossi planteó ante el Jurado de Enjuiciamiento –como cuestión de índole federal– la nulidad absoluta e insubsanable de la Comisión Especial por haberse excedido más de treinta días corridos en formular su dictamen y por carecer éste de fundamentos, en tanto no resulta acreditado que los problemas de stress padecidos por alguno de sus ex colaboradores tenga relación con una situación de maltrato u hostigamiento de su parte, a la vez que el envío de cartas documentos y la denuncia penal contra su plantilla de colaboradores, lejos de implicar una falta de idoneidad gerencial, se enmarcaba en una obligación legal de su parte.

Ello motivó la respuesta del Jurado, plasmada en el Acta n° 28 JE, que en lo medular expresó que en torno a la nulidad de la actividad de la Comisión Especial, nuestro sistema constitucional adscribió al sistema de Tribunales judiciales, en tanto se ha confiado a un órgano imparcial e independiente –el Poder Judicial– la competencia administrativa. Si bien se señaló que tal principio no es absoluto y cede en los casos en que la ley dota de jurisdicción a ciertos organismos de la administración para resolver conflictos entre particulares, “...no puede más que concluirse aquella ausencia de potestad por parte de este Jurado para resolver el pedido de nulidad de fs. 119/127 vta., en tanto no surge norma que ponga en cabeza del órgano que aquí integramos la fiscalización de la actividad de la Comisión Especial [...] si bien es cierto que en el ámbito del Derecho Administrativo rige la posibilidad de impugnar un acto lesivo en sede administrativa (artículos 174 y 179 de la Ley 1.284); para que ello sea factible debe existir una relación jerárquica entre el Jurado de Enjuiciamiento y la Comisión Especial, lo que no acontece en la especie en tanto el primero no es jerárquicamente superior al segundo...” (textual de fs. 131).

Se citó además profusa normativa de la C.S.J.N. que establece como doctrina que “los órganos que las provincias han instituido para entender en las causas de responsabilidad que se intenten contra magistrados judiciales, no revisten el carácter de tribunales de justicia” (C.S.J.N., Fallos: 193:495; 238:58; 260:64 y 159; 268:459; 270:240; 271:165; 277:23; 301:1226; 302:254 y 304:351, entre muchos otros), concluyendo entonces que “...a falta de normativa expresa para tal menester, mal podría analizar y resolver en los términos requeridos por la denunciada la validez o invalidez de las actuaciones cumplidas por un cuerpo diferente al Jurado de Enjuiciamiento...”, declarándose en la misma acta la ausencia de afectación en sus derechos en tanto mantiene de forma plena la potestad de ocurrir directamente ante el órgano judicial que estime pertinente para hacer valer dicha pretensión. (cfr. fs. 130/131 vta.).

Avanzado ya el trámite, mediante Acta n° 30 JE, el Jurado de Enjuiciamiento declaró parcialmente admisible la denuncia, lo que motivó una nueva “ampliación de la cuestión federal”, en tanto la actuación de dicho órgano se sustenta en una irregular actividad de la Comisión Especial y porque, en definitiva, algunos de los hechos en los que se basa son contrarios a las mandas constitucionales y otros, son apreciaciones subjetivas que no constituyen conductas reprochables concretas. En esa inteligencia requirió que dé tratamiento a la nulidad articulada (en referencia a su anterior planteo de fs. 119/127 vta.).

Tal petición generó su respectiva respuesta, en cuanto a que se tuviera presente la ampliación de la cuestión federal y que, en torno al pedido de nulidad, se esté a lo resuelto por el Jurado de Enjuiciamiento en el Acta n° 28 (cfr. fs. 150 y vta.).

Continuado con el trámite del Jurado y luego de concretada la acusación por parte del Ministerio Público Fiscal (fs. 197/204), nuevamente Graciela Beatriz Rossi hizo “formal reserva” del caso federal por entender que no se trata de un proceso capaz de posibilitar el derecho de defensa (cfr. fs. 207). En esa inteligencia, volvió a insistir que el procedimiento carece de la debida descripción de los hechos imputados y que el “acoso” o el “hostigamiento” laboral que se le abona son meras calificaciones. Explicó a este respecto que la exacta descripción de las conductas imputadas es el aspecto central de cualquier acusación y que si no se indica concretamente de qué se la acusa no puede ejercer debidamente su defensa. Agrega que la persecución reprochada por haber cumplido un acto propio de sus funciones es un caso paradigmático de ilegalidad manifiesta y que con ello se conculca el derecho a la igualdad, creando una categoría de personas –empleados judiciales y/o gremialistas– que



serían alcanzados por un derecho de impunidad (cfr. fs. 207/8). En el mismo escrito, ofreció también la prueba que hizo a su derecho, aunque sin definir en torno a cuáles hechos concretos correspondía cada una (fs. 208/212 vta.).

Debe recordarse también que ese déficit de la pieza acusatoria lo sostuvo durante la audiencia como cuestión preliminar (cfr. fs. 312 vta.), y que tales censuras también tuvieron respuesta por parte del Jurado de Enjuiciamiento (cfr. fs. 479/481 vta.).

Se descartó así que los cargos imputados a la Dra. Rossi fueran imprecisos o vagos (con argumentación suficiente, según se aprecia a fs. 479/481), y que aquellas otras objeciones postuladas, atinentes al legítimo cumplimiento de un deber de su parte, hacía en definitiva a una defensa de fondo capaz de tener respuesta al analizarse de modo particular cada uno de los cargos (lo que así se hizo en la pieza sentencial [vgr. fs. 499 vta./503 vta.]).

He creído necesario, aún en detrimento de la brevedad, hacer una descripción detallada de aquellos antecedentes, pues pone en evidencia que cada una las peticiones que efectuó la Dra. Rossi o su esmerada defensa técnica, tuvieron su análisis y la consecuente respuesta por parte del Jurado de Enjuiciamiento, más allá de que no conformaran o no coincidieran con su interés.

Consecuentemente, el desvío grave de procedimiento que alega en el recurso de casación traduce simplemente su disconformidad con lo decidido por el Jurado, no revelando una violación a las reglas del debido proceso.

Al margen de las razones ya expresadas y solo a mayor abundamiento, cabe indicar:

A).- La ley 1565 modificada por Ley 2698 y 2844 no prevé ninguna consecuencia expresa para el supuesto de que la Comisión Especial a la que alude el art. 18 de dicho cuerpo normativo no emitiera dictamen rechazando la denuncia o posibilitando la formulación de cargos en el término de treinta días corridos ni su inobservancia se halla conminada con sanción alguna; circunstancia ésta que permite interpretar que el plazo allí estipulado reviste el carácter de ordenatorio, cuya fijación responde a la necesidad de arribar al dictado de un pronunciamiento dentro de un plazo razonable en aras a la seguridad jurídica de quien se encuentra sometido a un proceso de las características como el presente.

Una conclusión distinta a la aludida precedentemente va en contra a la interpretación sistémica que corresponde efectuar de la ley aplicable toda vez que si el legislador hubiese querido sancionar el incumplimiento o inobservancia del plazo previsto en el art. 18 así lo hubiese dicho expresamente como bien lo hizo en el art. 39 de dicho cuerpo normativo.

Sin perjuicio de lo expresado resulta prudente aclarar que reconocer la naturaleza ordenatoria del plazo previsto en el art. 18 no significa admitir una prolongación injustificada del mismo toda vez que hace a la seguridad jurídica que todo proceso tenga una duración razonable, esto es, adecuada a las particularidades y exigencia del caso concreto.

En relación al plazo razonable de la duración del proceso el Dr. Gustavo A. Bossert sostuvo "Si bien la duración razonable de un proceso depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso, razón por la cual el derecho a obtener un juicio sin dilaciones indebidas no puede traducirse en un número de días, meses o años, cabe identificar algunos factores insoslayables para saber si se ha conculcado la garantía a obtener un juicio sin dilaciones indebidas: la duración del retraso, las razones de la demora, y el perjuicio concreto que ello ha irrogado al imputado" (C.S.J.N., Amadeo de Roth, Angélica Lía s/ Lesiones culposas. Causa 1395/81, sentencia del 4 de mayo de 2000).

B) Vinculado a esto último, aún cuando no conste fecha cierta en torno a la recepción de las actuaciones por parte de la Comisión Especial (cfr. fs. 46), de estar a la que se corresponde con su primera reunión (en la que se designó Actuario, se examinó la denuncia y se dispuso la información sumaria artículo 18 de la Ley 2698), es obvio que no transcurrieron más de treinta días corridos hasta la elaboración del dictamen de estilo, sino exactamente la mitad de ese plazo (cfr. Actas n° 24°, de fecha 26/10/12 fs. 51 y Acta n° 27°, de fecha 09/11/12 fs. 66/80); no hallándose afectado de esta forma el derecho a obtener un fallo definitivo en un "plazo razonable" (art. 8.I C.A.D.H., art. 75 inc. 22 C.N.); extremo que también se descarta por haber sentenciado (el Jurado de Enjuiciamiento) en un plazo anterior al que fija como límite el artículo 39 de la Ley 2698, modificatoria de la Ley 1565.

Por otra parte, debe resaltarse que tanto la Comisión Especial como el Jurado de Enjuiciamiento abordaron en favor de la ex magistrada la cuestión federal planteada por aquélla en torno a la posible afectación del ne bis in idem, excluyendo del procedimiento constitucional de enjuiciamiento aquellas conductas que ya fueron examinadas y que merecieron sanción disciplinaria por parte del Tribunal Superior de Justicia (cfr. fs. 74 vta./5 vta. y 140/vta.) lo que pone de manifiesto, contrario a lo sostenido, que ninguno de estos órganos se escudó en supuestos reparos formales para evitar tratar las verdaderas cuestiones de naturaleza federal existentes y sólo se le dejó expedita la vía ordinaria para plantear y sostener aquellas otras censuras manifiestamente imprósperas y ajenas al andarivel aducido.

C) Finalmente, debe recordarse que cuando esa misma parte planteó la nulidad de la acusación fiscal (por contener las falencias ya mencionadas), lo hizo en los siguientes términos:

"(...) dejo planteada, para ser resuelta en la oportunidad que este Jurado de Enjuiciamiento considere, o en su caso ante el órgano jurisdiccional que corresponda la NULIDAD DE LA ACUSACIÓN FISCAL, por resultar violatoria de la legalidad, la defensa en juicio y del debido proceso legal..." (cfr. fs. 208 vta., el destacado es propio y las mayúsculas de la presentación).

De este modo, mal puede sustentar un agravio con base en que el Jurado no resolvió de forma previa aquella censura, cuando fue la



misma defensa la que adoptó una conducta procesal contraria, en cuanto dejó indeterminada en su petición la oportunidad y el órgano que debía resolver su reclamo.

Por lo expuesto, se concluye que las objeciones expuestas por la Dra. Rossi, reproducidas a través de diversas instancias y con identidad de fundamentos, se examinaron y se resolvieron conforme a derecho en las oportunidades legalmente previstas.

1.b De la continuación del procedimiento de enjuiciamiento no obstante el conocimiento (por parte del Jurado) de la licencia médica en que se hallaba la enjuiciada.

En este punto, solo basta decir que de la compulsión de las actuaciones, de la versión taquigráfica (parte I, fs. 3 y ss) y de los soportes de audio y video existentes, la Dra. Rossi tuvo plenas facultades para ejercer su defensa material y estar en juicio, y ninguna circunstancia en contrario alegó ni ella ni su abogado defensor.

De esta forma, el agravio introducido en la casación confunde la incapacidad de estar en juicio con la que obstaría al cumplimiento acabado de la función judicial, pudiendo esta última verse temporalmente menguada por alguna sintomatología (compatible con la licencia autorizada por el Tribunal Superior de Justicia), aunque sin mella en el ejercicio material de su defensa en el proceso de enjuiciamiento, lo que - insisto- nunca fue puesto en tela de juicio por los recurrentes antes o durante el debate.

Por lo expuesto, se concluye que la actividad que precedió al dictado de la sentencia se exhibe adecuada en su forma, sin que haya logrado el recurrente demostrar un grave menoscabo a las garantías del debido proceso y a la garantía de defensa en juicio.

2.- De la supuesta arbitrariedad del fallo de destitución.

Antes de entrar en el concreto examen de la cuestión de fondo que trae el recurso en esta materia, corresponde recordar la reiterada doctrina jurisprudencial elaborada sobre la valoración de las circunstancias de hecho y derecho en los casos de enjuiciamiento político y de jurado de enjuiciamiento:

“(…) por ser el objetivo del instituto del juicio político, antes que sancionar al magistrado, el de determinar si éste ha perdido los requisitos que la ley y la Constitución exigen para el desempeño de una función de tan alta responsabilidad, el sentido de un proceso de esta naturaleza es muy diverso al de las causas de naturaleza judicial, por lo que sus exigencias revisten una mayor laxitud. De ahí pues, que como concordemente lo ha subrayado este Tribunal desde su tradicional precedente sentado en la causa ‘Nicosia’ [...] lo reiteró [...] y lo viene extendiendo al ámbito de los enjuiciamientos de magistrados provinciales hasta sus pronunciamientos más recientes [...] quien pretenda el ejercicio de aquel escrutinio deberá demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente, con flagrantia, un menoscabo a las reglas del debido proceso y a la garantía de defensa en juicio que, asimismo, exhiba relevancia bastante para variar la suerte de la causa en función de la directa e inmediata relación que debe tener la cuestión federal invocada con la materia del juicio (art. 18 de la Constitución Nacional); arts. 8° y 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 15 de la ley 48)...” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 332:2504, con cita de muchos otros, entre ellos, Fallos 316:2940; 326:4816; 328:3148; 331:810; 331:2156 y 331:2195).

En ese orden de ideas, por no ser esta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia un órgano de alzada del Jurado de Enjuiciamiento, mal podría sustituirse el criterio de quienes, por imperio de la Constitución, están encargados de forma excluyente del juicio de responsabilidad de un magistrado.

Por ello, con esa evidente limitación corresponde determinar si existe una arbitrariedad manifiesta y patente como sugiere el recurso.

a) Del cargo de mal desempeño por presuntos actos de acoso u hostigamiento laboral que habrían afectado a la Dra. Claudia Raone (desarrollada en el voto de apertura a fs. 482 y ss.).

Expuso el fallo de destitución –en aspectos que no fueron debidamente rebatidos en esta instancia- que la Dra. Claudia Raone, en su calidad de funcionaria y Directora del Cuerpo Móvil desde el año 2008 fue comisionada por decisión del Tribunal Superior de Justicia al juzgado en el que se desempeñaba la Dra. Rossi. Y que dicha situación “...se debió a los conflictos existentes en el Juzgado Civil entre los empleados y su titular y como una medida, tendiente a solucionar la grave crisis que se ha generado en esa circunscripción...”.

Tal justificación dimana del Decreto del Presidente del Cuerpo n° 158/2012, y fue confirmado por quien entonces presidía dicho Tribunal Superior, el Dr. Ricardo T. Kohon en el respectivo pliego de preguntas; circunstancia que a criterio del voto ponente ha descartado una actitud “interventora” u “obstructiva” de la actividad jurisdiccional como pareció sugerir la defensa.

El pronunciamiento, a través del voto ya referido (que tuvo adhesión por parte de la mayoría de los miembros Jurados) evocó y transcribió citas textuales de la funcionaria destinada a prestar funciones en dicho Juzgado Civil y que denotan, más allá de los argumentos defensoristas, una actitud de hostilidad y de desprecio de la Dra. Rossi, de una envergadura suficiente para menguar la autoestima de la funcionaria comisionada, al punto de provocarle un quiebre emocional que derivó en una licencia por enfermedad por “trastorno adaptativo”.

Por razones de brevedad solo he de resaltar algunos de esos pasajes:

“(…) con la Dra. Rossi las cosas empezaron bien pero después se fueron complicando, complicando en el trato por diversos motivos ... Expresa que desde su llegada al organismo se iban arreglando cosas pero no se podía todo al mismo tiempo. Explica que estaba haciendo su



mayor esfuerzo, trabajaba diez horas por día y la relación con la doctora Rossi cada día se volvía más dura, más crítica. Describe que la Jueza muchas veces la despreciaba, la trataba con desdén en sus conocimientos jurídicos [...] Señala que 'el grito, el golpeteo en el escritorio, golpear el escritorio gritando para que se hagan las cosas como la doctora Rossi quiere' [...] Narra que, se han generado una serie de cosas que realmente cada día le revolvió más el estómago, le generaban depresión [...] 'Sinceramente, los últimos días yo me levantaba, ya... me pegaba una ducha, ya salía llorando para el Juzgado, no quería estar más porque no veía un acompañamiento ni en la doctora Rossi ni en los secretarios de todo el esfuerzo increíble que estábamos haciendo por mejorar un juzgado que era de ellos...' [...] Sostiene que el trato fue cada vez más áspero 'y no solo con ella sino, a ver, entre ella y los empleados porque cuando yo estuve la doctora Rossi hizo las denuncias penales y también las iba a ampliar. Así que imagínense el ambiente que había en el Juzgado, la iba a ampliar contra los mismos empleados que trabajaban ahí'. Declara que se sintió 'incómoda, harta de ciertas situaciones, menospreciada, presionada, hostigada con temas reiterativos de todos los días. Y otra de las cosas que, sinceramente, sentí era ¿cómo va a venir a trabajar hoy la Dra. Rossi? Porque había días que venía y me decía: Claudia, por favor vení a mi despacho que tengo que hablar! Y yo decía, ¡bueh, a ver!, ¿qué va a pasar hoy? Y ese era el... O sea, yo sentía como que estaba a los saltos. No tiene un carácter, la doctora Rossi, donde uno pueda prever' [...] 'La doctora Rossi me ha desdeñado, me ha ninguneado, me ha... ignorado mis conocimientos...'

Tal declaración fue coonestada a su vez con otros testimonios. Entre ellos, el de la señora Secretaria de Superintendencia, Dra. Isabel Van der Walt, quien se refirió a la Dra. Raone como una excelente funcionaria, de experiencia y de muy buen trato con el personal. Ratificó que la nombrada tuvo dificultades, no solo por el desagrado en la tarea llevada a cabo en el Juzgado a cargo de la enjuiciada, sino en el menoscabo y la denostación por parte de esta última (fs. 490). Agregó que frente a la problemática que estaba atravesando la Directora del Cuerpo Móvil, el Tribunal decidió enviar a los Dres. Lorena Spikerman, Gonzalo Luis y Flavio García para seguir colaborando en la capacitación del personal porque la enjuiciada "la había tapado de trabajo" (fs. 490 vta.).

El Jurado de Enjuiciamiento también evaluó (siempre en referencia al voto que hizo mayoría en la sentencia) la declaración de la Dra. María Lorena Spikerman, quien en lo medular expresó que lo que se estaba intentando era darle un apoyo a la Dra. Rossi y que se sorprendió cuando la Dra. Raone ingresó con licencia psicológica, en tanto es una persona que posee mucha fortaleza.

Se valoró a este respecto la declaración del médico de equipo de Psicólogos y Psiquiatras del Poder Judicial, Dr. Jorge Alberto Masera, quien hizo el visado del certificado médico presentado por la Dra. Raone. En lo que resulta de interés, se evocaron sus dichos en cuanto expresó que "(...) Si bien no recuerda detalles particulares del certificado, señala que en él se diagnosticaba un cuadro de índole adaptativa. Que la situación de la funcionaria tenía que ver con un trastorno adaptativo, con manifestaciones depresivo-ansiosas y concomitantemente con lo que se denomina problema laboral..." (haciéndose referencia a su vez al legajo personal de la funcionaria nombrada, aportado como prueba al Jurado).

Consecuentemente, contrario a lo alegado en el recurso, la valoración conjunta de todas esas pruebas no ha demostrado una repulsión a las reglas de la lógica o de la sana crítica racional durante la elaboración de la sentencia, sino por el contrario una conclusión razonable y razonada por parte del Jurado de Enjuiciamiento, en tanto tales aseveraciones son derivación lógica de la prueba testimonial que ellos mismos apreciaron durante el debate, confrontada a su vez con múltiple prueba documental tenida ante su vista y cuya validez no fue puesta en duda por las partes (vgr. disposiciones administrativas del Tribunal Superior de Justicia, legajo laboral de la Dra. Claudia Raone, certificado médico allí agregado, etc.).

Y aún cuando la Defensa ha negado la relación de causalidad entre la licencia psicológica y las situaciones de desprecio y de humillación que dijo haber sufrido la Dra. Raone de parte de la enjuiciada, el análisis armónico de la prueba lleva a descartar que ello se motive en circunstancias ajenas basadas en su propia fragilidad de carácter; máxime cuando la prueba testifical obtenida en la audiencia la conceptúa como una funcionaria experimentada, de amplia trayectoria y de templanza suficiente para soportar situaciones de estrés.

De esta forma, la amplia argumentación dada a este respecto a fs. 491 vta./2 vta., no resulta enervada por las alegaciones genéricas del recurrente, en cuanto a que la Dra. Rossi simplemente intentaba cumplir celosamente con su deber de magistrada, o que tal problema de salud era por una circunstancia ajena a la probada.

b) Del cargo de mal desempeño por presuntos actos de acoso u hostigamiento laboral que habrían afectado al empleado Jeremías Vranken (desarrollado en el voto ponente a fs. 492 vta. y ss.).

No hubo contradicción de las partes en torno a que el agente de referencia tuvo un intercambio de palabras con la Dra. Rossi el día 5 de julio de 2011. Si bien los motivos de la discusión difieren de acuerdo al confronto de las versiones de ambos protagonistas, cuando ya Vranken se retiró por haber culminado la jornada laboral, la Dra. Rossi le ordenó suscribir a uno de sus funcionarios un informe actuarial por la supuesta existencia de múltiples demandas "ocultas" en su puesto de trabajo (sin darles ingreso), lo que dio origen a una investigación disciplinaria en contra de aquél, que incluyó además el hecho de haberse retirado de una de las oficinas dando un portazo.

También surge de autos (como dato objetivo inmovible) que el sumario administrativo seguido contra Vranken fue resuelto por



Acuerdo n° 4815 del Tribunal Superior de Justicia (cuya copia luce agregada a fs. 58/63 vta.).

En él se determinó, entre otras cosas, que “(...) lo que refiere al supuesto ‘ocultamiento’ de escritos de demandas sin ingresar al sistema por parte del sumariado, tal hecho se encuentra desvirtuado a la luz de la prueba ofrecida...” y que “...en resguardo de la presunción de inocencia imperante en estos casos, y la falta de elementos concluyentes que denoten que el sumariado haya incurrido en los comportamientos indisciplinados que se le atribuyen, corresponde absolver al mismo y disponer el archivo de las presentes actuaciones...y que...si bien el presente sumario se inició para investigar el desempeño del agente, se advierte que las irregularidades descriptas derivan del mal funcionamiento y la falta de control de los funcionarios del Juzgado...”.

Tan terminante conclusión se sustentó en diversa prueba testifical bajo la cual se probó que tales escritos estuvieron siempre a la vista (no ocultos), y que el propio Secretario, Dr. Choco (suscriptor del informe) expresó que no sabe si fue la Dra. Rossi o el Jefe de Despacho Pessino quien encontró las demandas y “que ambos lo llamaron y le pidieron que hiciera la certificación que se encuentra firmada a fs. 2” (textual de fs. 60 vta.). De ello se deriva la reflexión que trae dicho Acuerdo a fs. 62 vta. y que literalmente expresa:

“...No obstante la decisión adoptada [en referencia al archivo del sumario administrativo seguido al agente Vranken] se advierte como irregular que un funcionario judicial reconozca livianamente que la certificación efectuada a fs. 3 fue a pedido de la Dra. Rossi pero que no presenció los hechos. Y que seguidamente a fs. 5 certifique haber encontrado escritos ‘ocultos’ que los testigos se han encargado de desvirtuar sosteniendo que se encontraban a la vista de todos, y de los cuales cabe inferir tenía conocimiento...”, recibiendo por ello la entonces magistrado y sus funcionarios actuantes la exhortación pertinente (cfr. fs. 62 vta.).

Tal aserto resultó concordante con los dichos del propio ex empleado del Juzgado Civil de Chos Malal, quien expresó en la audiencia que al reincorporarse de su licencia el Dr. Chiavassa lo llamó al despacho por lo que había sucedido aquel 5 de julio y le sugirió que le pida disculpas a la Dra. Rossi y que reconozca su error enfrente de todo el personal; que de esa forma se alivianarían las cosas y podría volver a sus tareas. Pero lo que no le dijo Chiavassa, es que ya se le había iniciado un informe actuarial que luego elevarían a la Cámara en ejercicio de la superintendencia para que se investigue su conducta; agregando a su exposición que al tiempo en que ello ocurrió observó cómo se presionaba a sus compañeros para que declararan en su contra en dicho sumario, desaparecían escritos y se le empezaron a hacer informes para mortificarlo; que el clima laboral era malo y que cada uno de los compañeros estaba encerrado en su despacho y sin conversar entre ellos por temor a lo que les podía pasar.

El fallo analizó además en este tramo del cargo formulado lo declarado en la audiencia por la señora Gloria Herrera, quien ratificó que el objeto del sumario contra Vranken era afectarlo porque “la acusación no fue real” y que nunca existieron “expedientes ocultos”. Agregando que ella misma se ofreció varias veces para cargarlos, pero que no la dejaron los Secretarios, bajo la explicación de que no tenían carátulas (extremo concordante con lo declarado por el propio sumariado).

El padre del afectado, Sr. Walter Vranken, manifestó que su hijo gozó de licencia por la angustia derivada de esos hechos.

Griselda Porro, según se menciona en el decisorio, manifestó que la Dra. Rossi le dijo en un momento “fíjate qué es lo que te conviene decir en el sumario”.

La Dra. Claudia Castro –que asistió técnicamente a Vranken en el sumario administrativo- expresó que por experiencia propia padecida en ese mismo Juzgado y a manos de la misma magistrada, sospechó de la legitimidad del informe actuarial con el que se inicia el sumario, siendo en definitiva –según su apreciación- “...un mecanismo ilegítimo que se utilizaba por segunda vez y que estaba siendo utilizado para intentar perjudicar a un empleado...” (cfr. fs. 496 y dichos de la prenombrada Castro, plasmados a fs. 180, versión taquigráfica, T. II).

El fallo valoró además la declaración del testigo Domingo Parada, quien dijo que actualmente Vranken presta servicios en el Juzgado de Instrucción, trabajando bien, cómodo, tranquilo y emocionalmente estabilizado; mientras que en el momento en que se hallaba en el Juzgado Civil en ese entonces a cargo de la Dra. Rossi, “estaba muy nervioso por tener ese sumario en su contra...y que...le generó una angustia bastante importante verse sometido a un sumario...”.

Por lo demás, el fallo mencionó que otra magistrado (la Dra. Felau) sostuvo de modo terminante que aquél es un excelente empleado.

Frente a dicho cuadro probatorio, en el que se tuvieron en cuenta también los sumarios administrativos aportados como prueba por las partes, el Jurado de Enjuiciamiento –siempre en el marco del voto de la mayoría al cual vengo haciendo referencia- concluyó que “(...) se confirma y ratifica una conducta sistemática de violencia sobre la víctima, bajo la figura de acoso u hostigamiento a través de acciones claras y concretas consistentes en oprimir mediante acusaciones falsas, destruir su reputación personal, desestabilizarlo emocionalmente mediante todo tipo de estrategias, proferir amenazas sobre sus compañeras con el claro objetivo de lograr sus cometidos y que por fin lograron apartar al agente de su lugar de trabajo...” (fs. 497).

En contrapunto con esta aserción, la Defensa expresó que en realidad lo que llevó al archivo del expediente seguido contra Vranken fue un estado de duda que jugó a su favor; y no el supuesto “armado” de ese legajo disciplinario con informes actuariales falaces, falsedad que por otro lado no fue declarada y que por lo tanto le da plena veracidad a las circunstancias que allí se compendian. Que, en definitiva, la situación de



descontrol por la gran cantidad de demandas sin ingresar era un dato objetivo admitido por el propio empleado y que frente a tal situación extrema, la Dra. Rossi sólo cumplió con las exigencias inherentes a su función, sin que por ello pueda interpretarse su actitud como un acto de persecución u hostigamiento.

No se comparte aquella alegación defensiva en tanto, si sólo hubiera primado la duda a favor de Vranken, simplemente se habrían archivado las actuaciones iniciadas en su contra, sin que cupiera la exhortación a la Dra. Rossi, hecha allí "...por última vez..." (textual del Acuerdo 4815, fs. 62).

La "duda" sólo se mencionó en torno al supuesto "portazo" y al tono de voz utilizado por el agente durante el intercambio de palabras con la Dra. Rossi, pero no en torno al ocultamiento de escritos en el sector de mesa de entradas. En efecto, se dijo en el Acuerdo de referencia que:

"...del material probatorio colectado e incorporado en estos actuados no nos permite dilucidar –con el grado de certeza requerido– que el agente Vranken hubiera cerrado de un 'portazo' la puerta del despacho de la Jueza, ni de haberse dirigido a la misma en tono elevado. Hay una notoria discordancia entre dichos de los testigos en la sucesión de los hechos.

"Por lo que refiere al supuesto 'ocultamiento' de escritos de demandas sin ingresar al sistema por parte del sumariado, tal hecho se encuentra desvirtuado a la luz de la prueba rendida..." (textual del Acuerdo agregado fs. 62/3, incorporado como prueba a la audiencia).

Resulta difícil de suponer que la Dra. Rossi estuviera ajena a la orden dada por su Secretario en cuanto a que no ingresaran las demandas, o que lo hicieran muy de apoco por falta de insumos (carátulas), circunstancia no sólo referida por Vranken sino también por algunos de sus ex compañeros de trabajo (porque así lo creían). Más allá de que la carencia de materiales no fuere tal, en tanto los objetos de trabajo se hallaban guardados en un mueble metálico bajo llave, inaccesible para Vranken (como también para la funcionaria comisionada por el Tribunal Superior) y con acceso exclusivo por parte de la persona más cercana a la enjuiciada (cfr. versión taquigráfica, t. 1, pág. 50).

Así entonces, la conclusión extraída por el Jurado en cuanto a la utilización del sumario administrativo como un modo de persecución en contra del agente para doblegar su voluntad, del modo en que se inició y en el marco de "sugerencias" dadas durante su trámite al resto de los compañeros de trabajo del sumariado, no resulta disparatada o de una arbitrariedad suficiente para censurarla. Máxime cuando existió prueba testimonial rendida en la audiencia respecto a que dicho sumario fue "armado" (Dra. Van der Walt, fs. 496); que no era la primera vez que la Dra. Rossi echaba mano a ese tipo de artimaña para doblegar la voluntad de un colaborador suyo (Dra. Claudia Castro, fs. 496), aunado a que, por las excelentes cualidades laborales del sumariado (Dra. Mirtha Felau, fs. 497), tal actuación disciplinaria no le era indiferente y, por el contrario, le causaba una gran aflicción (Domingo Parada, fs. 496 vta.).

c) Del cargo de mal desempeño por presuntos actos de acoso u hostigamiento laboral que habrían afectado a Mariana Mansilla, Lujana Ulloa, Virginia García, Cristina Nieto, Griselda Porro, Mario Alonso, Gladis Della Cha, Gloria Herrera, Mirta Leuno, Julio Vergara, Domingo Parada, Raúl López, Sergio Tello y José Luis Torres.

Según lo recuerda el pronunciamiento apelado, el señor fiscal indicó que este cargo es uno de los más graves en tanto hace al elenco de situaciones capaces de crear un clima laboral insostenible, al denunciar penalmente a sus propios colaboradores, lo que significa la ruptura total de las relaciones laborales. Se mencionó allí que:

"...de acuerdo a las constancias obrantes en la causa y tal como lo reconoció la enjuiciada, luego de participar de una reunión convocada por el Sindicato que agrupa a los agentes judiciales y de otras agrupaciones, envió cartas documentos a fin de que aquéllos se retractaran de ciertos dichos que, conforme su entendimiento, consistieron en falsas imputaciones y calumnias. Que no siendo ello suficiente para conseguir sus fines, con fecha 03/05/12 formuló una denuncia penal en contra, no sólo de los agentes mencionados previamente, sino también de otras personas cuya individualización dejó librado al curso de la investigación. Desde la perspectiva del Acusador Público, la actitud adoptada por la expedientada revela sin duda alguna el desgaste de la relación, al tiempo que permite preguntarse ¿cómo será el ambiente laboral de una dependencia en la que casi la totalidad de la planta de personal se encuentra denunciada penalmente por quien tiene a su cargo la dirección del organismo?. En los alegatos conclusivos, el Dr. Gerez conceptuó este hecho como uno de los episodios más graves, ya que de este acto no hay retorno y no es posible recomponer la relación laboral ... ¿Qué se puede esperar de una magistrado que trata a sus empleadas de yeguas y conchudas?; ¿Qué se puede esperar de una magistrado que se dirige a sus empleados con términos despectivos como 'mamarracho', 'inútil' o 'mocita?; ¿Qué se puede esperar de una jueza que utiliza expresiones totalmente inapropiadas, indecorosas o dirigidas a denostar o denigrar a la persona? ... ¿Qué podemos esperar de una magistrado que ... hace llorar a sus empleados?..." (fs. 498/9).

Contraviniendo el aserto de la parte acusadora, la Defensa alegó que el envío de las cartas documento tenían basamento en el cumplimiento de su deber de como magistrado, de acuerdo a lo normado en el artículo 159 de la Constitución Provincial, que obliga a todos los funcionarios de la provincia a vindicarse, con mira al mantenimiento de la transparencia y la credibilidad de aquéllos que cumplen una función pública (cfr. fs. 499).

El Jurado de Enjuiciamiento, conforme al voto ponente y a partir del análisis expuesto a fs. 499 y ss., descartó el fundamento de la defensa



y entendió acreditado este cargo. Para así decidir, valoró que el Dr. Squillario (conforme a su propio relato rendido en la audiencia) le aconsejó el envío de las cartas documento para lograr de los empleados una retractación y evitar una querrela y que "(...) Lejos estuvo este último testigo (asesor jurídico de la Dra. Rossi) de asignarle a la remisión de las cartas documento una presunta acción vindicatoria de tipo constitucional. Y mal podría interpretarse de esa forma, en tanto no existió en el marco de aquella marcha o manifestación una concreta imputación delictiva que así lo aconsejase, sino expresiones captables en el tipo penal de injuria (tal como el propio Dr. Squillario lo mencionó en la Audiencia General). Este no es un dato menor. Y no lo es puesto que a diferencia de la calumnia –que es la falsa imputación de un delito- la injuria es una ofensa al honor y un daño a la reputación que no llega a ese grado de injusto..." (fs. 500).

Tal argumento fue censurado en el recurso de casación, expresando que el envío de esas misivas en defensa de su honor resultaba un derecho de reconocimiento constitucional y en definitiva, el legítimo ejercicio de un derecho personal frente al ataque de la dignidad de un magistrado; sumado a que su accionar tendió a garantizar el servicio de justicia, el cual peligró por tener que suspenderse las audiencias en el marco de una reunión numerosa de personas que exigían la renuncia de la Dra. Rossi.

Por ello, según sus palabras, "no se trata de una mera concesión de gracia sino de la imposición de concretos deberes legales, cuyo incumplimiento es severamente sancionado por la misma Ley Orgánica que, concibe como una grave falta, por parte del Juez, la tolerancia omisiva frente a la interrupción del servicio de justicia..." (fs. 648).

Frente a ello, vale recordar que durante las jornadas académicas en las cuales se dieron los epítetos que generaron las cartas documento libradas por la Dra. Rossi, existía previamente una crispación anímica de ciertos empleados del Poder Judicial de esa localidad, por hechos y actitudes anteriores de la magistrado que no fueron debidamente refutadas durante la audiencia y en el recurso, de lo cual obviamente no puede prescindirse en el marco del análisis de la conducta integral de la magistrado, tal como lo hizo el Jurado. En tal sentido, es bueno recordar los votos que conformaron la mayoría en este plano:

"(...) Escuché y ví personas quebradas por su accionar, con moretones emocionales que aún a pesar del tiempo, al momento de revivirlo, de contarlos nuevamente, se quiebran, lloran, se les entrecorta la declaración. Personas distintas, de distinto rango, sin conexión personal entre ellas, teniendo en común todas ellas estar sujetas a la autoridad de la Dra. Rossi ... Esta conducta de la Juez Rossi, respecto a sus empleados y funcionarios, trascendió los límites del juzgado, tomó trascendencia pública, comprometiendo seriamente el prestigio de la función judicial..." (del voto del Diputado Manuel Fuertes, obrante a fs. 504 vta.).

Como complemento de tal concepto y luego de adherir a los fundamentos del Dr. Fuertes, el Dr. Luchino expresó: "...Los testimonios escuchados en el debate y los que surgen del expediente administrativo n° 10063/06 y muchos de ellos reproducidos en este marco, que por otra parte concluye con la sanción de apercibimiento a la enjuiciada que se encuentra firme y consentido, muestran la conducta sistemática y continuada durante años ejercida por la magistrado en el ámbito de sus funciones, a través de diferentes personas y medios, actos de desprecios, insultos, humillaciones, desvalorizaciones, descalificaciones, descritos y otras formas de maltrato en evidente abuso de la magistratura, lo que implica, reitero, abuso de poder..." (del voto de adhesión con ampliación de fundamentos del Dr. Luchino, fs. 513).

Frente a dicho marco, avalado –insisto- por múltiple prueba testifical rendida en la Audiencia General, en la que se observaron personas notoriamente afectadas durante la evocación del trance que padecieron ante la Dra. Rossi, mal podría esta última argumentar que el decisorio resultó arbitrario y que sus actitudes concuerdan con el legítimo ejercicio de un derecho personal, o que su intención haya sido cumplir con sus obligaciones como magistrado, en tanto tales dichos dejan incólume la prueba no controvertida que dio por probado los extremos referidos "ut supra".

Por todo lo dicho hasta aquí, la sentencia de destitución dictada por el Jurado de Enjuiciamiento mantiene un razonamiento lógico, sustentado en pruebas válidamente obtenidas ante aquél. Surge así debidamente explicitada la interpretación que hicieron los miembros Jurados de tales probanzas -fundamentalmente las declaraciones rendidas ante ellos, en las cuales observaron por sí mismos las consecuencias de los hechos investigados- y han explicado por qué alzaprizaron esas declaraciones frente al relato que en su defensa hizo la enjuiciada.

3.- Del supuesto desvío del procedimiento por ejecutar el pronunciamiento sin que éste adquiere firmeza.

Según razonan los impugnantes, la intención del Jurado de Enjuiciamiento de ordenar hacer efectiva su decisión "a partir de la fecha de notificación del presente" implica un exceso en sus facultades y el desconocimiento del debido control judicial que cabe del fallo.

Tal aserto, respetuosamente, no lo comparto.

Como es bueno recordar, la Defensa de la Dra. Rossi insistió para que antes de dictarse la sentencia se declare el tipo de efecto que genera el recurso de casación articulado ante el Jurado (frente a la eventual aplicación supletoria de las normas que regulan ese tipo de apelación y que le asignarían un efecto suspensivo).

Fue así que la Sala Penal conformada por los suscriptos, en su resolución de fecha 4 de noviembre del corriente año, tuvo oportunidad de analizar y descartar el efecto de la casación en este tipo de procedimiento constitucional. En lo medular se indicó que:

"(...) no nos hallamos ante un proceso criminal en el cual hubo recaído sentencia condenatoria sino ante un procedimiento de tipo



constitucional, de esencia administrativa y que culminó con la destitución de un magistrado.

Esta nota característica deriva en un elemento diferenciador suficiente para rechazar la pretensión del Dr. Squillario, pues "...el enjuiciamiento de un magistrado implica juzgamiento de carácter administrativo, pues el removerlo, el destituirlo es a la postre dejar sin efecto una designación de esencia administrativa..." (Fiorini, Bartolomé, "Enjuiciamiento de los magistrados", Enciclopedia Jurídica Omeba. T X, p. 360). En este orden de ideas, se ha señalado que la destitución por el jurado de enjuiciamiento tiene naturaleza administrativa, pues sus principios no son ajenos al resto de la potestad disciplinaria que tiene el Estado respecto de sus funcionarios y empleados en el marco de la relación de sujeción especial que los vincula y bajo un régimen de derecho administrativo (Sesin, Domingo Juan, Responsabilidad disciplinaria de los jueces, en Santiago, Alfonso, "La Responsabilidad Judicial y sus dimensiones", ed. Abaco, 2006, t. I, pág. 668).

En sintonía con este concepto, se ha señalado que "...no estamos en presencia de un juicio jurisdiccional penal. Este difiere del juicio político si bien ambos son juicios. El juicio penal aplica una sanción en caso de encontrar responsabilidades al imputado; el juicio político no, sólo produce la remoción administrativa del acusado..." (cfr. Paolini, Jorge Omar "El Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios. Nueva Edición Actualizada y Ampliada", ed. La Ley, Bs. As., 2000, pág. 56).

Esa diferencia no ha pasado por alto al Legislador, en tanto ha plasmado una solución diferente según el tipo de asunto de que se trata: mientras que en el procedimiento criminal la sentencia condenatoria no surte efectos inmediatos (cfr. art. 368 del C.P.P. y C.), sí le ha dado ese carácter al pronunciamiento de destitución del Jurado de Enjuiciamiento (cfr. art. 32, Ley 2698); ello así, más allá del recurso de casación que le acuerda contra graves vicios de procedimiento (cfr. art. 34, ídem).

Obsérvese que si la destitución del magistrado se produjera luego de su firmeza y una vez atravesadas todas las instancias recursivas previstas, la nota característica que el legislador le imprimió al modo de ejecutar la sentencia de remoción carecería de sentido.

Mal podría interpretarse que ha querido referir que esa inmediatez operaría luego de su firmeza, desde dos puntos de vista:

Primero, porque si así lo hubiera querido expresar, anidaría en el texto una fórmula concordante con ese objetivo. Y es claro que al momento de establecer los alcances de una ley la inconsecuencia o la falta de previsión del legislador no se presumen (C.S.J.N. 303:1041; 304:794; 306:721, 307:518; 310:195; 312:1614; 313:1149; 314:458; 316:2390; 317:1820; 319:1131 y 320:2701);

Segundo, porque es obvio que una sentencia firme está en condiciones inmediatas de ser ejecutada, por lo que tal adjetivación (bajo esa particular exégesis) resultaría una aclaración innecesaria en el texto legal; siendo un criterio hermenéutico consolidado de nuestro Máximo Tribunal Nacional aquel que señala que el legislador no utiliza términos superfluos o redundantes, sino que todos ellos son empleados con algún propósito (C.S.J.N., Fallos: 324:2153 y 2780).

Adicionalmente, debe indicarse que la interpretación asignable a una norma no puede prescindir de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (C.S.J.N., Fallos: 324:2107, "Bustos", consid. 7, con mención de Fallos 307:1018 y 2200). Y desde este punto de mira, está claro que una interpretación en este ítem, susceptible de alentar el mantenimiento en funciones de un magistrado destituido por un jurado de enjuiciamiento (por el solo hecho de no estar firme su decisión) carecería de sentido común y desconocería las consecuencias sociales de esa decisión.

Por todo lo expuesto, se concluye que el efecto devolutivo del recurso de casación deriva de la propia fórmula prevista en el artículo 32 de la Ley 2698 que ordena hacer cumplir de forma inmediata la sentencia de destitución, más allá del recurso que le acuerda a la parte agraviada; lo que impide la aplicación analógica del artículo 401 del C.P.P. y C. que invoca el presentante..." (textual de fs. 725/6).

Tal efecto devolutivo ha sido interpretado incluso por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco de un recurso de queja formalmente abierto en esa instancia:

"...Que, atenta la naturaleza de los argumentos formulados en el recurso extraordinario, y habida cuenta de lo declarado por esta Corte en el considerando 6° de la decisión recaída el 19 de junio de 1986 en los autos 'Graffigna Latino, Carlos y otros s/ acción de amparo (G.558XX), aquéllos pueden involucrar cuestiones de orden federal susceptibles de examen en la instancia del art. 14 de la Ley 48, por lo que la queja es admisible sin que esto implique pronunciamiento sobre el fondo del recurso ... Cabe aclarar que la procedencia del remedio federal no importa, en los términos en que se la reconoce, privar de efectos al acto de la Sala Juzgadora que separó a los apelantes de sus cargos, pues es precisamente el título para ocuparlos el que depende de los resultados finales a los que se arribe por la vía intentada..." (C.S.J.N., Fallos: 308:2609, el destacado es propio).

En virtud de lo expuesto, es claro que la actividad del Jurado de Enjuiciamiento en el punto censurado deviene legítima y con pleno ajuste a la potestad prevista en el artículo 32 de la Ley 2698.

Por todo lo expresado hasta aquí, concluyo que el recurso de casación articulado es impróspero desde el plano sustancial. Tal es mi voto.

El Dr. ROBERTO J. RODRÍGUEZ BELLO, dijo: Adhiero a los argumentos y solución propiciada por el colega preopinante. Tal es mi voto.

A la tercera cuestión planteada, el Dr. PABLO G. FURLOTTI, dijo: En función de la respuesta dada a la cuestión precedente, propongo al



Acuerdo que el recurso de casación deducido sea rechazado, por no verificarse los agravios que allí se exponen. Mi voto.

El Dr. ROBERTO J. RODRÍGUEZ BELLO, dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto

A la cuarta cuestión, el Dr. PABLO G. FURLOTTI, dijo: Costas al recurrente perdidoso (Arts. 491 y 492 del C.P.P. y C.). Mi voto.

El Dr. ROBERTO J. RODRÍGUEZ BELLO, dijo: Adhiero a la solución propiciada por el colega que abrió el Acuerdo a esta última cuestión. Tal es mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE: I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano estrictamente formal el recurso de casación deducido a fs. 550/667 por el Dr. Gustavo Martín Olivera, a favor de la enjuiciada GRACIELA BEATRÍZ ROSSI. II.- RECHAZAR la impugnación antedicha por no verificarse los agravios que allí se exponen; III.- IMPONER las costas al recurrente perdidoso (arts. 491 y 492 del C.P.P. y C.); IV.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. PABLO F. FURLOTTI - Conjuez. Dr. ROBERTO J. RODRIGUEZ BELLO - Conjuez

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA – Secretario

[Volver al índice](#) - [Por Organismo](#)
- [Por Tema](#)
- [Por Carátula](#)

"SANABRIA AMARILLA GUSTAVO S/ HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 223/2011) – Acuerdo: 169/13 – Fecha: 03/12/2013

DERECHO PROCESAL PENAL: Resoluciones judiciales.

SENTENCIA. MOTIVACION DE LA SENTENCIA. VALORACION DE LA PRUEBA. SANA CRITICA. RECURSO DE CASACION.

Corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la Defensa del encartado, quien solicita la declaración de nulidad absoluta de la sentencia de condena, alegando que se incurrió en una violación de las reglas de la sana crítica racional por incorrecta valoración de la prueba en lo referido a la atribución de la autoría del delito endilgado al acusado, por cuanto el fallo tiene sustento en numerosos elementos de prueba que, evaluados en forma conjunta, permiten determinar la existencia del delito y endilgarle su autoría al enjuiciado.

Texto completo:

ACUERDO N° 169/2013: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los tres días del mes de Diciembre del año dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores **ANTONIO G. LABATE** y **LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN**, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, **Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA**, para dictar sentencia en los autos caratulados **"SANABRIA AMARILLA GUSTAVO S/ HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA"** (expte. n° 223 - año 2011) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: I.- Que por sentencia n° 37/2011, emitida por la Cámara de Juicio en lo Criminal Segunda, de esta ciudad, se resolvió, en lo que aquí interesa: "...I.- **CONDENAR** a **GUSTAVO SANABRIA AMARILLA** (...), como autor penalmente responsable del delito de **LESIONES GRAVÍSIMAS AGRAVADAS por el uso de arma de fuego (arts. 41 bis y 91 del C. Penal)**, a la pena de **CINCO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN EFECTIVA e INHABILITACIÓN ABSOLUTA** por igual término y demás accesorias legales previstas por el art. 12 del C. Penal..." (fs. 417/421).

En contra de tal resolución, dedujo recurso de casación el señor Defensor de Confianza, Dr. Juan Manuel Coto, a favor de **GUSTAVO SANABRIA AMARILLA** (fs. 430/440).

Por aplicación de la ley 2.153 de reformas del Código Procesal (ley 1.677), y lo dispuesto en el art. 424, párrafo 2°, del C.P.P. y C., ante el requerimiento formulado, el recurrente no hizo uso de la facultad allí acordada, por lo que, a fs. 472, se produjo el llamado de autos para sentencia.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Antonio G. Labate y Dra. Lelia G. Martínez de Corvalán.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el art. 427 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1°) ¿Es formalmente admisible el recurso de casación interpuesto?; 2°) ¿Es procedente el mismo?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión el **Dr. ANTONIO G. LABATE**, dijo:

a) El escrito fue presentado en término ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, revistiendo el mismo el carácter de definitivo, pues pone fin a la causa.



b) Además, la impugnación resulta autosuficiente porque de su lectura se hace posible conocer como se configuran -a juicio del recurrente- los motivos de casación aducidos y la solución final que propone.

Por ende, debe declararse, desde un estricto análisis formal, la admisibilidad de la casación deducida.

La **Dra. LELIA G. MARTINEZ DE CORVALAN** dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

A la **segunda cuestión** el **Dr. ANTONIO G. LABATE**, dijo: I.- El recurrente insta la declaración de nulidad absoluta de la sentencia de condena, alegando que se incurrió en una violación de las reglas de la sana crítica racional en lo concerniente a la atribución de la autoría del delito endilgado al acusado.

1) Al introducir su crítica, el Dr. Coto resalta que el fallo está fundado sólo en prueba testimonial, lo que implica una ausencia de prueba física que demuestre la presencia del imputado al momento de la producción del hecho; agregando (fs. 434) que, entre ambas familias, existía una rivalidad de antigua data, motivada en una muerte sucedida hace muchos años atrás, incluso antes del nacimiento del afectado. De ello colige una animadversión hacia el imputado, que, a su criterio, debió haber sido ponderada al momento de decidir el caso.

1.1) Sumado a ello, alude a la errónea apreciación que habría realizado la Cámara *a quo* de los testigos que habrían presenciado el hecho, sugiriendo que, entre ellos, surgen palmarias contradicciones que habrían sido omitidas por los judicantes y harían imposible alcanzar un grado de certeza acerca de la autoría.

Así, razona que: "...de los testimonios prestados en debate (MONSALVE SOTO y MONTECINO) y de los otros dos testigos presenciales (ENRIQUEZ y FLORES) surge información contradictoria toda vez que mientras que los primeros afirman haber visto el rostro del autor claramente (...), los segundos afirman que el autor del hecho se tapó su cara (...). Además el propio FLORES menciona que las personas que iban en la motocicleta llevaban gorras, con lo cual se patentiza la dificultad para apreciar su rostro y así reconocer su verdadera identidad..." (fs. 435, el original aparece remarcado parcialmente en negritas).

Discrepa con que los dichos vertidos en el debate deban alzarse por sobre los realizados en la instrucción, sobre la base de que su incorporación por lectura está prevista en el ordenamiento jurídico cuando existe un acuerdo expreso de partes (tal el caso de Flores, cfr. fs. 399 vta.); y porque, respecto de Enriquez, no se logró su comparecencia (fs. 435 vta.).

1.2) Ataca la evaluación del relato de Matías Montecino, destacando que el hecho de haber prestado juramento constituiría un presupuesto del delito de falso testimonio, más no sería un reaseguro de la veracidad de sus dichos, así como tampoco lo sería la circunstancia de haber depuesto, en la sala de audiencias, con la presencia del imputado.

Asimismo, aduce que habría formulado manifestaciones opuestas a lo largo del proceso; en la instrucción, aseverando que sólo vio a quien viajaba en la parte de atrás de la moto (cfr. rueda de reconocimiento de fs. 113), lo que sería imposible ya que, según la trayectoria del vehículo, no podría verlo (cfr. el croquis de fs. 5), mientras que, en el debate, señaló no sólo al imputado (fs. 418/vta.) sino también a quien conducía la motocicleta (fs. 436).

De otra parte, objeta su valor probatorio sobre la base de que Montecino sería amigo de la víctima y conocería la enemistad entre ambas familias.

1.3) Disiente con la valoración de la versión de la víctima, Siamirt Monsalve Soto, aduciendo que tampoco habría podido identificar al enjuiciado. Arguye que, según las pericias médicas, aquél se encontraba de espaldas cuando fue baleado, coligiendo que no sería posible que hubiese reaccionado quedándose quieto. De ello infiere que fue mendaz: "...o bien no los vio o bien no era SANABRIA AMARILLA, hipótesis que sostiene esta Defensa..." (fs. 436 vta.).

1.4) Por otra parte, señala que se habría omitido valorar los testimonios de Gonzalo Enriquez y de Jorge Flores, ambos incorporados por lectura; o, mejor dicho, que su valoración habría sido parcial y contradictoria, en tanto se les asignó validez para acreditar la mecánica del hecho, pero no para dudar acerca de sus indicaciones (fs. 437 vta.). En este sentido, infiere que si Sanabria Amarilla hubiese ejecutado el delito, aquellos lo habrían identificado por su apodo, pues eran vecinos del barrio.

Es más, Jorge Flores indicó que no le observó ningún tatuaje al agresor, aún cuando lo tuvo de frente, a escasa distancia. Este dato habría sido omitido por los judicantes, ya que, según la pericia médica, el imputado presenta múltiples tatuajes en ambos brazos, antebrazos, dorso de la mano y dedos de mano izquierda. Por ende, alega que esta circunstancia debió haber arrimado duda a los magistrados, máxime que el testigo fue preciso al describir el cabello del criminal.

1.5) Critica, igualmente, la apreciación de ciertos testigos de oídas, como ser: el subinspector Marcos Oviedo, René Jaramillo Oyarzún y Heraldo Monsalve, mencionando que ni Flores ni Enriquez señalaron por su nombre a Sanabria Amarilla, ni tampoco por su apodo: "Simpson"; y, en lo que hace a Heraldo Monsalve, también estaría enemistado con el enjuiciado (fs. 438/438 vta.).

1.6) Tampoco se habría acertado con la evaluación de la prueba de descargo: los dichos de Solange Pires Catalán y de Marcelo Muñoz.

En lo atinente a Marcelo Muñoz, porque habría aseverado que el imputado estaba con él cuando se produjo el hecho, además de que, su sobreesimiento, permitiría descartar el reconocimiento impropio practicado por Montecino, en el debate, al sindicarlo como el sujeto que conducía la motocicleta; y en lo relativo a Solange Pires Catalán, robustecería su validez la circunstancia de que ya no es la pareja del imputado.

Añade que ninguno de los allanamientos realizados permitió secuestrar elementos que vincularan al encartado con el hecho investigado. Hizo reserva del caso federal.

II.- Que luego de analizado el recurso, la sentencia cuestionada así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos de la Defensa, soy de opinión -y así lo propongo al Acuerdo- que la casación deducida debe ser declarada **improcedente**.

a) Como se puso de resalto en la exposición de los agravios, la cuestión reside en la atribución de la autoría.

En ese marco, observo que la Cámara de anterior instancia fundó la condena en una serie de testimonios entre los que merecen citarse:

1) Matías Gabriel Montecino, quien "...Afirmó, bajo juramento y teniendo frente a sí al acusado, que fue la persona que desde atrás de la motocicleta efectuó el disparo lesivo, y otros al retirarse..." (fs. 418), 2) el Oficial Oviedo, cuando indicó que "...al acudir al lugar del hecho recibió la versión que el imputado ('Simmson') había sido el autor del disparo..." (fs. 418 vta.), 3) el relato de la propia víctima, quien se expidió en idéntico sentido, acusando al imputado (fs. 418 vta.), 4) Oyarzún Jaramillo, al señalar que las personas ubicadas en las adyacencias sindicaron a Sanabria Amarilla como el autor del delito (fs. 419), 5) Jorge Ezequiel Flores, quien identificó en rueda de personas al inculpado como el autor de los disparos (fs. 419), y f) Gonzalo Miguel Enriquez (fs. 419); dando cuenta circunstanciada los magistrados de las razones por las cuales los relatos aparecían como fidedignos; descartándose, en forma simultánea, las versiones de Pires Catalán, por haber sido pareja del enjuiciado, y la



de Muñoz, en tanto se lo sospechó como partícipe del ilícito, a pesar de que, ulteriormente, resultó sobreseído (fs. 419 vta.).

Y, retomando la índole del gravamen, tengo para mí que los señores magistrados no desconocieron la enemistad manifiesta, de larga data, existente entre ambas familias, si bien sostuvieron que "...se trataría de una muerte ocurrida varios años atrás, incluso antes de haber nacido el afectado..." (fs. 418 vta.).

Hasta aquí, he trazado una breve reseña de los argumentos esbozados por el *a quo* para fundar el fallo.

b) Sentado ello, me avocaré a realizar el máximo esfuerzo revisor, con las limitaciones ínsitas a lo que surja directa y únicamente de la inmediación, desde que, en las respectivas actas de debate, no se dejó constancia escrita de las deposiciones de los testigos (fs. 399/400 y 404/405 vta.).

Con todo, el grado de certeza que exige toda sentencia penal de condena, lo aportan las tres ruedas de reconocimiento practicadas durante la instrucción con resultado positivo, en las que Gabriel Matías Montecino (fs. 113), Jorge Flores (fs. 114), y la propia víctima, Siamirt Abraham Monsalve Soto (fs. 165), identificaron a Sanabria Amarilla, sindicándolo, los dos primeros, como el autor de los disparos; siendo digno de mención que, Gonzalo Miguel Enriquez, aún cuando manifestó que no podría reconocerlo, fue conteste en la descripción de la mecánica de la infracción criminal: "...el de atrás (...) sacó un arma y de cerca le disparó al turco..." (fs. 110).

Además, ya desde el acta de denuncia judicial, el señor Heraldito Segundo Monsalves, padre del damnificado, dio cuenta que uno de los sujetos involucrados en el ilícito, específicamente, quien efectuó los disparos, era apodado "simpson" (fs. 1/1 vta.).

Ante tamaña prueba de cargo, es por demás evidente que los solos dichos de Pires Catalán y de Muñoz son insuficientes para torcer la suerte del proceso; compartiendo, en un todo, las evaluaciones que se formularon en la sentencia.

Desde otro ángulo, las pericias médicas del damnificado son ineptas para apreciar si el mismo pudo ver o no a sus agresores.

En consecuencia, el fallo tiene sustento en numerosos elementos de prueba que, evaluados en forma conjunta, permiten determinar la existencia del delito y endilgarle su autoría al enjuiciado.

Creo así haber fundado las razones por las cuales, como ya anticipara, la casación deducida debe ser declarada **improcedente**. Mi voto.

La **Dra. LELIA G. MARTINEZ DE CORVALAN**, dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión.

A la **tercera cuestión**, el Dr. **ANTONIO G. LABATE**, dijo: Atento la respuesta dada a la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que el recurso de casación deducido sea rechazado, por no verificarse los agravios que allí se exponen. Mi voto.

La **Dra. LELIA G. MARTINEZ DE CORVALAN**, dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la **cuarta cuestión**, el Dr. **ANTONIO G. LABATE**, dijo: **COSTAS** a la parte perdidosa (arts. 491 y 492, primera parte, del C.P.P. y C). Mi voto.

La **Dra. LELIA G. MARTINEZ DE CORVALAN** dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, **SE RESUELVE: I.- DECLARAR ADMISIBLE** desde el plano estrictamente formal el recurso de casación deducido, a fs. 430/440, por el Dr. Juan Manuel Coto, a favor de **GUSTAVO SANABRIA AMARILLA**; **II.- RECHAZAR** la impugnación antedicha por no verificarse los agravios que allí se exponen; **III.- IMPONER LAS COSTAS** a la parte perdidosa (arts. 491 y 492, primera parte, del C.P.P. y C); **IV.- Regístrese**, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. ANTONIO G. LABATE - Dra. GRACIELA M. de CORVALÁN

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario

[Volver al índice](#) [-Por Organismo](#)
[-Por Tema](#)
[-Por Carátula](#)

"CÓRDOBA JUAN CARLOS S/ EJECUCIÓN DE CONDENA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 10/2012) – Acuerdo: 176/13 – Fecha: 11/12/2013

DERECHO PENAL: Ejecución de la pena.

RÉGIMEN DE SEMILIBERTAD. PROPUESTA LABORAL. RECHAZO.

Debe ser rechazado el recurso de casación interpuesto por la Defensa en contra de la resolución interlocutoria que deniega la semilibertad con fines laborales a favor del interno aduciendo que se infringen las exigencias previstas en el art. 23 de la ley 24.660, toda vez que, "...no hay un ofrecimiento laboral concreto por parte de un empleador, sino que es el propio interno quien, como una alternativa para salir del encierro carcelario, propone el cuidado de su hermana discapacitada y la realización de trabajos en madera, ambos a desarrollarse en el domicilio de sus padres (...). Obsérvese que en ningún momento se habla de registración de la relación laboral, de aportes y contribuciones a la seguridad social, y ello por el tipo de actividad a realizar, y porque no existe un supuesto y real empleador..." y conforme pacífica doctrina de esta Sala Penal, "...La circunstancia de que el empleador no cumpla con las obligaciones que la ley laboral vigente marca, impide que la oferta realizada (...) pueda considerarse



válida...” (R.I. n° 28/2010, “Monsalve, Carlos Oscar s/ Incidente de ejecución de la pena”, rta. el 26/02/2010; cfr. Acuerdo n° 16/2005, “Díaz, Oscar Adrián s/ Salidas ley 24.660”, rto. el 04/05/2005).

Nada obsta a que si el interno realiza un ofrecimiento serio, y constatada que sea por el órgano de ejecución penal la razonabilidad de la ocupación a desempeñar por el mismo, previa audiencia realizada a ese efecto, la semilibertad pueda ser canalizada a través de la figura del monotributo, a cuyo fin se deberá constatar el cumplimiento de los recaudos exigidos por la ley: inscripción, facturación, y pago de los períodos correspondientes. Sumado a ello, deberá llevarse a cabo el control del organismo técnico-criminológico, en los términos del art. 27, de la ley 24.660.

Texto completo:

ACUERDO N° 176/2013: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los once días del mes de Diciembre del año dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores **LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN** y **ANTONIO G. LABATE**, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, **Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA**, para dictar sentencia en los autos caratulados “**CÓRDOBA JUAN CARLOS S/ EJECUCIÓN DE CONDENA**” (expte. n° 10 - año 2012) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: I.- Que por resolución interlocutoria n° 230/2011, dictada por la Cámara en Todos los Fueros de la III° Circunscripción Judicial, sita en la ciudad de Zapala, se resolvió, en lo que aquí interesa: “...I) No hacer lugar al recurso de revocatoria interpuesto por el Sr. Defensor de Cámara. II) No hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el interno por improcedente...” (fs. 642/645 vta.).

En contra de tal resolución, dedujo recurso de casación el señor Defensor de Cámara, Dr. Miguel Enrique Manso, a favor de **JUAN CARLOS CÓRDOBA** (fs. 647/650).

Por aplicación de la ley 2.153 de reformas del Código Procesal (ley 1.677), y lo dispuesto en el art. 424, párrafo 2°, del C.P.P. y C., ante el requerimiento formulado, el Dr. Ricardo Horacio Cancela, en su carácter de Defensor Oficial ante el Cuerpo, hizo uso de la facultad allí acordada, por lo que, a fs. 673, se produjo el llamado de autos para sentencia.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dra. Lelia G. Martínez de Corvalán y Dr. Antonio G. Labate.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el art. 427 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1°) ¿Es formalmente admisible el recurso de casación interpuesto?; 2°) ¿Es procedente el mismo?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión la **Dra. LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN**, dijo:

a) El escrito fue presentado en término, por parte legitimada para ello, ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, revistiendo el mismo el carácter de objetivamente casable (art. 449, segundo párrafo, del C.P.P. y C.).

b) Además, la impugnación resulta autosuficiente porque de su lectura se hace posible conocer como se configuran -a juicio del recurrente- los motivos de casación aducidos y la solución final que propone.

Por consiguiente, entiendo que corresponde declarar la admisibilidad formal del recurso.

El **Dr. ANTONIO G. LABATE** dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

A la segunda cuestión la **Dra. LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN**, dijo: I.- En contra de la resolución interlocutoria n° 230/2011 (fs. 642/645 vta.), procedente de la Cámara en Todos los Fueros de la III° Circunscripción Judicial, sita en la ciudad de Zapala, interpuso recurso de casación el señor Defensor de Cámara, Dr. Miguel Enrique Manso (fs. 647/650).

Los agravios pueden ser compendiados de la siguiente forma:

a) Plantea la nulidad de la interlocutoria por carecer de formalidad procesal, alegando (fs. 647 vta.) que: “...el recurso de reposición debe ser resuelto sin que el magistrado utilice en sus fundamentos actos procesales incorporados con posterioridad al acto impugnado (excepto la vista fiscal) pues se desnaturaliza el proceso y se viola la buena fe procesal ya que se utilizan elementos que quien recurre desconocía...” (sic.).

b) Tilda de arbitrario e infundado al auto que deniega la semilibertad con fines laborales a favor del interno aduciendo que se infringen las exigencias previstas en el art. 23 de la ley 24.660, al considerar que las tareas que el mismo llevaría a cabo, consistentes en cuidar a una hermana discapacitada y efectuar trabajos en madera en el domicilio de sus padres, no constituyen una “adecuada ocupación” (sic.).

Sumado a ello, la petición habría sido rechazada por providencia simple, sin que el tribunal de ejecución hubiese siquiera citado al empleador a fin de que ratificara el ofrecimiento, aclarando que el Juez de ejecución no es la autoridad de aplicación de la legislación laboral, quedando bajo la exclusiva responsabilidad del futuro empleador su cumplimiento, y a cargo de los organismos administrativos pertinentes su respectivo contralor.

Señala que el ofrecimiento laboral se ajusta a las posibilidades de que goza una persona que lleva trece años privada de su libertad, y que es lícito que el interno cobre una remuneración por atender a sus padres ancianos y a su hermana discapacitada. Es más, el *a quo* tampoco habría verificado, con un informe socioambiental, si es factible o no el pago de esa tarea. Por otra parte, el Juez de ejecución estaría facultado para imponer las normas de conducta que debe observar el interno (art. 106 de la ley 24.660; art. 36 del Decreto n° 396/99).

II.- Que, a fs. 671/672, el señor Defensor Oficial ante el Cuerpo, Dr. Ricardo Horacio Cancela, hizo uso del derecho a informar oralmente.

En tal faena, expuso que Córdoba solicitó ser incorporado al régimen de la semilibertad para cuidar a su hermana, quien padece un serio problema mental, y a sus padres, así como también para confeccionar artesanías, lo que fue denegado por la Cámara *a quo* en una decisión que, a su juicio, tiene un fundamento aparente, desconociendo su derecho a la reinscripción social, el principio de progresividad, y las altas calificaciones alcanzadas por el interno.

En este sentido, cuestiona la resolución alegando que el artículo 23, de la ley 24.660, no exige, en forma ineludible, que el trabajo se lleve a cabo en relación de dependencia; lo que, por otro lado, sería prácticamente imposible de conseguir para el interno, quien hace más de trece años que está detenido.

III.- Que luego de analizado el recurso, la sentencia cuestionada así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos de la Defensa, soy de opinión –y así lo propongo al Acuerdo– que la casación deducida debe ser declarada **improcedente**.

a) Para comenzar, entiendo que el planteo de nulidad es improcedente.

A más de que el instituto de las nulidades procesales debe ser aplicado con un criterio restrictivo, de acuerdo con el principio de taxatividad (art. 149 del rito local), vale la pena señalar que los Jueces están obligados a resolver las causas en el estado en que se encuentren; máxime si la parte no alega un perjuicio serio en contra de tal forma de proceder.

Así se ha dirimido la cuestión en casos parcialmente análogos al presente: “...la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para



alguna de las partes, porque cuando se adopta en el solo interés formal del cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia' (Corte Sup., *in re* 'Castro Roberts', del 15/11/1988)...'' (C.N.C.P., sala 3°, 18/07/2007, "Cuesta, Sebastián P", R.D.P. –Lexis Nexis- 2008-I, pág. 49).

En rigor, si una vez interpuesto por la Defensa el recurso de revocatoria (fs. 628/630), y contestada que fuera la vista fiscal (fs. 634/636), el interno presenta sendos escritos conducentes a mejorar su situación procesal, es lógico que la Cámara de grado resuelva la cuestión con todos los elementos de juicio que obran en su poder; sin que pueda sostenerse razonablemente que dicha resolución cause un gravamen irreparable.

b) Más adelante, el recurrente tachó de arbitraria e infundada a la resolución interlocutoria impugnada que denegó el beneficio de la semilibertad.

En relación a esta temática, el Tribunal fijó posición dejando en claro que: "...En virtud de su artículo 12, la ley 24.660 estructura el régimen de progresividad sobre la base de cuatro períodos: a) observación, b) tratamiento, c) prueba y d) libertad condicional. Concretamente, y en orden al tema que nos convoca, refiere Marcos G. Salt que en el período de prueba 'se prevén cambios sustanciales en las condiciones de cumplimiento de la pena que significan una disminución significativa de la coerción' (cfr. Rivera Beiras – Salt, 'Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina', Ediciones del Puerto, Bs. As., 1999, p. 241). De hecho, el artículo 15 de la ley permite la posibilidad de que, sucesivamente, el interno pueda ser incorporado a un establecimiento abierto o sección independiente de éste, que se base en el principio de autodisciplina; obtener las salidas transitorias o su incorporación al régimen de la semilibertad. En rigor – y coincidiendo con la opinión de Justo Laje Anaya – entiendo que, la semilibertad, marca el **inicio** del punto culmine del período de prueba; esto es: su otorgamiento 'supone haber observado el régimen de salidas transitorias, que a diferencia de aquéllas, se concede sin niveles de confianza (art. 16, III), y sin supervisión alguna' (cfr. "Notas a la ley penitenciaria Nacional", Ed. Advocatus, Córdoba, 1997, p. 70)...'' (Acuerdo n° 16/2005, "Díaz, Oscar Adrián s/ Salidas ley 24.660", rto. el 04/05/2005).

Dicho marco conceptual fue receptado por esta Sala Penal en ocasión de precisar: "...¿cuáles son los requisitos legales sobre la base de los que, en definitiva, se determinará la procedencia (o no) de la concesión del beneficio solicitado?. Éstos se desprenden del propio Art. 23 de la Ley 24.660; a saber: tener asegurada una adecuada ocupación y cumplir con lo estipulado en el Art. 17 de la misma ley. (...) la circunstancia de que el empleador no cumpla con las obligaciones que la ley laboral vigente marca, impide que la oferta realizada (...) pueda considerarse válida..." (R.I. n° 28/2010, "Monsalve, Carlos Oscar s/ Incidente de ejecución de la pena", rta. el 26/02/2010).

En síntesis, si se busca conseguir que el interno se reinserte en la sociedad es justo exigirle que, al mismo tiempo, se sujete a un régimen laboral con normas y pautas de conducta específicos de ese ámbito, pues, de lo contrario, la reinserción social nunca podrá ser alcanzada.

c) Sentado el principio general, cabe referirse a la hipótesis presentada en el sub-lite.

En este sentido, el *a quo* consideró que el ofrecimiento no reunía las exigencias previstas por el art. 23, de la ley 24.660: "...no hay un ofrecimiento laboral concreto por parte de un empleador, sino que es el propio interno quien, como una alternativa para salir del encierro carcelario, propone el cuidado de su hermana discapacitada y la realización de trabajos en madera, ambos a desarrollarse en el domicilio de sus padres (...). Obsérvese que en ningún momento se habla de registración de la relación laboral, de aportes y contribuciones a la seguridad social, y ello por el tipo de actividad a realizar, y porque no existe un supuesto y real empleador..." (fs. 644).

Ahora bien, nada obsta a que si el interno realizara un ofrecimiento serio, y constatada que sea por el órgano de ejecución penal la razonabilidad de la ocupación a desempeñar por el mismo, previa audiencia realizada a ese efecto, la semilibertad pueda ser canalizada a través de la figura del monotributo, a cuyo fin se deberá constatar el cumplimiento de los recaudos exigidos por la ley: inscripción, facturación, y pago de los períodos correspondientes.

Sumado a ello, debería llevarse a cabo el control del organismo técnico-criminológico, en los términos del art. 27, de la ley 24.660.

Creo así haber fundado las razones por las cuales, como ya anticipara, la casación deducida debe ser declarada **improcedente**. Mi voto.

El **Dr. ANTONIO G. LABATE**, dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba la señora Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión.

A la **tercera cuestión**, la Dra. **LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN**, dijo: Atento la respuesta dada a la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que el recurso de casación deducido sea rechazado, por no verificarse los agravios que allí se exponen. Mi voto.

El **Dr. ANTONIO G. LABATE**, dijo: Comparto lo manifestado por la señora Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la **cuarta cuestión**, la Dra. **LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN**, dijo: Sin costas en la instancia (art. 493, primera parte, del C.P.P. y C.). Mi voto.

El **Dr. ANTONIO G. LABATE** dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, **SE RESUELVE**: **I.- DECLARAR ADMISIBLE** desde el plano estrictamente formal el recurso de casación deducido, a fs. 647/650, por el señor Defensor de Cámara, Dr. Miguel Enrique Manso; **II.- RECHAZAR** la impugnación antedicha por no verificarse los agravios que allí se exponen; **III.- SIN COSTAS** en la instancia (art. 493, primera parte, del C.P.P. y C.); **IV.- Regístrese**, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. ANTONIO G. LABATE - Dra. GRACIELA M. de CORVALÁN

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario

Volver al índice [-Por Organismo](#)
[-Por Tema](#)
[-Por Carátula](#)

"VALVERDE JOSÉ RAMÓN S/ ABUSO DE ARMA CALIFICADO POR EL CONCURSO PREMEDITADO DE DOS O MÁS PERSONAS –DOS HECHOS-, TRIPLE HOMICIDIO CALIFICADO POR ALEVOSÍA Y POR EL CONCURSO PREMEDITADO DE DOS O MÁS PERSONAS –DOS HECHOS CONSUMADOS- EN PERJUICIO DE BECERRA URRUTIA Y DE CAMPOS, UN HECHO EN GRADO DE TENTATIVA EN PERJUICIO DE RIOSECO, AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO Y LA INTERVENCIÓN DE UN MENOR DE EDAD, TODO EN CONCURSO REAL" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 43/2013) – Acuerdo: 177/13 – Fecha: 11/12/2013

DERECHO PENAL: Pena.



PENA. REINCIDENCIA.

Frente a la celebración de un juicio abreviado, los magistrados no pueden aplicar una pena más grave que la peticionada por el fiscal (art. 503, segundo párrafo, del código de forma).

La reincidencia es una circunstancia apta para agravar la determinación de la pena, al poner en evidencia un mayor desprecio por la ley de parte del encartado.

Texto completo:

ACUERDO N° 177/2013: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los once días del mes de Diciembre del año dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores ANTONIO G. LABATE y LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para dictar sentencia en los autos caratulados "VALVERDE JOSÉ RAMÓN S/ ABUSO DE ARMA CALIFICADO POR EL CONCURSO PREMEDITADO DE DOS O MÁS PERSONAS –DOS HECHOS-, TRIPLE HOMICIDIO CALIFICADO POR ALEVOSÍA Y POR EL CONCURSO PREMEDITADO DE DOS O MÁS PERSONAS –DOS HECHOS CONSUMADOS- EN PERJUICIO DE BECERRA URRUTIA Y DE CAMPOS, UN HECHO EN GRADO DE TENTATIVA EN PERJUICIO DE RIOSECO, AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO Y LA INTERVENCIÓN DE UN MENOR DE EDAD, TODO EN CONCURSO REAL" (expte. n° 43 - año 2013) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: I.- Que por sentencia n° 02/2013, emitida por la Cámara en Todos los Fueros de la IIª Circunscripción Judicial, se resolvió, en lo que aquí interesa: "...I.- CONDENAR a JOSE RAMON VALVERDE, (...) como COAUTOR material y penalmente responsable del delito de ABUSO DE ARMA (DOS HECHOS) Y HOMICIDIO EN AGRESIÓN Y LESIONES LEVES EN AGRESIÓN, AGRAVADOS POR EL EMPLEO DE ARMA DE FUEGO, TODO EN CONCURSO REAL (Arts. 104, 95, 96, 41 bis y 55 del Código Penal), a la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, manteniendo la declaración de reincidencia (Art. 50 del C.P.)..." (fs. 969/980 vta.).

En contra de tal resolución, dedujo recurso de casación el señor Defensor Particular, Dr. Ricardo J. Mendaña, a favor de JOSÉ RAMÓN VALVERDE (fs. 988/994 vta.).

Por aplicación de la ley 2.153 de reformas del Código Procesal (ley 1.677), y lo dispuesto en el art. 424, párrafo 2º, del C.P.P. y C., ante el requerimiento formulado, el Dr. Ricardo J. Mendaña hizo uso de la facultad allí acordada, por lo que a fs. 1012 se produjo el llamado de autos para sentencia.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Antonio G. Labate y Dra. Lelia G. Martínez de Corvalán.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el art. 427 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1º) ¿Es formalmente admisible el recurso de casación interpuesto?; 2º) ¿Es procedente el mismo?; 3º) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4º) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo:

a) El escrito fue presentado en término ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, revistiendo el mismo el carácter de definitivo, pues pone fin a la causa.

b) Además, la impugnación resulta autosuficiente porque de su lectura se hace posible conocer como se configuran -a juicio del recurrente- los motivos de casación aducidos y la solución final que propone.

Por ende, debe declararse, desde un estricto análisis formal, la admisibilidad del recurso.

La Dra. LELIA G. DE CORVALAN dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

A la segunda cuestión el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: I.- En concreto, los motivos pueden compendiarse de la siguiente forma:

a) Invoca que la sentencia sería parcialmente nula por falta de fundamentación en lo concerniente a la declaración de reincidencia (art. 18 de la C.N.; arts. 363 y 369, inc. 3º, del código adjetivo).

Aclara (fs. 990) que existió un acuerdo sobre la materialidad y calificación legal de los hechos, existiendo discrepancia entre las partes únicamente en lo relativo al monto de determinación de la pena. Así, mientras que la Fiscalía solicitó la imposición de una pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, requiriendo que se mantuviera la declaración de reincidencia, la Defensa se limitó a pedir que la pena no superara los cinco años de prisión, accesorias legales y costas, guardando silencio en lo referido a la reincidencia.

Se queja de que la Cámara de grado no habría consignado ningún dato de la sentencia previa, emanada del Juzgado Correccional, cuya declaración de reincidencia se mantiene; deviniendo inmotivado, a su juicio, este tramo del pronunciamiento.



Añade que, aún cuando la Fiscalía solicitó que se informe sobre las condenas, no instó la incorporación de la sentencia que se invoca como fundamento para pedir la declaración de reincidencia. Por último, de la copia de la sentencia aludida, no surgirían todos los extremos legales que hacen viable esa declaración. En concreto, señala que no emanan los datos del cómputo de pena, desconociéndose cuándo vence la condena de cuatro años y ocho meses de prisión impuesta al encartado, desde que Valverde estuvo detenido durante todo el trámite del proceso, ni si existió cumplimiento total o parcial de la condena.

b) Alega que se vulneró la ley sustantiva, en lo concerniente a la graduación de la pena, cuando se aludió a la reincidencia del imputado (arts. 41, inc. 2°, y 50 del C.P.) sin que, según su óptica, hubiesen elementos de juicio válidos para dar por acreditada esa circunstancia agravante.

En consecuencia, estima que, si se excluye la declaración de reincidencia, la pena debería ser disminuida, al menos, en el término de un año. En este sentido, aduce que no se pudo establecer si la pena anterior fue cumplida, ni tampoco si operó el plazo de extinción de la reincidencia.

Hizo reserva del caso federal.

II.- Que, a fs. 1007/1008, se celebró la audiencia de ampliación de fundamentos.

Allí, el Dr. Ricardo J. Mendaña, sostuvo que el quid de la cuestión reside en la declaración de reincidencia, o, en su mantenimiento, pues ello sería casi tan importante como la condena misma, desde que, en la etapa de ejecución de la pena, tiene una gran influencia en la concesión o la denegación de ciertos beneficios, pudiendo implicar un tercio de la condena. En suma, concluye que este aspecto del fallo estaría inmotivado, sugiriendo que no alcanzaría, a los fines de la aplicación de este instituto, con el cumplimiento de un plazo de dos meses, que juzga como insignificante (C.S.J.N., “Romero, Cristian Maximiliano s/ causa n° 7019”, del 15/06/2010).

Además, la Cámara no habría consignado ningún dato de la sentencia del Juzgado Correccional que tomó como fuente, limitándose a mantener la declaración de reincidencia; y, la Fiscalía, no habría pedido la incorporación de esta sentencia, lo que habría sido dispuesto de oficio. Asimismo, en la sentencia precedente, de fecha 14/02/2011, el Juzgado Correccional impuso una condena de dos meses de prisión efectiva, invocándose una sentencia anterior de cinco años de prisión, de fecha 21/09/2004, en la cual el enjuiciado estuvo preso durante el proceso; cuestión no examinada por el a quo.

Por otro lado, la segunda causal se relaciona con la determinación de la pena, que se habría materializado como una consecuencia directa de la declaración de reincidencia antes objetada. También aquí, alega, habría que revisar el monto de la pena.

III.- Que luego de analizado el recurso, la sentencia cuestionada así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos de la Defensa, soy de opinión –y así lo propongo al Acuerdo– que la casación deducida debe ser declarada improcedente.

a) Al introducir su crítica, el recurrente propició la nulidad parcial de la sentencia por falta de motivación legal en lo atinente a la declaración de reincidencia.

a.1) Conforme surge de los términos del voto de la señora Juez ponente, Dra. Alejandra Barroso, que contó con la adhesión de los demás magistrados, se valoró (fs. 978): “...como agravante en este caso concreto, la declaración de reincidencia que registra Valverde en el Juzgado Correccional, lo cual no fuera cuestionado por la Defensa. Sin perjuicio de considerar que el principio de culpabilidad me limita a tener en cuenta la culpabilidad por el hecho exclusivamente, sin embargo, en el presente caso, es ésta la segunda condena de Valverde, quien además ha sufrido prisión efectiva demostrando no haber internalizado el respeto por la norma y fue declarada su reincidencia, lo que me permite ponderar esta circunstancia en el juicio de disvalor en este hecho con un mayor reproche, sin ser el parámetro decisivo. En mi razonamiento he ponderado que la pena debe adecuarse a las circunstancias del caso concreto y de su autor, pero sin embargo, debe continuar reflejando la gravedad del ilícito...”.

Va de suyo que, a fs. 846 vta., la Cámara a quo proveyó la prueba ofrecida por las partes (cfr. fs. 837 vta./838), ordenando actualizar los informes de reincidencia. Por ende, se trata de prueba válidamente incorporada al proceso; y, la señora Fiscal de Cámara subrogante instó (fs. 965 vta.), expresamente, que se mantuviera la declaración de primera reincidencia emitida, en fecha 14 de febrero de 2011, por el Juzgado en lo Correccional de la II° Circunscripción Judicial (fs. 953/959), en la causa n° 4783-Año 2009, cuya sentencia n° 04/2011, firme y consentida, pasó en autoridad de cosa juzgada (fs. 960).

De otro lado, una simple lectura del acta de cómputo de pena (fs. 960) me permite observar que no operó el plazo de extinción de la reincidencia (art. 50, último párrafo, del C.P.). En dicha acta se precisó que la pena quedaría compurgada el día 3 de mayo de 2011, a las 12:00 horas (fs. 960), mientras que los hechos delictivos que aquí se investigan fueron cometidos en fecha 24 de enero de 2011 (fs. 969 vta./970).

a.2) A mayor abundamiento, en el informe del Registro Nacional de Reincidencia (fs. 873/874) obra una copia de la sentencia n° 225-Año 2004, dictada por el T.O.C.F., de esta ciudad, en fecha 21/09/2004, en los autos caratulados “Valverde José Ramón y otros s/ Ley de estupefacientes”, Expte. n° 474-F° 41- Año 2003, por la que el enjuiciado resultó declarado coautor penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de comercio (art. 5, inc. c), de la ley 23.737), a la pena de cuatro años y ocho meses de prisión,



accesorias legales, multa de pesos cuatrocientos (\$ 400,00), y costas del proceso (arts. 12, 29, inc. 3°, del C.P.; 530; 531 y 533 del C.P.P.N.); imponiéndole, a continuación, la pena única de cinco años y dos meses de prisión y multa de pesos cuatrocientos (\$ 400), accesorias legales y costas procesales, comprensiva de la impuesta en el apartado primero y la discernida en causa n° 1659-138-03, del registro del Juzgado Correccional de la Provincia del Neuquén (art. 12 y 58 del C.P.; 530, 531 y 533 del C.P.P.N.).

Ahora bien, si bien es cierto que dicha prueba no aparece mencionada en la sentencia (fs. 972 vta./973 vta.), no se me escapa que fue ordenada su incorporación por lectura en el auto que proveyó la prueba ofrecida por las partes (cfr. fs. 846 vta.).

a.3) Cabe recordar, por otra parte, la posición fijada por la Alta Corte en la materia: "...8°) Que la interpretación objetada por el apelante no armoniza con la asunción por parte del legislador del sistema de reincidencia real (art. 50 del Código Penal), dado que la exigencia de cumplimiento de pena, total o parcial, deja fuera al encierro experimentado por quien ha sido sometido a un régimen cautelar propio de la prisión preventiva, motivo por el cual la situación planteada en autos es sustancialmente idéntica, mutatis mutandi, a la de Fallos: 330:4476, a cuyas consideraciones corresponde remitir en razón de brevedad..." (Fallos: 333:1075, "Romero, Christian Maximiliano s/ causa n° 7019", voto de la mayoría).

De acuerdo con la doctrina emanada de este fallo, el cumplimiento de pena, aún por un plazo mínimo, se computa a los fines de la reincidencia (fs. 873/874 y 952); razón por la cual, el motivo invocado por el recurrente debe ser rechazado.

b) Despejada la cuestión previa, el motivo subsiguiente consistió en objetar la graduación de la pena en función de la discrepancia con la declaración de reincidencia; en cuyo caso, se alegó que la mensuración debería ser reducida, al menos, en el término de un año de prisión.

Entiendo que el motivo, tal como ha sido presentado, debe ser rechazado.

Para empezar, concuerdo en que, habiéndose celebrado un juicio abreviado, los magistrados no pueden aplicar una pena más grave que la peticionada por el fiscal (art. 503, segundo párrafo, del código de forma).

Sin embargo, es necesario hacer notar que no se objetaron las distintas pautas mensurativas tomadas en cuenta por los magistrados: a) la extensión del daño causado (fs. 976), esto es, la muerte de dos personas y la lesión de una tercera, b) el rol primario que tuvo el imputado en los hechos (fs. 976 vta.), c) que la pena se ajusta, aproximadamente, a un término medio de la escala penal (fs. 977 vta.), d) la agravante por la aplicación de un arma de fuego (fs. 978 y 980), y e) la reincidencia antes aludida (fs. 978 y 979/979 vta.).

En cuanto a la reincidencia, que sí se contradijo, opino que la misma es una circunstancia apta para agravar la determinación de la pena al poner en evidencia un mayor desprecio hacia la ley de parte del encartado; en lo demás, remito a las reflexiones vertidas en los párrafos anteriores.

Creo así haber fundado las razones por las cuales, como ya anticipara, la casación deducida debe ser declarada improcedente. Mi voto.

La Dra. LELIA G. DE CORVALAN dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión.

A la tercera cuestión, el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Atento la respuesta dada a la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que el recurso de casación deducido sea rechazado, por no verificarse los agravios que allí se exponen. Mi voto.

La Dra. LELIA G. DE CORVALAN dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Imponer las costas a la parte perdedora (arts. 491 y 492, primera parte, del C.P.P. y C.). Mi voto.

La Dra. LELIA G. DE CORVALAN dijo: El Dr. ANTONIO G. LABATE dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE: I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano estrictamente formal el recurso de casación deducido, a fs. 988/994 vta., por el señor Defensor Particular, Dr. Ricardo J. Mendaña, a favor de JOSÉ RAMÓN VALVERDE; II.- RECHAZAR la impugnación antedicha por no verificarse los agravios que allí se exponen; III.- IMPONER LAS COSTAS a la parte perdedora (arts. 491 y 492, primera parte, del C.P.P. y C.); IV.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. ANTONIO G. LABATE - Dra. GRACIELA M. de CORVALÁN

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario

[Volver al índice](#)

[-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"PIZARRO DANIEL JESÚS S/ VIOLACIÓN DE DOMICILIO" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 79/2012) – Acuerdo: 179/13 – Fecha: 13/12/2013



DERECHO PROCESAL PENAL: Partes del proceso.

PARTES DEL PROCESO. DEFENSOR OFICIAL.

Corresponde declarar la inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia de condena dictada por el señor Juez en lo Correccional, en el que alega que se produjo una nulidad absoluta en tanto se privó al encartado de su derecho a elegir un abogado de su confianza, pues la actividad profesional desplegada debe ser calificada de diligente y eficaz sin que se advierta ningún perjuicio concreto para el imputado, sino un planteo subjetivo y tardío. De lo contrario, no se explica por qué no dio razones acerca de qué manera podría verse afectado, más allá de la genérica alusión a que el profesional conocía al denunciante, ni hizo presentación alguna en la primera oportunidad procesal que tuvo a su alcance. Por lo demás, la falta de perjuicio se puso de manifiesto en que el señor Defensor Oficial participó en todos los actos procesales en que su intervención profesional era requerida por el digesto adjetivo brindando, en legal tiempo y forma, el asesoramiento requerido por el justiciable para el ejercicio de sus derechos.

Texto completo:

ACUERDO N° 179/2013: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los trece días del mes de Diciembre del año dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores ANTONIO G. LABATE y LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para dictar sentencia en los autos caratulados "PIZARRO DANIEL JESÚS S/ VIOLACIÓN DE DOMICILIO" (expte. n° 79 - año 2012) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: I.- Que por sentencia n° 10/2012, dictada por el señor Juez Correccional, de la Vª Circunscripción Judicial, se resolvió, en lo que aquí interesa: "...PRIMERO: CONDENAR a JESUS DANIEL PIZARRO (...), a la pena de nueve meses de prisión de cumplimiento efectivo, con más las costas del proceso, como autor penalmente responsable del delito de Violación de domicilio (...); SEGUNDO: REVOCAR la condicionalidad de la pena de seis meses de ejecución condicional, impuesta en fecha 10 de mayo de 2010, en el Expte. N° 18348/2008 del Registro de este mismo Tribunal; TERCERO: UNIFICAR en la PENA UNICA de CATORCE MESES DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO..." (fs. 112/119).

En contra de tal resolución, dedujo recurso de casación el señor Defensor Oficial en lo Penal, Dr. Juan Pablo Dirr, a favor de DANIEL JESÚS PIZARRO (fs. 121/123 vta.).

Por aplicación de la ley 2.153 de reformas del Código Procesal (ley 1.677), y lo dispuesto en el art. 424, párrafo 2º, del C.P.P. y C., ante el requerimiento formulado, el recurrente no hizo uso de la facultad allí acordada, por lo que a fs. 127 se produjo el llamado de autos para sentencia.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Antonio G. Labate y Dra. Lelia G. Martínez de Corvalán.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el art. 427 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1º) ¿Es formalmente admisible el recurso de casación interpuesto?; 2º) ¿Es procedente el mismo?; 3º) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4º) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo:

a) El escrito fue presentado en término, ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, por parte legitimada para ello, revistiendo el mismo el carácter de definitivo, pues pone fin a la causa.

b) Además, la impugnación resulta autosuficiente, porque de su lectura se hace posible conocer como se configuran -a juicio del recurrente- los motivos de casación aducidos y la solución final que propone.

Conforme al análisis precedente, entiendo que corresponde declarar la admisibilidad formal del recurso.

La Dra. LELIA G. MARTINEZ DE CORVALAN dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

A la segunda cuestión el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: I.- En concreto, el señor Defensor Oficial plantea la nulidad absoluta de la sentencia por su presunta vulneración de las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso legal (arts. 18 de la C.N., 8.2.3, de la C.A.D.H., 14.3.d, del P.I.D.C.P., arts. 89, 150, inc. 3), y 151 del código adjetivo).



Pone de resalto que el imputado no habría podido, a lo largo de todo el proceso penal (tanto en la instrucción como en sede correccional), contar con la posibilidad de nombrar un abogado de su confianza, al imponérsele la designación del Defensor Oficial. En particular, formuló su pedido por escrito con antelación al debate (104), precisando que ello se debía "...a que el Defensor Oficial es conocido del denunciante y ya se había excusado antes..." (fs. 105).

Alega que, en función de lo expuesto, el juez debió suspender la audiencia de debate, dándole intervención al subrogante legal; criticando el argumento del *a quo* relativo a que solamente si el denunciante se constituía como querellante, adquiriendo el carácter de parte, se podrían generar las causales de inhibición o recusación invocadas, así como también que sería subjetiva la apreciación concerniente a que su apartamiento requiere una causal de "excusación atendible" (art. 89 del C.P.P. y C.).

Agrega que ante el rechazo de su excusación por el señor Juez de instrucción, no la recurrió porque el imputado permanecía detenido (fs. 21) desde el día anterior, pudiéndole ocasionar perjuicio.

Culmina su razonamiento, exponiendo que, a más del régimen de subrogancias legales, el art. 89 del rito local establece la obligatoriedad de la aceptación del cargo para el abogado de la matrícula cuando se lo nombra en sustitución del defensor oficial.

Hizo reserva del caso federal.

II.- Que luego de analizado el recurso, la sentencia cuestionada así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos de la Defensa, soy de opinión –y así lo propongo al Acuerdo– que la casación deducida debe ser declarada improcedente.

1°) Antes de abordar el estudio de la cuestión se impone efectuar una breve síntesis del devenir de las actuaciones:

a) El imputado propuso la designación del señor Defensor Oficial (fs. 21 vta.), quien se excusó de aceptar el cargo alegando que el denunciante es empleado de uno de los juzgados locales, razón por la cual mantiene una buena relación personal con el mismo, generándole violencia moral el ejercicio de la defensa técnica del imputado (fs. 24/vta.).

b) La señora Juez de instrucción aceptó los motivos expuestos por el señor Defensor Oficial en su escrito de excusación, dándole intervención a la subrogante legal (fs. 25).

c) Dicha funcionaria rechazó su intervención (fs. 26), aduciendo que el denunciante no era parte en el proceso.

d) En consecuencia, la juez revocó, por contrario imperio, el decreto precedente, dando intervención al señor Defensor Oficial (fs. 27); quien, aún cuando hizo una reserva genérica de recurrir en casación, consintió la resolución (fs. 27 vta.).

e) El Defensor tuvo activa participación en diversos actos procesales: en la entrevista previa a la declaración indagatoria (fs. 28 vta., y 78/78 vta.), en la redacción de un escrito solicitando la inclusión del imputado en un programa de asistencia municipal (fs. 77), en el desarrollo del debate oral y público (fs. 105/106vta. y 110/111), en cuyo alegato final (fs. 110 vta./111) se pronunció por la atipicidad de la conducta intimada, destacando lo que, en su concepto, constituían ciertas orfandades probatorias, así como también en la interposición del recurso de casación en contra de la sentencia de condena (fs. 121/123 vta.).

Por ende, queda en evidencia que la actividad profesional desplegada por el Dr. Juan Pablo Dirr debe ser calificada de diligente y eficaz.

f) A su vez, con antelación a la celebración de la audiencia oral, el imputado solicitó la designación de otro abogado defensor (fs. 104), motivado en que "...el Defensor Oficial es conocido de la denunciante..." (fs. 105); alegación rechazada por el *a quo*, en lo que aquí interesa, con el argumento que dicha circunstancia no representaría una causal de "...excusación atendible", ni "...una situación de conflicto insuperable que justifique el apartamiento del curial...", desde que el denunciante no se había constituido en la causa como querellante, careciendo del carácter de parte (fs. 105 vta.).

2°) De la reseña practicada se desprende que es indiferente, en esta instancia, la causal alegada por el señor Defensor, quien, como se dijo, consintió los efectos de la resolución de la señora Juez de primera instancia, que quedó firme.

De todos modos, cabe aclarar que es una posición arraigada en la jurisprudencia de este Cuerpo, la que establece que: "...La fórmula genérica de la violencia moral, de algún modo equiparable a la recusación sin expresión de causa, debe ser ponderada por quien la invoca para excusarse. Sin embargo, tal principio no excluye el examen de admisibilidad del Tribunal, pues la ley determina su competencia para conocer y decidir sobre la gravedad de los motivos de decoro y delicadeza" (C.N.F. La Plata, Sala 3, 14/10/1997, 'Di Bernardi, Walter H. y otros c. Banco Central', La Ley, 1998-B, 274 – DJ, 1998-I-230)...". (R.I. n° 91/2000, "Caceres, Hugo Alfredo – Blascone, Graciela Beatriz s/ Estafas reiteradas y uso documentos falsos reiterados en concurso real", del 28/08/2000); tal como aconteció en el sub-lite.

En este sentido, el Defensor ejerció su derecho a excusarse, sólo que, luego de corrérsele traslado a quien sería su subrogante legal, ésta manifestó su oposición con argumentos receptados, a la postre, por la juez, quien alegó que el denunciante no se había presentado como parte en el proceso (fs. 27).

3°) Por ende, sólo nos ocuparemos de la implicancia que pudo haber tenido, o no, el pedido del imputado de que "...lo defienda otro abogado...", en el ejercicio de sus derechos constitucionales del debido proceso legal y de la defensa técnica eficaz.



Aquí cabe destacar, a título preliminar, que no propuso ningún letrado de su confianza. Y ésta no es una cuestión menor, pues, de haberlo propuesto, el *a quo* hubiera estado obligado a notificarlo para que su Defensor Particular acepte el cargo. Así lo hemos manifestado en un precedente de esta Sala: "...no encuentro razones legales que amparen la veda a un derecho tan primordial como el de proponer letrado de confianza en el decurso del juicio, situación que llevaría a una nulidad de orden absoluto por repercutir de manera directa en el derecho de defensa en juicio..." (Acuerdo n° 09/2012, "Meliqueo, Juan Carlos s/ Lesiones Leves", rto. el 27/03/2012).

En este caso, tratándose de un Defensor Particular, el mismo está habilitado para presentar su renuncia en todo momento, debiendo tomar las precauciones legales para no hacer abandono de su cargo (art. 95 del rito local). Pero, como en esta causa se había designado al Defensor Oficial, su desempeño es obligatorio, salvo excusación atendible (art. 89 del código de forma), no verificada en esta instancia del proceso.

4°) Pero, llegados a este punto, todavía no hemos agotado el asunto.

En efecto, la doctrina remarca que, "...Tratándose de defensa oficial, la eficacia requerirá que entre el imputado y el defensor exista una relación de *confianza* (lo ideal sería que aquél pudiera elegir a su letrado)..." (Cafferata Nores, José I., "Proceso penal y derechos humanos", 1° ed., 1° reimp., Bs. As., Del Puerto, 2005, pág. 118).

Y aquí, no advierto ningún perjuicio concreto para el imputado, sino un planteo subjetivo y tardío. De lo contrario, no se explica por qué no dio razones acerca de qué manera podría verse afectado, más allá de la genérica alusión a que el profesional conocía al denunciante, ni hizo presentación alguna en la primera oportunidad procesal que tuvo a su alcance.

Por lo demás, la falta de perjuicio se puso de manifiesto en que el señor Defensor Oficial participó en todos los actos procesales en que su intervención profesional era requerida por el digesto adjetivo brindando, en legal tiempo y forma, el asesoramiento requerido por el justiciable para el ejercicio de sus derechos.

Creo así haber fundado las razones por las cuales, como ya anticipara, la casación deducida debe ser declarada *improcedente*. Mi voto.

La Dra. LELIA G. MARTINEZ DE CORVALAN dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión.

A la tercera cuestión, el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Atento la respuesta dada a la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que el recurso de casación sea rechazado, por no verificarse los agravios que allí se exponen. Mi voto.

La Dra. LELIA G. MARTINEZ DE CORVALAN dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Sin costas en la instancia (art. 493, primera parte, del C.P.P. y C.). Mi voto.

La Dra. LELIA G. MARTINEZ DE CORVALAN dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE: I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano estrictamente formal el recurso de casación deducido, a fs. 121/123 vta., por el señor Defensor Oficial en lo Penal, Dr. Juan Pablo Dirr; II.- RECHAZAR la impugnación antedicha por no verificarse los agravios que allí se exponen; III.- SIN COSTAS en la instancia (art. 493, primera parte, del C.P.P. y C.); IV.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. ANTONIO G. LABATE - Dra. GRACIELA M. de CORVALÁN

[Volver al índice](#) - [Por Organismo](#)
- [Por Tema](#)
- [Por Carátula](#)

"R. G. E. S/ ABUSO SEXUAL" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal -(Expte.: 05/2013) – Acuerdo: 181/13 – Fecha: 13/12/2013

DERECHO PROCESAL PENAL: Partes del proceso.

REPRESENTACION PROCESAL. LEGITIMACION PROCESAL. PARTE QUERELLANTE. VICTIMA MENOR DE EDAD. MAYORIA DE EDAD. NULIDAD PROCESAL.

Debe hacerse lugar al recurso de casación interpuesto por la parte querellante en contra de la resolución que decidió que no era procedente la ratificación de la representación oportunamente acordada, toda vez que el art. 70 bis del código de forma, con remisión al art. 73, de ese mismo digesto



normativo, establece que la querella podrá constituirse como plazo máximo hasta la clausura de la instrucción; desde que se verifica una nulidad absoluta, que debe ser declarada en cualquier etapa del proceso, en los términos del art. 18 de la C.N., en lo relativo a la actuación de la parte querellante (falta de legitimación para actuar, en relación a las jóvenes víctimas que alcanzaron la mayoría de edad), ajena al proceso, con ilegítimas facultades acusadoras ejercidas en desmedro del debido proceso y del derecho de defensa en juicio.

Texto completo:

ACUERDO N° 181/2013: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los trece días del mes de Diciembre del año dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores ANTONIO G. LABATE y LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para dictar sentencia en los autos caratulados "R. G. E. S/ ABUSO SEXUAL" (expte. n° 05 - año 2013) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: I.- Que por resolución interlocutoria n° 266/2012, emitida por la Cámara de Juicio en lo Criminal Primera, de esta ciudad, se resolvió, en lo que aquí interesa: "...EXCLUIR A la Sra. T. en carácter de querellante..." (fs. 470 vta./471).

En contra de tal resolución, dedujo recurso de casación la señora M. L. T., en el carácter de parte querellante, y en representación de sus hijas K. A. Y e A. E. Y., con el patrocinio letrado del Dr. Juan Manuel Kees (fs. 471/471 vta. y 475/479 vta.).

Por aplicación de la ley 2.153 de reformas del Código Procesal (ley 1.677), y lo dispuesto en el art. 424, párrafo 2°, del C.P.P. y C., ante el requerimiento formulado, la parte recurrente no hizo uso de la facultad allí acordada, por lo que, a fs. 495, se produjo el llamado de autos para sentencia.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Antonio G. Labate y Dra. Lelia G. Martínez de Corvalán.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el art. 427 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1°) ¿Es formalmente admisible el recurso de casación interpuesto?; 2°) ¿Es procedente el mismo?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo:

- a) El escrito fue presentado en término, por quien se encuentra legitimado para ello, ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, revistiendo el mismo el carácter de resolución equiparable a definitiva.
- b) Además, la impugnación resulta autosuficiente, porque de su lectura se hace posible conocer como se configura -a juicio del recurrente- el motivo de casación aducido y la solución final que propone.

Por todo ello, estimo que debe declararse la admisibilidad formal del recurso de casación interpuesto.

La Dra. LELIA G. MARTINEZ de CORVALAN dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

A la segunda cuestión el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: I.- El Dr. Kees afirma (fs. 475 vta.) que la exclusión arbitraria de la parte querellante del proceso penal constituiría una vulneración al deber de los Estados de garantizar el acceso efectivo de las víctimas al proceso judicial (art. 7, inc. f), de la Convención de Belém Do Pará); norma, esta última, que sería una regla de interpretación establecida para los casos no legislados expresamente (fs. 478 vta.).

Alega que cuando se presentó la denuncia las víctimas eran menores de edad, que el auto que tuvo a M. L. T. como parte querellante se encuentra firme y consentido, así como también que, al formularse el requerimiento de elevación a juicio, la Defensa no opuso ninguna excepción, consintiendo dicho acto procesal (fs. 477 vta.); sugiriendo que lo correcto hubiese sido intimar a la parte a sanear el problema de legitimación mediante una ratificación.

2) Por otra parte, aduce (fs. 477 vta.) que el planteo de la Defensa no se ajustaría al derecho vigente. De conformidad con el art. 341 del rito local, las cuestiones preliminares podrían consistir, únicamente, en pedidos de nulidad -que, en este caso, sería relativa y convalidable (fs. 478 vta.)- o en planteos concernientes a la constitución del tribunal.

Agrega que en el sub lite no existió una declaración de nulidad sino, lisa y llanamente, la exclusión de la parte querellante, aún cuando la única hipótesis que contempla dicha posibilidad es la derivada del poder disciplinario de los jueces en las audiencias (art. 335 del rito local).

Hizo reserva del caso federal.

II.- Que luego de analizado el recurso, la sentencia cuestionada así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos de la parte querellante, soy de opinión -y así lo propongo al Acuerdo- que la casación deducida debe ser declarada procedente.

I) Para dar respuesta al planteo que motiva este Acuerdo, corresponde de modo liminar describir la situación fáctica en que se sustenta:



a) Mediante auto interlocutorio glosado a fs. 33, bajo la inteligencia asignable a los artículos 70, 2° párrafo, del C.P.P. y C. (en función del artículo 57 del C.C.) la Sra. M. L. T. fue tenida como querellante en las presentes actuaciones, en representación de sus hijas K. A. y A. E. Y. (a ese momento, menores de edad).

b) Estas últimas, *prima facie*, resultan víctimas de los hechos por los que, a la postre, fuera llevado a juicio G. E. R., constitutivos de los delitos de Abuso Sexual gravemente ultrajante (2 hechos) en concurso real con Abuso Sexual con acceso carnal, todos ellos agravados por haber sido cometido por el guardador y contra menores de 18 años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con las mismas (cfr. fs. 259/268, 306/13 vta. y 469/472 vta.).

c) Como se reseñara durante la descripción del agravio casacional, las mencionadas A. y A. E. Y. adquirieron la mayoría de edad durante el trámite de la instrucción (25 de agosto de 2007, K. A. Y.; y el 24 de noviembre de 2010, A. E. Y.). Ello, según ley 26.579. Debe recordarse que esta última norma, se sancionó el 2 de diciembre de 2009 y se promulgó el 21 de ese mes y año, estableciendo el artículo 128 que “cesa la incapacidad de los menores por la mayoría de edad el día que cumplen los DIECIOCHO (18) años...”.

d) No existiendo controversia entonces en cuanto a que las particulares ofendidas por el delito han resultado siempre las prenombradas, más allá de la representación legal indicada, corresponde analizar el modo en que la Defensa introdujo aquella cuestión preliminar en el juicio que culminó con el pronunciamiento objeto de casación. Veamos:

“(...) El Dr. Badano manifiesta que la defensa pide la exclusión de la querrela en razón que las supuestas víctimas al denunciar el hecho son mayores de edad, A. cuenta con 19 años, y K. con 23 años en la actualidad, y la actuación de T. que se presentó como querellante ha cesado en virtud de la mayoría de edad de las hermanas Y., por eso plantea la exclusión de la querrela [...] El Dr. Martín Segovia pide la palabra y pone de manifiesto que hay dos cuestiones, una procesal la constitución como querellante es claro, procede hasta la elevación a juicio esto sucedió hace un año y las supuestas víctimas eran mayores, esas dos cuestiones el Tribunal las tiene que observar, la situación de la madre ha cesado al cumplir la mayoría de edad y en esta etapa se impide incorporar nuevos querellantes o sustituirlos...” (textual del acta de fs. 469/472 vta.).

e) La respuesta dada por los sentenciantes, tal como lo recoge el acta a la que vengo haciendo referencia, es el siguiente: *“...el Tribunal, por mayoría, con el voto de los Dres. Elosu Larumbe y Martini resolvió que no resulta procedente la ratificación en este acto de la representación oportunamente acordada a la Sra. T. y al Dr. Kees, toda vez que el artículo 70 bis del C.P.P. y C. con remisión al art. 73 establece que la querrela podría constituirse como plazo máximo hasta la clausura de la instrucción...”* (idem, fs. 470 y vta.).

f) Respetuosamente, no acompaña la solución procesal allí fijada, al amparo de la cual se excluyó a la parte querellante del proceso. Ello por las razones que a continuación se expresan:

Tal como me ocupé de desarrollar en el Acuerdo n° 53/2012 (“Sobisch, Jorge Omar s/ Infracción art. 248 C.P.”), *“(...) La jurisprudencia anterior a la vigente ley procesal y cuya doctrina no dudamos en afirmar aplicable a la actual, hubo de interpretar, aunque con cierta imprecisión en su denominación, que la separación del querellante solamente podía perseguirse y obtenerse mediante excepción. En este sentido pueden citarse las decisiones que aluden a la excepción de falta de personalidad en el querellante o en sus representantes (C.S.J., Fallos II-172 y IV-29; C.C.C., J.A. 1966-V-229), la última ahora ubicada en el inciso segundo del artículo 339 del Código Procesal Penal [similar a nuestro artículo 304] como falta de acción por defecto en las condiciones de su promoción; otras que, en cambio, refieren a la excepción de falta de acción (C.C.C., Fallos II-308; C.F.; J:P:BA: 6-165-2957), con denominación esta vez semejante a la actual; y un último grupo que, con mayor precisión teórica, aluden a ambas excepciones, diferenciándolas claramente (C.C.C., Fallos II-301 y V-36) [...] Y será un error interpretar [...] que pueda lograrse a través de la incidencia de nulidad, porque la norma del artículo 167 [...] [similar a nuestro artículo 150 invocado por la Defensa] persigue tan sólo que no se prescinda de la participación o intervención en el proceso de los sujetos que allí se determinan cuando sean obligatorias (Navarro-Daray, I-345), esto es para que no se conculque a través de esa omisión su derecho constitucional de la defensa en juicio [...] La falta de personalidad en el acusador o en su representante debe entonces considerarse comprendida, según ya se dijera al comienzo, bajo la lata categoría de las excepciones de falta de acción...”* (cfr. Guillermo R. Navarro y Roberto R. Daray, “La Querrela”, DIN editora, Bs. As., 1999, págs. 143 y ss.).

Si se comparte lo anterior, está claro que la separación de la querrela a instancia de parte, debió haberse requerido por la excepción de falta de acción prevista en el artículo 304 y cctes. del C.P.P. y C.; carril que la Defensa, a pesar de haberlo tenido a su alcance, no utilizó: no lo hizo durante el trámite de la instrucción cuando se verificó la mayoría de edad de las afectadas por el delito; tampoco lo hizo durante la vista que se le corrió al efecto en el marco de la clausura de la instrucción (cfr. art. 314 del C.P.P. y C.) y tampoco en la oportunidad límite reglada en el artículo 323 del C.P.P. y C..

2) Conforme a ello, ante la manifiesta extemporaneidad del pedido introducido en la audiencia de debate, los magistrados debieron haberlo rechazado *in limine*.

En su lugar, no sólo sustentaron aquella pretensión manifiestamente inadmisibile, incluso a su forma, en tanto no se concretó por escrito (art. 305, segundo párrafo, ídem); sino que además resolvieron a favor de sus presentantes invocando para ello el límite temporal fijado en el



artículo 73 del rito local, confundiendo de esta forma a la parte querellante en sí (que siempre han sido las menores, concebidas como particulares ofendidas por el delito) con quien ejercía su representación legal.

Por lo expuesto, considero que el procedimiento signado por los señores magistrados de Cámara en la audiencia de fs. 469/472 vta., al dar trámite y solución a una petición extemporánea y fuera de los requisitos formales que la propia normativa procesal exige bajo pena de inadmisibilidad, resulta de una nulidad insalvable (art. 149 C.P.P. y C.).

Creo así haber fundado las razones por las cuales, como ya anticipara, la casación deducida debe ser declarada procedente. Mi voto.

La Dra. LELIA G. MARTINEZ de CORVALAN dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión.

A la tercera cuestión, el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Conforme al control que cabe al órgano de revisión cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público (C.S.J.N., Fallos: 317:2043, entre otros), es obvio que al haberse establecido la irregularidad del trámite que precede a la resolución en crisis, los efectos de la nulidad se extienden indefectiblemente a dicho acto del debate (documentado en el acta de fs. 469/472), como así también a los subsecuentes (art. 155 del C.P.P. y C.).

Por ello, propongo al Acuerdo que se haga lugar al recurso de casación en todo lo que fue materia de agravio, declarándose la nulidad absoluta (art. 149 del C.P.P. y C.) de la resolución interlocutoria n° 266/2012 (fs. 470 vta./471), dictada por la Cámara de Juicio en lo Criminal Primera, de esta ciudad, y del acta de debate que la precedió.

Por lo demás, a los fines de evitar ulteriores nulidades, corresponde que dicha Cámara regularice la situación operada en autos, dando plena intervención a las particulares ofendidas por el delito, excluyendo a quien las venía representando, por haber cesado la incapacidad que ostentaban en razón de la edad (art. 70, 2° párrafo, a contrario sensu, del C.P.P. y C., en función del artículo 128 C.C., según ley 26.579). Mi voto.

La Dra. LELIA G. MARTINEZ de CORVALAN dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Sin costas en la instancia (arts. 491 y 492, a contrario sensu, del C.P.P. y C.). Mi voto.

La Dra. LELIA G. MARTINEZ de CORVALAN dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE: I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano estrictamente formal el recurso de casación deducido, a fs. 475/479 vta., por el Dr. Juan Manuel Kees, en su carácter de letrado patrocinante de la parte querellante, señora M. L. T.; II.- HACER LUGAR al recurso de casación en todo cuanto fue materia de agravio; III.- DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA de la resolución interlocutoria n° 266/2012, dictada por la Cámara de Juicio en lo Criminal Primera, de esta ciudad (art. 149 del C.P.P. y C.), y del acta de debate que la precedió; IV.- DAR PLENA INTERVENCIÓN a las particulares ofendidas por el delito, excluyendo a quien las venía representando, por haber cesado la incapacidad que ostentaban en razón de la edad (art. 70, 2° párrafo, a contrario sensu, del C.P.P. y C., en función del artículo 128 C.C., según ley 26.579), V.- SIN COSTAS en la instancia (arts. 491 y 492, a contrario sensu, del C.P.P. y C.); VI.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. ANTONIO G. LABATE - Dra. GRACIELA M. de CORVALÁN

[Volver al índice](#) [-Por Organismo](#)
[-Por Tema](#)
[-Por Carátula](#)

"CORONEL JORGE OMAR S/ HOMICIDIO Y ROBO" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 52/2013) – Acuerdo: 183/13 – Fecha: 16/12/2013

DERECHO PENAL: Pena.

HOMICIDIO CRIMINIS CAUSA. RECURSO DE CASACIÓN. VALORACION DE LA PRUEBA. CALIFICACION DEL HECHO.

Corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la Defensa, quien plantea errónea aplicación de la ley sustantiva al entender que el hecho encuadra en la figura de robo seguido de muerte (Art. 165 del C.P.) por falta de dolo directo de la conducta homicida requerida en el homicidio criminis



causa (Art. 80, inc. 7°, del C.P.) por el que finalmente fuera condenado, toda vez que se concibe acertada la calificación legal aplicada por la Cámara, pues la violencia desplegada por el enjuiciado para lograr el apoderamiento no era necesaria atento su actuar sobre seguro, es decir, de noche, sabiendo que en el lugar se hallaba una sola persona de edad avanzada y que su suegro –víctima del robo- no acudiría hasta las 6.00 hs. al cambiar la guardia –lo que efectivamente ocurrió, encontrándose con R. agonizando-.

Texto completo:

ACUERDO N° 183/2013: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los dieciséis días de Diciembre de dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores LELIA GRACIELA M. DE CORVALÁN y ANTONIO G. LABATE, con la intervención del señor Secretario, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para dictar sentencia en los autos caratulados “CORONEL JORGE OMAR S/ HOMICIDIO Y ROBO” (expte. n° 52 - año 2013) del Registro de la Secretaría Penal.

ANTECEDENTES: Por sentencia n° 60/12 (fs. 1517/1526), la Cámara en lo Criminal Primera de esta ciudad resolvió, en lo que aquí interesa: “(...) PRIMERO: CONDENAR a JORGE OMAR CORONEL o ADRIAN MIGUEL CORONEL BREST o ADRIAN MIGUEL BREST, (...), como autor material y penalmente responsable de los delitos de homicidio *criminis causa* en concurso ideal con robo calificado por escalamiento en perjuicio de Aurelio Pedro Romo (artículos 80 inc. 7 y 167 inc. 4 en función del artículo 163 inc. 4 y 54 del Código Penal), a la pena de PRISIÓN PERPETUA, accesorias legales (artículo 12 del Código Penal) y las costas del proceso (Art. 491 del CPP), manteniendo su declaración de segunda reincidencia (...)”.

En contra de tal decisorio, el señor Defensor Oficial, Dr. Pedro Julio Telleriarte, dedujo recurso de casación (fs. 1594/1600) a favor del imputado Jorge Omar Coronel.

Por aplicación de la Ley 2153 de reformas del Código Procesal (Ley 1677), y lo dispuesto en el Art. 424, 2° párrafo, ante el requerimiento formulado por la Querrela (fs. 1664), se llevó a cabo la audiencia de práctica donde la parte refutó oralmente los argumentos de la defensa (fs. 1682/1684).

Que a fs. 1688 se dispuso el llamado de autos para sentencia.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dra. Lelia Graciela M. de Corvalán y Dr. Antonio G. Labate.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el Art. 427 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes:

CUESTIONES: 1°) Es formalmente admisible el recurso de casación interpuesto?; 2°) Es procedente el mismo?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión la Dra. LELIA GRACIELA M. DE CORVALAN, dijo:

- 1) El escrito fue presentado en tiempo oportuno, ante el Tribunal que dictó el fallo que se pone en crisis.
- 2) El decisorio impugnado configura una sentencia definitiva pues pone fin a la causa.
- 3) El recurso resulta autosuficiente, porque su lectura hace posible interpretar cómo se plasman –a juicio del quejoso- los agravios denunciados, la interpretación de las normas que se estiman inobservadas y la solución que propone.

Conforme al análisis precedente, entiendo que corresponde declarar la admisibilidad formal del recurso.

El Dr. ANTONIO G. LABATE dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

A la segunda cuestión la Dra. LELIA GRACIELA M. DE CORVALAN, dijo: I.- En contra de la sentencia n° 60/12 (fs. 1517/1526) dictada por la Cámara en lo Criminal Primera de esta ciudad, el Dr. Pedro Julio Telleriarte, Defensor Oficial del imputado Jorge Omar Coronel, dedujo recurso de casación (fs. 1594/1600).

Concretamente, alega arbitrariedad de la sentencia por falta de fundamentación, violación de los principios de razón suficiente y de culpabilidad ya que la pena impuesta excede la culpabilidad del hecho al encuadrárselo como homicidio *criminis causa* (Art. 80, inc. 7°, del C.P.) descartándose el robo seguido de muerte (Art. 165 del C.P.).

En tal sentido, sostiene que la figura prevista en el Art. 80, inc. 7°, del C.P., no deja de ser un homicidio y, como tal, exige dolo directo, sin embargo, en autos se trató de un desapoderamiento que el autor realizó neutralizando la resistencia del sereno –Sr. Romo- golpeándolo con un hierro. Señala que el plan criminal no incluyó la muerte de la víctima toda vez que el fierro utilizado no puede ser considerado como arma impropia pues no es un objeto que alguien elegiría como apropiado para quitar la vida a una persona. En todo caso, si la intención era homicida, tendría que haber llevado un arma blanca, más fácil de conseguir y más eficaz.

Por otro lado, el imputado escogió para el despojo un día que su suegro –Sr. Bravo- no trabajaba, es decir, si el plan era matar al sereno, poco importaba que fuera conocido de él o no.

Finalmente, afirma que la circunstancia de que la muerte fuera sobreviniente a la huida del autor, revela la ausencia de ánimo de matar, caso contrario, Coronel habría continuado con la golpiza hasta lograr su objetivo.



“Nadie duda de que el hierro se utilizó violentamente, pero lo que se discute aquí, (...), es de qué manera es posible acreditar el elemento subjetivo que es propio del homicidio criminis causa. No existe en la sentencia ninguna mención a tan trascendente punto y es por eso que corresponde aplicar, ante la ausencia de prueba en contrario, la figura del art. 165 del C.P.” (Cfr. fs. 1599).

II.- Que luego de analizado el recurso, el pronunciamiento cuestionado así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos de la Defensa, soy de opinión –y así lo propongo al Acuerdo– que la casación deducida debe ser declarada improcedente. Veamos:

La Cámara tuvo por acreditado el hecho requerido a juicio por la Fiscalía y la Querella en los siguientes términos: *“(…) Jorge Omar Coronel ‘... (..) en la madrugada del día 23 de noviembre de 2009, antes de las 5:55 hs, ingresó a la planta del EPAS, Bomba N° 3, ubicada en calle Río Negro y Democracia de Neuquén Capital, con el fin de sustraer ilegítimamente dinero de Amado Amalio Bravo, que sabía que se encontraba en ese lugar y ante la resistencia de Aurelio Pedro Romo, quien cumplía funciones de operador en la mentada instalación durante el turno noche, lo agredió reiteradamente con un elemento romo y contundente en diferentes partes del cuerpo, causándole lesiones severas que le provocaron un traumatismo craneoencefálico grave, lo que provocó su deceso a las 15 horas del mismo día. Seguidamente, Jorge Omar Coronel previo violentar los cofres ubicados en la Oficina de Guardia, pertenecientes al operario Amalio Amado Bravo, se apoderó ilegítimamente por lo menos de una billetera de cuero negro, con cierre alargado, con cuatrocientos pesos estimativamente...’ (...)*” (Cfr. fs. 1517 vta.).

Al respecto, valoró las actuaciones policiales que dieron cuenta del hallazgo del cuerpo agonizante de la víctima en el interior de la Oficina del Epas, el acta de autopsia, el certificado de defunción, declaraciones de Amalio Amado Bravo, Nazareno Ariel Castro, Félix Domiciano Burgo, Hermindo Cuerchi, Carlos Romero y de la principal testigo de cargo: Mónica Laura Bravo y el reconocimiento por parte de ésta última del fierro que el imputado portaba en el momento del hecho y que tiró en un terreno al salir del predio del Epas.

En esta instancia la Defensa se limita solo a objetar la calificación legal –homicidio criminis causa (Art. 80, inc. 7°, del C.P.) por la que fuera finalmente condenado Coronel, sin cuestionar la existencia del suceso delictivo ni la participación y responsabilidad penal que le cupo al nombrado en el mismo.

En tal sentido, invoca errónea aplicación de la ley sustantiva toda vez que el hecho juzgado encuadraría, a su entender, en la previsión del Art. 165 del C.P. –homicidio en ocasión de robo- por ausencia de conexión ideológica entre la muerte y el desapoderamiento.

Sobre el punto, habré de disentir, muy respetuosamente, con la postura sustentada por el Dr. Telleriarte. En efecto, no existen dudas, como se viera, de que Coronel fue el autor material y penalmente responsable de la muerte del Sr. Romo y del desapoderamiento de los valores guardados en los cofres pertenecientes a su suegro Bravo. Antes de continuar con el examen de la figura legal impugnada, considero conveniente referirme a la violencia empleada por el autor para lograr la sustracción. Del acta de autopsia y de su respectivo informe (fs. 68 y 87/96 respectivamente) se concluye que el deceso de Aurelio Pedro Romo se produjo por *“(…) TRAUMATISMO CRANEOENCEFALICO GRAVE, determinando que Los hallazgos de la autopsia demuestran presencia de múltiples lesiones contuso cortantes en región del antebrazo derecho, y cráneo, objetivándose mayor compromiso del hemicráneo derecho. En el examen interno se objetiva hematoma en aponeurosis epicránea a predominio derecho, orificio de trepanación quirúrgica occipital y fractura de huesos correspondiente al techo de órbita bilateral, hueso temporal, parietal y occipital derecho con destrucción parcial de masa encefálica en región temporal derecha y evidencia de hemorragia subaracnoidea traumática y hemorragia en tronco, todo lo que determina un traumatismo craneoencefálico grave y posterior óbito. La lesión contusa cortante (...) en región del antebrazo derecho coincide con presencia de fractura conminuta del cubito en tercio medio. Por las características de las lesiones (...), se puede presumir que el objeto con el que se produjeron (...) es de características romo, el que actuó por peso y fuerza como para determinar las múltiples fracturas evidenciadas en la víctima, (...). La presencia de hematomas en ambas manos y miembros superiores e inferior hace presumir acción de defensa (...)*”.

Es decir, el autor golpeó brutalmente al Sr. Romo –hombre de edad avanzada- con un elemento asaz contundente: un tramo de hierro torsionado utilizado comúnmente en la construcción de 16 mm con un largo de 67 cm, con empuñadura (fabricación casera) en tela color amarilla, siendo su peso de 990 grs. (Cfr. fs. 13/14 y 427/430, incorporadas por lectura), y esos golpes son los que a la postre producen la muerte horas después (los informes médicos son contundentes al respecto). No caben dudas que dicha acción del sujeto activo fue absolutamente consciente en cuanto a la magnitud de su violencia y del resultado, que era el de terminar con la vida de la víctima; de otro modo no se puede explicar dicha violencia y la contundencia del arma impropia empleada. Por consiguiente estimo que existió dolo directo en dicha acción. Se está entonces también ante la presencia del delito de homicidio que sanciona *“al que matare a otro”*. Ahora bien en el caso de autos, por otra parte, la intención primigenia del autor era el desapoderamiento. Ello surge de todo el contexto probatorio, sobre todo de las declaraciones de varios testigos que informaron sobre el modo de vida de Coronel, de sus antecedentes, de su falta de trabajo como así también de las averiguaciones que había estado haciendo su pareja –Sra. Bravo- en torno a los horarios de trabajo de su padre en la planta de bombeo de agua. De modo tal que para lograr la sustracción, el imputado causó las gravísimas lesiones ya descriptas al sereno de turno, que luego lo llevaron a la muerte. Estando la víctima agonizante, sin posibilidad alguna de oponer resistencia, se apoderó ilegítimamente de bienes propiedad de Bravo. Con ello, entiendo que Jorge Omar Coronel cometió el homicidio para facilitar o consumir el robo. Por tanto, dicho homicidio es calificado en orden a lo prescripto en el Art. 80, inc. 7°, del C.P. –homicidio criminis causa-.



Lo que caracteriza a la figura analizada, según la doctrina y jurisprudencia, es la conexión ideológica de la muerte con la comisión, el resultado o los responsables de otro delito. Se ha afirmado también que la conexión ideológica final adoptada por el Art. 80, inc. 7°, del C.P., resultante de cometer homicidio para robar, no sólo comprende la preordenación anticipada, deliberada y resuelta de antemano sino también aquella que "(...) resulta de *improviso como consecuencia del intento de reacción de la víctima que trata de impedir que el robo se consuma*". En otras palabras, la ley solo exige "(...) que en el ánimo del autor, en el momento del hecho, el fin delictuoso o malquerencia producida por el desengaño sufrido en su anterior empeño delictuoso, funcionen como motivos específicamente determinantes del homicidio", lo que no requiere indefectiblemente premeditación o reflexión, sino solo decisión, la que incluso puede producirse en forma repentina, "(...) en la ejecución del hecho mismo" (Cfr. Ricardo C. Núñez en "Derecho penal argentino", III, pág. 51 y ssgtes. y "Manual de Derecho penal", parte especial, pág. 56. Véase también Barberá de Riso "Doctrina penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba", Vol I, pág. 127 y ssgtes.). No obstante, en autos, la actividad desplegada por el imputado me permite concluir que ultimó a la víctima para lograr la consumación del robo, y que esta preordenación de la muerte fue premeditada o reflexiva –como sostuvo el A-quo- no solo al arribar al lugar portando un fierro de grandes dimensiones y una muda de ropa sino también al no darle tiempo a la víctima a oponer resistencia al ultimarla inmediatamente al ingresar a la Oficina del Epas. Dicho extremo surge de la declaración prestada en audiencia por Mónica Laura Bravo al expresar que tras entrar Coronel al lugar –previo extraer de un bolso el hierro- oyó gritos de auxilio.

En consecuencia, concibo acertada la calificación legal aplicada por la Cámara, toda vez que la violencia desplegada por el enjuiciado para lograr el apoderamiento no era necesaria atento su actuar sobre seguro, es decir, de noche, sabiendo que en el lugar se hallaba una sola persona de edad avanzada y que su suegro –víctima del robo- no acudiría hasta las 6.00 hs. al cambiar la guardia –lo que efectivamente ocurrió, encontrándose con Romo agonizando-.

En mérito de lo expuesto, considero haber demostrado la razón por la cual –y tal como ya lo anticipara-, la casación deducida, debe ser declarada improcedente. Tal es mi voto.

El Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba la señora Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión.

A la tercera cuestión, la Dra. LELIA GRACIELA M. DE CORVALAN, dijo: Atento la respuesta negativa dada a la segunda cuestión, corresponde omitir pronunciamiento sobre este tema, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente el anterior. Tal mi voto.

El Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Comparto lo manifestado por la señora Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, la Dra. LELIA GRACIELA M. DE CORVALAN, dijo: Sin costas en la instancia (Art. 493 del C.P.P. y C.). Mi voto.

El Dr. ANTONIO G. LABATE dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE: I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano estrictamente formal el recurso de casación deducido por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Pedro Julio Telleriarte, a favor del imputado Jorge Omar Coronel (fs. 1594/1600). II.- RECHAZAR la impugnación antedicha, por los motivos expresados en los considerandos. III. Sin costas en la instancia (Art. 493 del C.P.P. y C.). IV. REGISTRESE, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a la Cámara de origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. ANTONIO G. LABATE - Dra. GRACIELA M. de CORVALÁN

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario

[Volver al índice](#)

[-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"QUIROGA MARIA INES – SALAS PABLO ELIER S/ HOMICIDIO CULPOSO" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 138/2012) – Acuerdo: 184/13 – Fecha: 16/12/2013

DERECHO PROCESAL PENAL: Procedimiento penal.

PROCESO PENAL. ACUSACIÓN. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL. QUERELLANTE. FACULTADES DEL QUERELLANTE. DOCTRINA DE LA CORTE. RECURSO DE CASACIÓN.

Corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Querrela contra el sobreseimiento dictado por el Magistrado Correccional por ausencia de acusación fiscal, y, en consecuencia, revocar el



sobreseimiento por aplicación extensiva de la doctrina de la C.S.J.N. expuesta en el precedente “Santillán”, toda vez que en el juicio correccional resulta indiferente que la acusación que precede a la condena del imputado, haya sido solicitada por el Ministerio Público Fiscal o por el querellante particular. Si ello es así para el juicio común –cuyo régimen no cuenta con una previsión semejante al Art. 370 del rito local- no es posible sostener un tratamiento diferenciado cuando se trata de delitos sometidos al juicio correccional.

Texto completo:

ACUERDO N° 184/2013: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los dieciséis días de diciembre de dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores LELIA GRACIELA M. DE CORVALÁN y ANTONIO G. LABATE, con la intervención del señor Secretario, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para dictar sentencia en los autos caratulados “QUIROGA MARIA INES – SALAS PABLO ELIER S/ HOMICIDIO CULPOSO” (expte. n° 138 - año 2012) del Registro de la Secretaría Penal

ANTECEDENTES: Por resolución n° 229/12 (fs. 1014/1015), el Juzgado Correccional n° DOS de esta ciudad resolvió, en lo que aquí interesa: “(...) I) SOBRESER TOTAL Y DEFINITIVAMENTE la presente causa a favor de SALAS PABLO ELIER, (...), en orden al delito de HOMICIDIO CULPOSO (art. 84 del C.P., arts. 301 y cctes. y sptes., y 370 del C.P.P. y C.) por el que fuera indagado, hecho ocurrido en la ciudad de Rincón de los Sauces el 30 de Agosto de 2008 en perjuicio de Luis Alejandro Arias (...)”.

En contra de tal decisorio, el Dr. Ignacio Segovia, apoderado de la parte querellante, con el patrocinio letrado de la Dra. Marina Tortone, interpone recurso de casación (fs. 1020/1023 vta.).

Por aplicación de la Ley 2153 de reformas del Código Procesal (Ley 1677), y lo dispuesto en el Art. 424, 2° párrafo, del C.P.P. y C., ante el requerimiento formulado, el recurrente amplía fundamentos por escrito (fs. 1050/vta.). Señala que la señora Jueza de instancia formuló una interpretación aislada y arbitraria de lo dispuesto en los Arts. 313 y 370 del C.P.P. y C., negando, de esa manera, la participación de la querella en el juicio oral y público, como así también el derecho de obtener un pronunciamiento jurisdiccional como víctima de un delito de acción pública. El criterio adoptado por la A-quo se contrapone, no solo con el texto constitucional, tratados internacionales y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sino además con la tendencia procesal actual.

Por su parte, el señor Defensor de Confianza del imputado Pablo Elier Salas, Dr. Martín Matías Marcovesky, refuta los argumentos primigenios de la querella (fs. 1046/1049). Sintéticamente, expresa que los precedentes “Santillán” y “Sabio” citados por el impugnante en apoyo de su postura no resultan de aplicación al presente por tratarse de casos en los que las sentencias atacadas fueron dictadas por Tribunales Criminales, es decir, con competencia más amplia que la del Ad-quem.

A su entender, los Arts. 6 y 370 del rito local determinan, sin lugar a interpretación alternativa, la potestad del Ministerio Público Fiscal de promover y continuar las acciones públicas. Considera obligatoria la intervención del acusador público en los procesos de competencia correccional razón por la cual, solicita se confirme el fallo objetado.

Que a fs. 1060, se produjo el llamado de autos para sentencia.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dra. Lelia Graciela M. de Corvalán y Dr. Antonio G. Labate.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el Art. 427 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes:

CUESTIONES: 1°) Es formalmente admisible el recurso de casación interpuesto?; 2°) Es procedente el mismo?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión la Dra. LELIA GRACIELA M. DE CORVALAN, dijo:

1) El escrito fue presentado en tiempo oportuno, ante el Tribunal que dictó el pronunciamiento que se pone en crisis por quien se encuentra legitimado para hacerlo.

2) La resolución impugnada es equiparable a sentencia definitiva en sus efectos.

3) El recurso resulta autosuficiente, porque su lectura hace posible interpretar cómo se plasman –a juicio del quejoso- los agravios denunciados, la interpretación de las normas que se estiman inobservadas y la solución que propone.

Conforme al análisis precedente, entiendo que corresponde declarar la admisibilidad formal del recurso.

El Dr. ANTONIO G. LABATE dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

A la segunda cuestión la Dra. LELIA GRACIELA M. DE CORVALAN, dijo: I.- En contra de la resolución interlocutoria n° 229/12 (fs. 1014/1015) dictada por el Juzgado Correccional n° DOS de esta ciudad, el Dr. Ignacio Segovia, apoderado de la parte querellante, con el patrocinio letrado de la Dra. Marina Tortone, deduce recurso de casación (fs. 1020/1023 vta.).



Concretamente, alega errónea aplicación de la ley sustantiva, en particular de los Arts. 14, 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; 8.1 y cctes. del Pacto de San José de Costa Rica y 14.2 y cctes. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al no respetar la participación que le corresponde a la parte querellante en un proceso penal.

En consonancia con ello, denuncia violación del Art. 313, último párrafo, y arbitrariedad en la interpretación del Art. 370 in fine del rito local al privar a la víctima del derecho de ser oída en juicio oral y público y de formular acusación independientemente del agente fiscal.

Entiende que la señora Magistrado –al fundar su decisión en lo resuelto en “Yáñez”- erró al sostener que los fallos “Santillán” y “Sabio” no eran aplicables al caso ya que, “(...) si bien es cierto que la CSJN no se expidió sobre sentencias correccionales específicamente, y mucho menos respecto de una norma tan particular como el art. 370 del CPPC de la provincia; lo cierto es que los precedentes deben ser interpretados en forma integral, rescatándose la esencia del fallo y no estrictamente limitarlo a un ámbito sin siquiera evaluar el contenido del mismo (...) el derecho de la querellante, de formular acusación autónoma y de acceder a un pronunciamiento jurisdiccional relativo a sus derechos, resulta insoslayable, y (...) bajo ningún punto de vista puede interpretarse (...) que una norma del código de rito “vede”, “limite” o “restrinja” aquel derecho garantizado constitucional e internacionalmente (...)” (Cfr. fs. 1021 vta./1022).

El segundo yerro incurrido por la A-quo consistió en haber afirmado que la participación del querellante en el juicio depende de la voluntad del legislador provincial, pasando por alto que las facultades reservadas a las provincias para dictar sus propios códigos procedimentales se encuentran limitadas a la no afectación de derechos constitucionales y supranacionales. “En efecto, la participación asignada al querellante particular en el código de rito de la provincia, se advierte claramente del texto del art. 313 in fine del CPPC, en cuanto faculta al Juez de instrucción –sin distinguir entre juicio correccional o criminal- a elevar a juicio la causa cuando hubiese acusación del querellante, sin perjuicio que el agente fiscal se pronuncie por el sobreseimiento del imputado” (Cfr. fs. 1022 vta.).

Si bien el recurrente acepta que la competencia criminal, prevista para delitos de menor cuantía, se distingue de la criminal, considera que ello no significa que existan dos clases de procedimientos penales.

En consecuencia, si el Art. 313, in fine, del Código Adjetivo, acuerda facultad acusatoria a la parte querellante sin distinción de materia o competencia, mal puede la señora Juez interpretar que el Art. 370 se refiere ‘exclusiva’ y ‘excluyentemente’ al Ministerio Público Fiscal.

“En efecto, no puede acordarse facultades a la parte querellante durante toda la instrucción, facultades acusatorias para la etapa de clausura de instrucción, y con posterioridad por tratarse de “juicio correccional” negarle la participación en el debate, y excluirla de manera incoherente con lo actuado hasta entonces” (Cfr. fs. 1023).

II.- Que luego de analizado el recurso, el pronunciamiento cuestionado así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos de la Querella, soy de opinión –y así lo propongo al Acuerdo– que la casación deducida debe ser declarada procedente.

1) A fs. 813/819 vta., la Querella solicitó el sobreseimiento de la imputada María Inés Quiroga y requirió la elevación a juicio respecto de Pablo Elier Salas.

2) En sentido contrario, el representante del Ministerio Público Fiscal pidió la elevación a juicio de María Inés Quiroga y el sobreseimiento total y definitivo del imputado Pablo Elier Salas (fs. 933/940 vta.).

3) El Magistrado Instructor rechazó los sobreseimientos incoados, clausuró la instrucción y elevó a juicio correccional los actuados en torno a Salas y Quiroga en base a la pretensión punitiva efectuada por la parte querellante y la Fiscalía respectivamente (fs. 959/966).

4) Radicada la causa en sede correccional, la titular del Juzgado Correccional n° DOS de esta ciudad, Dra. María Gagliano, declaró la nulidad de la elevación a juicio respecto de Pablo Elier Salas y, en consecuencia, el sobreseimiento ante la falta de acusación fiscal conforme lo dispuesto en el Art. 370 del C.P.P. y C., decisión cuestionada por la querella en esta instancia.

Luego de una breve reseña de las constancias de la causa y antes de emitir opinión sobre lo planteado por la parte, creo conveniente recordar cuál fue la hermenéutica propiciada por el Máximo Tribunal Nacional en torno a si puede existir condena sin acusación fiscal. En prieta síntesis, expuso que el Art. 18 de la C.N. “(...) exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (...)” (Cfr. Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557, entre muchos otros), dotando de esta manera de contenido constitucional al principio de la bilateralidad sobre cuya base, en consecuencia, el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal (ver doctrina de Fallos: 234:270, La Ley, 82-537). Agregó que “(...) si bien incumbe a la discreción del legislador regular el marco y las condiciones del ejercicio de la acción penal y la participación asignada al querellante particular en su promoción y desarrollo, desde que se trata de lo atinente a la más acertada organización del juicio criminal (Fallos: 253:31), todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma” (Fallos: 268:266, consid. 2°, La Ley, 128-539). “Ello en el marco del derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el art. 18 de la Carta Magna y cuyo alcance, como la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes (Fallos: 199:617; 305:2150, La Ley, 1984-B, 206, entre otros), es coincidente con el que reconocen los arts. 8°, párr. primero, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1. del Pacto



Internacional de Derechos Civiles y Políticos". En función de lo dicho, "(...) la exigencia de acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula, razón por la cual nada obsta a que el querellante realice dicha acusación" (Cfr. "Santillán, Francisco Agustín s/ Recurso de casación", S. 1009. XXXII).

Resta ahora establecer si esta doctrina —expuesta en relación a causas sometidas al denominado juicio común— resulta también de aplicación cuando se trata del juicio correccional. El interrogante se suscita, especialmente, a raíz de la norma expresa que para dicho procedimiento prevé el Código ritual de la Provincia: "Nunca podrá el juez Correccional condenar al imputado si el Ministerio Público no lo requiriese, ni imponer una sanción más grave que la pedida" (Art. 370, in fine, del C.P.P. y C.). A mi criterio, la respuesta debe ser afirmativa.

La impronta constitucional que la Corte Suprema ha denotado en el derecho del ofendido a provocar la actuación de la ley penal frente al delito (Arts. 18 C.N., 8º, primer párrafo, de la C.A.D.H. y 14.1. del P.I.D.C.P.), sitúa el problema en el marco del derecho a la jurisdicción y a la tutela efectiva. Sobre éstos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— estipula en su Art. 8.1 que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente, imparcial, establecido con anterioridad por la ley para la determinación de sus derechos y obligaciones, de cualquier carácter. Similar fórmula emplea el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14.1). Es indudable que, por virtud de estas reglas jurídicas, la víctima del delito tiene un verdadero derecho a una intervención relevante en el proceso penal, para la satisfacción de sus legítimos intereses jurídicos.

Sobre tal base, estimo que también en el juicio correccional resulta indiferente que la acusación que precede a la condena del imputado, haya sido solicitada por el Ministerio Público Fiscal o por el querellante particular. Si ello es así para el juicio común —cuyo régimen no cuenta con una previsión semejante al Art. 370 del rito local— no es posible sostener un tratamiento diferenciado cuando se trata de delitos sometidos al juicio correccional.

La objeción sustentada en que el Art. 370 del C.P.P. y C. es una norma expresa con la que no cuenta el trámite común, puede despejarse si se atiende a los fundamentos sobre los cuales se apoya el diseño de un procedimiento específico. Es coincidente la doctrina en señalar que la razón primordial que justifica la competencia correccional estriba en la levedad de dichos delitos y —en función de ella— la conveniencia de la simplificación del trámite, evitando un desgaste jurisdiccional similar al que conlleva un juicio oral y público como el previsto para los delitos más graves (Ver Claría Olmedo, Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal, Ediar, Bs. As., 1967, T. VI, págs. 381/382; Núñez, Ricardo C., Código Procesal Penal, 2º ed. actualizada, Lerner, Córdoba, 1986, pág. 407, nota 1 al Capítulo 2).

Es útil agregar aquí que esta apreciación relativa a la mayor o menor entidad del delito no puede descansar en una visión enfocada sólo en el disvalor de resultado causado por el hecho. Por el contrario, se apoya en una ponderación completa del delito, que incluye también el disvalor de acción, aspecto éste que permite ingresar a la sede correccional aquellos delitos en los cuales se afecta el bien jurídico máspreciado —la vida— pero cuyo tipo subjetivo exhibe un contenido culposo, configurando obviamente un injusto de menor gravedad que el doloso —como en el presente—. Tal es, valga la aclaración, la valoración que el propio legislador ha efectuado en relación a la vida humana, al conminar penas de tan diferente magnitud para el homicidio, según cual fuere la actitud subjetiva de su autor (Arts. 79 y 84, del C.P.).

Dentro de la mentada intención de economía procesal, la ley previó un órgano jurisdiccional unipersonal y de instancia única, a comparación del tribunal colegiado que lleva a cabo el juicio común. Y específicamente en atención a esta integración singular, el legislador local estimó que se ofrecía mayor resguardo al acusado si se sujetaba la potestad del Juez de condenar a la opinión del Fiscal. Esta exigencia que en la esfera local tuvo su origen en una ponderación político—criminal, fue elevada por el Máximo Tribunal a la categoría de presupuesto del debido proceso ("Mostaccio").

No puede desconocerse que en la actualidad, reformas procesales y cambios jurisprudenciales mediante, el juicio correccional —en lo que al alcance de la norma local del Art. 370 del C.P.P. y C. refiere— se encuentra en un plano de igualdad con el juicio común. Y si para éste se ha dispuesto que el pedido de condena formulado por el querellante particular satisface la exigencia de acusación como uno de los pilares del debido proceso (C.S.J.N., "Santillán", op. cit.), no encuentro razón para efectuar distinto tratamiento en sede correccional. La alternativa contraria conspiraría contra las garantías constitucionales arriba señaladas y el modo en que éstas han sido interpretadas por el Máximo Tribunal, en tanto dejarían al querellante particular inerte frente a la posición desincriminatoria del Fiscal, frustrando insanablemente su derecho a obtener respuesta por parte del Juzgador a la pretensión que motorizara su intervención en el proceso.

Concluyo, en consecuencia, que las actuales disposiciones de nuestro Código local, interpretadas sistemáticamente y bajo la óptica de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes citados, conducen a afirmar que la acusación propiciada por el querellante particular, aún mediando pedido absolutorio del Ministerio Público, habilita al Juez Correccional a dictar sentencia de condena. Estimo que dicha lectura satisface además las exigencias reiteradamente puntualizadas por dicho Tribunal en cuanto a que "(...) las normas procesales penales deben interpretarse de modo que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías constitucionales,



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” (Fallos: 297:142; 300:1080; 301:460; 310:192, “Santillán”, cit., entre otros).

Considero haber demostrado la razón por la cual –y tal como ya lo anticipara-, la casación deducida, debe ser declarada procedente. Tal es mi voto.

El Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba la señora Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión.

A la tercera cuestión, la Dra. LELIA GRACIELA M. DE CORVALAN, dijo: Atento al modo en que resolviera la cuestión precedente, propongo al Acuerdo se haga lugar al recurso de casación deducido, y en consecuencia, se case el pronunciamiento impugnado por errónea aplicación de la ley penal sustantiva (Art. 415, inciso 1º, del C.P.P. y C.), revocándose la resolución interlocutoria n° 229/12 (fs. 1014/1015), del 30 de marzo de 2012, dictada por el Juzgado Correccional n° DOS de esta ciudad (Art. 428 del C.P.P. y C.). Mi voto.

El Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Comparto lo manifestado por la señora Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, la Dra. LELIA GRACIELA M. DE CORVALAN, dijo: Sin costas en la instancia (Arts. 491 y 492, a contrario sensu, del C.P.P. y C.). Mi voto.

El Dr. ANTONIO G. LABATE dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE: I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano estrictamente formal el recurso de casación presentado por el Dr. Ignacio Segovia, apoderado de la parte querellante, con el patrocinio letrado de la Dra. Marina Tortone. II.- CASAR la Resolución Interlocutoria n° 229/12 (fs. 1014/1015) de fecha 30 de marzo de 2012, dictada por el Juzgado Correccional n° DOS de esta ciudad, por errónea aplicación de la ley penal sustantiva (Arts. 415, inciso 1º, y 428 del C.P.P. y C.). III.- Sin costas (Arts. 491 y 492, a contrario sensu, del C.P.P. y C.). IV.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las presentes actuaciones al Juzgado de origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, pre via lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. ANTONIO G. LABATE - Dra. GRACIELA M. de CORVALÁN

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario

[Volver al índice](#) - [Por Organismo](#)
- [Por Tema](#)
- [Por Carátula](#)

"L. J. C. S/ ABUSO SEXUAL CON Y SIN ACCESO CARNAL Y CORRUPCION DE MENORES – AMENAZAS SIMPLES (3 HECHOS) Y VIOLACION DE DOMICILIO EN CONCURSO REAL" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 123/2011) – Acuerdo: 187/13 – Fecha: 20/12/2013

DERECHO PENAL: Delitos contra la integridad sexual.

DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE. PARTICIPACIÓN NECESARIA. ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL. AGRAVANTES. PRUEBA. TESTIMONIO DE LA VICTIMA MENOR. VALIDEZ. MONTO DE LA PENA.

La intervención que se debe dar a la Defensoría del Niño y del Adolescente es obligatoria por cuanto su no intervención se encuentra conminada con sanción de nulidad –absoluta-. Asimismo, atento la remisión que hace el texto de la Ley N° 2605 al artículo 59 del Código Civil. En tal sentido, el legislador neuquino consideró ‘necesaria’ y ‘esencial’ dicha intervención en las causas penales donde las víctimas por delitos contra la integridad sexual son menores de edad; convirtiendo así al respectivo funcionario en un sujeto imprescindible en este tipo de procesos, sin perjuicio de tener las facultades de un sujeto eventual, tal como lo es el querellante particular.

Cuando se trata de delitos cometidos en la intimidación, el testimonio de la víctima puede integrar la prueba de cargo suficiente para desvirtuar el estado de presunción de inocencia. Ello así pues, de otra manera, se crearían espacios de impunidad inaceptables (Acuerdo N° 1/98 “TORRES”). Esto no supone que simplemente baste con la existencia de tales dichos; antes bien será necesario un análisis profundo, su cotejo con información científica que permita establecer su fiabilidad y la existencia de otros elementos de corroboración periférica; todo lo cual se verificó en la presente causa.

La pretensión de la Defensa acerca que todos los hechos –calificados por el a quo como abusos sexuales



simple y gravemente ultrajante- integren un solo tipo por su sola duración en el tiempo; el planteo no puede prosperar ya que, siguiendo a prestigiosa doctrina, se entiende que "...hay delito continuado cuando: a) hay dolo unitario, b) repetición de la afectación típica del mismo bien jurídico, que admite grados de afectación, c) realizada en forma similar, y d) cuando la conducta implica una injerencia física en la persona del titular, identidad física del titular..." -el resaltado con negrita me pertenece- (ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL". 6° Edición 1° Reimpresión. Ed. EDIAR. Bs. As. 2002, pág. 625) y precisamente, en esta causa, la naturaleza del accionar del imputado fue mutando conforme avanzaban los años, quedó acreditado que al principio se trataban de tocamientos impúdicos (abusos sexuales simples continuados durante un determinado período) pero luego, su conducta varió y por las circunstancias de modo fue calificada correctamente como gravemente ultrajante.

Texto completo:

ACUERDO N° 187/2013: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veinte días de diciembre de dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores LELIA GRACIELA MARTINEZ DE CORVALÁN y ANTONIO GUILLERMO LABATE, con la intervención del señor Secretario, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para dictar sentencia en los autos caratulados: "L. J. C. S/ ABUSO SEXUAL CON Y SIN ACCESO CARNAL Y CORRUPCION DE MENORES – AMENAZAS SIMPLES (3 HECHOS) Y VIOLACION DE DOMICILIO EN CONCURSO REAL" (Expte. N° 123 – Año 2011) del registro de la Secretaría Penal.

ANTECEDENTES: Que por sentencia N° 10/11 emitida por la Cámara en Todos los Fueros de la ciudad de Cutral Có, II Circunscripción Judicial, se resolvió en lo que aquí interesa: "...II.- Condenando a J. C. L. [...] como AUTOR material y penalmente responsable del delito de Abuso Sexual Simple Continuo, Abuso Sexual Gravemente Ultrajante y Abuso Sexual con Acceso Carnal –un hecho- todos ellos Agravados por la Situación de Convivencia Preexistente, en Concurso Real (Arts. 119 párrafo 1er, 2do, 3ro y 4to inc. b y 55 del Código Penal) y Amenaza simple –un hecho- y Violación de Domicilio en Concurso Real (arts. 149 bis primer párrafo, 150 y 55 del Digesto sustantivo), a la pena, por mayoría, de CATORCE AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO e inhabilitación absoluta por igual término y demás accesorias legales (Art. 12 del mismo digesto sustantivo)..." (fs. 621/652).

En contra de tal decisorio, dedujo recurso de casación, la señora Defensora de Cámara Subrogante, Dra. Marisa Fabiana MAUTI, a favor del imputado J. C. L. (fs. 654/670 vta.).

Por aplicación de la Ley N° 2153, de reformas del Código Procesal (Ley N° 1677) y lo dispuesto en el artículo 424, 2° párrafo, ante el requerimiento formulado, la parte recurrente no hizo uso de la facultad allí acordada, por lo que a fs. 678 se produjo el llamado de autos para sentencia.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Antonio Guillermo LABATE y Dra. Lelia Graciela MARTÍNEZ de CORVALÁN.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el artículo 427 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes:

CUESTIONES: 1°) ¿Es formalmente admisible el recurso de casación interpuesto?; 2°) En el supuesto afirmativo, ¿resulta procedente el mismo?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión, el Dr. Antonio Guillermo LABATE dijo: Que corresponde examinar si se han cumplido las prescripciones legales para que el recurso sea admisible, conforme lo dispuesto por el artículo 397 del C.P.P.yC.

El escrito fue presentado en término, por ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, por quien se encuentra legitimado para ello; revistiendo el mismo el carácter de definitivo pues pone fin a la causa.

Además, la impugnación resulta autosuficiente porque de su lectura se hace posible conocer como se configuran -a juicio de la recurrente- los motivos de casación aducidos y la solución final que propone.

Por lo expuesto, considero que el recurso de casación interpuesto debe ser declarado formalmente admisible. Tal es mi voto.

La Dra. Lelia Graciela MARTÍNEZ de CORVALÁN, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

A la segunda cuestión planteada, el Dr. Antonio Guillermo LABATE dijo:

I.- En contra de la sentencia N° 10/11 (fs. 621/652) de la Cámara en Todos los Fueros de la ciudad de Cutral Có, II Circunscripción Judicial, dedujo recurso de casación la señora Defensora de Cámara Subrogante, Dra. Marisa Fabiana MAUTI, a favor del imputado J. C. L. (fs. 654/670 vta.).

La parte recurrente aduce arbitrariedad y falta de motivación de la sentencia en cuanto a la apreciación de la prueba producida en el debate, critica la calificación legal dada y el monto de pena impuesto, como así también, plantea la inconstitucionalidad del artículo 96 ter del C.P.P.yC.;



con ello, se vulnera —a su entender— lo dispuesto en los artículos 18, 28, 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 7, 9 y 15 del P.I.D.C.P.; 9 de la C.A.D.H.; 16 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Cruel, Inhumano y Degradante; 106 y 369 inciso 3 del C.P.P.yC.

a) Asevera que se violó el debido proceso al no garantizar en el contradictorio la igualdad de armas de las partes, con la intervención de la Defensora de los Derechos del Niño como querellante obligatorio en los casos de abuso sexual de menores y sostiene que la correspondiente ley provincial resulta inconstitucional por crear una doble acusación pública (fs. 654 vta.).

b) Arbitrariedad en la interpretación de la prueba: Cuestiona la valoración del testimonio de la víctima, para ello, expresa que resulta desvirtuado parcialmente por los dichos de su amiga A. M., que no se corresponde con las cartas reconocidas por la menor C. P. en el debate, que se omitió considerar la declaración de la Sra. M. V. P. -madre de la víctima- y que se quiebra con lo corroborado con otros testimonios tal como lo hiciera notar —esa parte- en los alegatos.

Manifiesta que en el fallo impugnado se considera que la víctima prodigó un relato totalmente creíble y sin fisuras “...de las lamentables circunstancias que tuvo que vivenciar desde que contaba con la tierna edad de nueve años y el notable abandono hacia su persona sufrido por parte de la figura materna...” (fs. 657/vta., según transcripción de la recurrente), pero que —en su opinión- no se tuvo en cuenta que A. M. refiere un contexto de convivencia en el hogar y una relación entre la menor y su madre completamente distinta a la que manifiesta la víctima, dice que la Sra. V. P. era percibida como “una amiga más” con quien hablaban mucho, por lo que —la Defensa- pone en duda que “...haya ocultado siniestramente lo denunciado por la menor...” (fs. 657 vta.).

Agrega que las cartas reconocidas por la menor víctima en debate, dan cuenta de una fluida y afectuosa relación vincular-familiar.

Alega que se omitió considerar prueba desincriminante de fundamental interés en referencia al testimonio de la madre de la víctima, única testigo presencial de los hechos según los dichos de la denunciante y que ha desmentido a la menor desde el inicio del proceso. Manifiesta que a V. P. se le imputa encubrimiento, de manera arbitraria y sorpresiva en la sentencia, para restarle valor a su testimonio, obstaculizando a la Defensa la posibilidad de refutar o ampliar al respecto.

Indica que, en relación a la valoración de la prueba pericial y al testimonio de la perito, el a quo sostuvo que la Defensa podía impugnar la misma y solicitar una nueva pericia a cargo de otro profesional y que no se advierte que “...precisamente lo que se hizo en debate fue impugnar la pericia, interpretarla dando detallado motivo de ello [...], que por ser técnica se hizo en términos apropiados...”; agrega que esa parte “...no hizo ningún planteo en orden al impedimento de presentar prueba pericial, en consecuencia no integra la cuestión puesta en conocimiento del juez imparcial que amerite la respuesta acerca de que sí pudo presentar pericia —o no—...” (fs. 658), opina que tal apreciación excede la tarea del juzgador y que por el principio constitucional de inocencia resulta inexigible la producción de prueba a esa parte. Además, destaca que ninguna pericia es vinculante ni infalible, que todas están sujetas a interpretación.

Concluye que en la sentencia recurrida “...el cúmulo de presunciones no son ni claras, ni precisas ni concordantes...” para tener por acreditado el hecho incriminado y la culpabilidad del encausado (fs. 659).

c) Calificación legal: La Defensa expresa que “...conforme los fundamentos dados en la sentencia para arribar a la calificación legal, en cuanto a la reiteración continua de actos de abuso sexual, todo ello conforma el tipo penal de abuso sexual gravemente ultrajante, y no varios hechos punibles. Se trata de una misma conducta abusiva que se prolonga en el tiempo y queda enmarcada en un solo tipo penal...” (fs. 659).

d) Monto de pena: Critica los parámetros tenidos en cuenta por el a quo para determinar el monto punitivo impuesto y hace referencia a que integran el tipo penal por lo que no pueden ser considerados para agravar la pena.

Discrepa con que las prácticas sexuales imputadas sean depravadas y perversas, afirma que tales actos tienen contenido erótico y puede decirse que son perversos dado que pretenden satisfacer deseos propios pero que no son “actos antinaturales con idoneidad para depravar o corromper” y que la perversidad es una patología distinta a la perversión que no fue verificada en debate; además, aclara que si bien no es natural “tener sexo con una niña o contra la voluntad de un sujeto, [...] ello no vuelve las relaciones sexuales en depravadas más allá del mismo tipo penal...” (fs. 659/vta.).

Expresa que la extensión del daño causado como grado de afectación al bien jurídico, entendido en forma puramente objetiva, frecuentemente carece de relevancia como criterio cuantificador de la pena; que sólo puede tenerse en cuenta el que asumiera el imputado. Destaca que se acreditó en debate que tras la terapia la niña había mejorado, que “...el daño psíquico y sexual, dada sus probadas posibilidades de pronta resolución en el marco terapéutico natural en relación a la afectación, afortunadamente no es grave (como para fundar agravante), no va más allá de la propia afectación al bien jurídico tutelado...” (fs. 659 vta. y 670/vta.).

En relación a la diferencia de edad entre víctima-victimario afirma que no puede serle atribuido al autor porque no es causado por él y si bien es conocida por el imputado, a su parecer no es reprochable penalmente bajo la forma de cuantificación de pena; en todo caso, hace notar que si se considera la edad de la víctima, ello integra el tipo penal; como así también que no se indicaron las condiciones personales que agravaron la pena y que en cuanto “...a las ‘cuasi familiares’ ya se penalizaron con la agravante por la condición de guardador...” (fs. 670).



Alude a que la indefensión de la menor también utilizada para cuantificar la pena, no aparece en autos como causada por el autor ni atribuible a él; que no se menciona en qué consiste la misma, pero que si se trata de la edad de la niña -como ya lo expresara- integra el tipo penal y si se refiere “al abandono que de la niña habría hecho su madre [...] (aspecto valorado en la sentencia)...”, no puede serle atribuido el hecho de otro al imputado (fs. 670).

Cita doctrina y jurisprudencia.

Hace reserva del caso federal.

II.- Que luego de analizado el recurso, la sentencia cuestionada así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos de la Defensa, soy de opinión –y así lo propongo al Acuerdo– que la casación deducida debe ser declarada improcedente.

Previamente, es dable señalar que esta Sala comparte lo atinente a “... las exigencias derivadas de la obligación de inspección amplia que en materia de prueba ha sido impuesta al órgano casatorio por la Corte Suprema [doctrina del caso “Casal”, LL, 2005-E-657, JA, 2005-IV-734]. Así, si se tiene en cuenta el *máximo* esfuerzo revisor exigido en relación a ella (la prueba producida), parece consecuencia necesaria e ineludible de esa obligación que dicha inspección amplia sea precedida de elementos instrumentales acordes a ella, que la tornen así materialmente posible (en especial, como se señala en aquel fallo, respecto de la prueba testimonial –aun recogidos por vía estenográfica-)...” (NAVARRO, Guillermo Rafael y Roberto Raúl DARAY: “CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL”. Tomo 2. Ed. HAMMURABI. 3ª Edición. Bs. As. 2008, pág. 1154). También cabe recordar que, en principio, quedan fuera de la revisión casatoria aquello que surja de manera directa y excluyente de la intermediación “...y la derivada de las *impresiones personales de los jueces* sobre los testigos en tanto estas fueran racionalmente fundamentadas...” (CAFFERATA NORES, José I.: “PROCESO PENAL Y DERECHOS HUMANOS”. CELS. Editores del Puerto. Bs. As. 2000, pág. 193).

Bajo tales parámetros, el resolutorio impugnado puede ser revisado en esta instancia en el marco de los agravios formulados y a partir de los elementos probatorios incorporados en la causa.

A) En relación al cuestionamiento de la intervención de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente como parte querellante y la pretendida inconstitucionalidad del artículo 96 ter de la normativa procesal, este Tribunal tiene sentado criterio -ya que tuvo la oportunidad de expedirse con anterioridad en similares planteos- en el sentido de sostener la constitucionalidad del artículo 96 ter del C.P.P.yC. (R.I. N° 176/11 “RIQUELME-REYNOSO”, reiterado en Acuerdos N° 21/12, 29/12, 100/12 y 64/13, entre otros), sin que existan razones para alejarse del mismo; por lo que este agravio no tendrá favorable acogida.

En efecto, “el 27/08/08 se sancionó la Ley 2605 que incorporó el Art. 96 ter al C.P.P.yC. que expresamente admite, en casos de delitos contra la integridad sexual, la intervención del Defensor de los Derechos del Niño y Adolescente, en representación de los intereses de la víctima menor, con las mismas facultades reconocidas al querellante particular, y aún cuando los representantes legales de la víctima se presenten en ese carácter.

La intervención que se debe dar a la Defensoría del Niño y del Adolescente es obligatoria por cuanto, su no intervención se encuentra conminada con sanción de nulidad –absoluta-. Asimismo, atento la remisión que hace el texto de la ley al artículo 59 del Código Civil. En tal sentido, el legislador neuquino consideró ‘necesaria’ y ‘esencial’ dicha intervención en las causas penales donde las víctimas por delitos contra la integridad sexual son menores de edad; convirtiendo así al respectivo funcionario en un sujeto imprescindible en este tipo de procesos, sin perjuicio de tener las facultades de un sujeto eventual, tal como lo es el querellante particular.

Igualmente, su falta de intervención conlleva la violación de garantías constitucionales previstas en tratados internacionales constitucionalizados –Art. 75, inc. 22, de la C.N.-, por ejemplo, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en la que se establece que: ‘Artículo 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior del Niño’.

En síntesis, la intervención necesaria en la ley ha sido prevista para resguardar los ‘intereses de la víctima menor’, por lo que su no intervención violenta la norma constitucional apuntada.

Atento lo dicho, de la interpretación armónica e integradora de la totalidad de la normativa que rige la protección de los derechos de niños/as y adolescentes se deduce que la incorporación de esta figura no se contraponen con la misma, sino que coadyuva a hacer efectivos los derechos y garantías previstos en ella. “Por un lado traduce la garantía de la defensa en juicio y debido proceso prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional, y asimismo responde a las pautas de la Convención de los Derechos en cuanto una mayor protección y defensa de los derechos, responde al ‘interés superior del Niño’ (art. 3 CDN), posibilita y garantiza ‘el derecho a ser oído’ (art. 12 CDN) como asimismo integra el contenido de la ‘protección y asistencia especial’ que debe garantizar el Estado (art. 20 y cc. CDN).

En el mismo sentido las (...) Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, donde se estableció que: ‘Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo’.

Por su parte, la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes N° 26.061, mantuvo la figura del asesor de incapaces y no la consideró incompatible con el Sistema de Protección Integral de Derechos, ya que no derogó ni modificó ninguno de los artículos del Código Civil que disponen su



intervención, aún habiendo creado la figura del abogado del Niño. Así lo declara expresamente el Decreto 415/06 Reglamentario de la Ley 26.061 al decir: "El derecho a la asistencia letrada previsto por el inc. c del art. 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Púpilar" (Cfr. Casey, María Inés: "Los niños víctimas de delitos y el rol del asesor de incapaces en el proceso penal", publicado en LLNOA 2011 (febrero), 1).

En consecuencia, la figura del Defensor del Niño y Adolescente –Art. 96 ter del C.P.P.yC.–, incorporada por Ley 2605 no contraviene la normativa constitucional y supranacional que rige la materia.

Sin perjuicio de lo expuesto, somos de opinión que la figura del Defensor de los Derechos del Niño y Adolescente prevista en el Art. 96 ter del C.P.P.yC. configura un tema de política criminal, razón por la cual, su participación en los delitos cuyas víctimas sean menores de edad –esté o no regulada en el rito local- no contradice la normativa nacional y supranacional mencionada *ut supra*." (cfrme. R.I. N° 176/11 "RIQUELME-REYNOSO" del registro de esta Sala Penal).

B) Sentado lo precedente, corresponde abordar las restantes críticas; a tal efecto, del análisis de estas actuaciones se desprende lo siguiente:

Por Expte. N° 165/10 de la Cámara en Todos los Fueros de la II Circunscripción Judicial tramitaron las causas N° 4581/09, 4683/09, 4701/09 y 4731/09 - acumulándose las tres últimas a la primera de las mencionadas- todas del registro del Juzgado de Instrucción N° 2 de Cutral Cò.

a) En primer lugar, los hechos que se tienen por acreditados en el pronunciamiento recurrido (fs. 621/652) son los siguientes:

1) Causa originaria N° 4581/09: "...que desde que la menor K. D. C. P., contaba con nueve (9) años de edad, aproximadamente, el imputado J. C. L. bajo intimidación y aprovechando la situación de convivencia preexistente, en razón de ser la pareja de la madre de la menor, la habría sometido a reiterados abusos sexuales consistentes en besos y tocamientos de zonas íntimas del cuerpo e introducción del dedo en la vagina, episodios que se llevaron a cabo en la vivienda alquilada en el barrio ... de Cutral Cò, cuando la menor dormía en una cama separada de la matrimonial por una estantería, y la madre de K. D. dormía por el consumo de medicamentos, oportunidad en que L. se trasladaba a la cama de la pequeña, se arrodillaba y la sometía a tocamientos en las zonas pudendas, besándola en la boca. Posteriormente la familia se traslada a la vivienda ubicada en calle ... frente al EPET n° 1 de esa ciudad, más luego a una casa ubicada en calle ..., teniendo K. D. 10 años de edad, L., siempre bajo amenazas y el uso de fuerza física, continúa sometiéndola a prácticas de contenido libidinoso las que se prolongaron hasta que la menor cumplió los 14 años de edad, consistentes en obligar a la joven a tener sexo oral, le decía que se agache, la tomaba de los cabellos y la obligaba a succionarle el pene hasta eyacular, pretendiendo manchar la cara con el semen, sometiéndola en forma habitual a estas prácticas y por un prolongado período de tiempo. Cuando la familia se hallaba establecida en el Barrio ... y la joven contaba con 15 años de edad, un día del mes de junio o julio de 2008, en horas de la tarde, en momentos que la madre se hallaba trabajando en la UAF barrial, L. aprovechó la situación, tomó a K. D. de los cabellos, le pegó un cachetazo en el rostro, la arrastró desde la cocina hasta la habitación y bajo amenazas la obligó a bajarse los pantalones y la bombacha, la arrojó sobre la cama, accediéndola carnalmente vía vaginal, sin que la joven pudiera resistir y defenderse de la fuerza física y agresividad verbal desplegada por su padrastro. Agresiones sexuales todas estas que motivaran que en noviembre de 2008 la menor abandone el hogar materno para radicarse en el de sus abuelos (fs. 636 vta./637).

2) Causa originaria N° 4683/09: "...que en fecha 16 de junio del 2009, siendo alrededor de las 09:30 horas, circunstancias en las que L., en compañía de dos personas aún no identificadas, se presentó en el establecimiento escolar CPEM n° 58 de la ciudad de Plaza Huincul, en momentos en que también arribaban a dicho lugar la menor K. D. C. –de dieciséis años de edad- y su tía C. P., circunstancias en las que J. C. L. comenzó a realizar gestos obscenos –tocándose sus partes íntimas- y asimismo a hacer señas amenazantes a la referida menor, tales como pasarse un dedo por el cuello, ello con el fin de alarmar y amedrentar a la joven, quien sintiera mucho temor por estimar razonablemente que L. le estaba dando a entender que la iba a matar, ya que con anterioridad se lo manifestó en muchas oportunidades..." (fs. 638).

3) Causa originaria N° 4701/09: "...el hecho acontecido en fecha 16 de junio de 2009 en horas de la tarde ocasión en que J. C. L. irrumpe en el domicilio sito en calle ... del Barrio ... de la ciudad de Plaza Huincul, propiedad de los abuelos maternos de la menor K. D. C. P. y sin mediar autorización de sus moradores, ingresó a dicho inmueble, en compañía de dos personas aún no identificadas..." (fs. 640).

b) De las actas de debate surge que se desarrolló los días 25/04/11 (fs. 570/584), 26/04/11 (fs. 585/595), 27/04/11 (fs. 596/603 vta.) y 02/05/11 (fs. 604/620 vta.).

En la primer audiencia, el imputado hizo uso de su derecho de no declarar por asesoramiento de su defensa técnica (fs. 578 vta.).

Luego, se recepcionaron las declaraciones testimoniales de: K. D. C. P. –víctima en autos- (fs. 578 vta./583), Licenciada Susana COLONNA, psicóloga forense (fs. 583/584), N. P. –abuela materna de la víctima- (fs. 585/vta.); C. A. P. –tía de la menor- (fs. 585 vta./587 vta.); S. A. P. –abuelo materno- (fs. 587 vta./588); M. I. P. B. (fs. 588/vta.); J. R. S. (fs. 588 vta./589 vta.); M. V. P. –madre de la víctima- (fs. 589 vta./592); A. F. H. –vecino- (fs. 592/593); L. A. P. (fs. 593/594 vta.); L. N. V. P. (fs. 594 vta./595); S. A. L. (fs. 596/597); E. V. S. (fs. 597/598) y G. R. E. –vecina- (fs. 598).

Se procedió a la exhibición del testimonio video grabado de la menor A. M. (fs. 598 vta.).

Previo a los alegatos, el imputado hizo uso de su derecho a declarar (fs. 598 vta./603).



Se incorporaron por lectura: Informes psicosociales de fs. 2/3, actuaciones de fs. 4/5, informe psicológico de fs. 11/12, informe médico de fs. 16/17, acta de nacimiento fs. 26, informe escolar de fs. 32, copias de actuaciones procesales de fs. 38/48, informe psiquiátrico de fs. 84/86, informe de fs. 145/146 y 202/203, testimonio de fs. 157/158, transcripción de fs. 189/197, entrevista psicológica de fs. 264/265, actas de denuncias de fs. 333 y 381/382 e informes de abono del imputado de fs. 115 y 457/458.

Para cerrar, constan los alegatos del Ministerio Fiscal (fs. 604/610 vta.), la querella (fs. 610 vta./612) y la Defensa (fs. 612 vta./619); como así también, la réplica del Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Santiago TERÁN (fs. 619/vta.) y de la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, Dra. Natalia STORNINI –quien adhirió a la réplica fiscal y amplió argumentos- (fs. 619 vta./620), haciendo uso de la última palabra, la Sra. Defensora Oficial, Dra. Marisa MAUTI (fs. 620) y por último, el imputado (fs. 620/vta.).

C) Atendiendo a las constancias del legajo, estimo que la respuesta dada por el tribunal a quo luce como jurídicamente adecuada.

C.1) En cuanto a la pretendida arbitrariedad y falta de motivación de la sentencia, entiendo que no es tal.

Respecto a la motivación de las sentencias, la doctrina sostiene que “...es la exteriorización por parte del juez o tribunal de la justificación racional de determinada conclusión jurídica. Se identifica, pues, con la exposición del razonamiento. No existiría motivación si no ha sido expresado en la sentencia el por qué de determinado temperamento judicial [...] En nuestro derecho positivo ‘falta de motivación’, se refiere tanto a la ausencia de expresión de la motivación –aunque ésta hubiese realmente existido en la mente del juez- cuanto a la falta de justificación racional de la motivación que ha sido efectivamente explicitada...” (DÍAZ CANTÓN, Fernando: “LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL Y OTROS ESTUDIOS”. Ed. Del Puerto. 1º Edición. Bs. As. 2005, pág. 99). Además, “...la motivación debe ser suficiente, esto es, estar constituida por elementos aptos para producir razonablemente un convencimiento cierto o probable sobre el hecho, por su calidad. Violaría esta regla la sentencia que se sustentara, como única prueba, en el testimonio de un demente al que le falta la salud necesaria para comprender y relatar lo visto y oído...” (DE LA RÚA, Fernando: “LA CASACIÓN PENAL”. Ed. Depalma. 1994. En Abeledo Perrot on line N° 5301/001156).

En las presentes actuaciones, el tribunal a quo describe los hechos atribuidos al imputado y la calificación pretendida conforme las requisitorias de elevación a juicio del Ministerio Fiscal (fs. 621/622) y de la parte querellante (fs. 622 vta./623), hace referencia a los alegatos y réplicas de las partes (fs. 623/624), como así también, a lo manifestado por el imputado al cierre del debate (fs. 624). Luego, se encauza el análisis hacia la determinación de la materialidad y autoría de los hechos materia de juzgamiento.

El Dr. Pablo G. FURLOTTI –camarista preopinante-, respecto a cada uno de los hechos atribuidos a L., reseña los antecedentes de la causa y valora los elementos probatorios producidos e incorporados en autos (fs. 624 vta./635 vta., 637/vta., 638 vta./639 vta.), como así también, analiza los argumentos de la Defensa expuestos en los alegatos (fs. 635 vta./636 vta., 638, 640). Tras lo cual, concluye que ha quedado debidamente acreditada la materialidad de los sucesos fácticos conforme la descripción reseñada en los puntos B.a) 1, 2 y 3, como así también, la responsabilidad de J. C. L. como autor penalmente responsable de los mismos (fs. 636 vta./637, 638/vta. y 640).

En relación al planteo defensorista asociado a los hechos contra la integridad sexual -causa N° 4581/09 de Instrucción-, cabe poner de relieve que el Dr. FURLOTTI destaca la declaración de la menor víctima prestada en el debate (fs. 625/626 vta.), entendiendo que se encuentra corroborada con los testimonios –cada uno en su respectivo tópico- de: C. P. (fs. 626 vta./627 vta.), S. A. P. (fs. 627 vta./628), L. A. P. (fs. 628/628 vta.), A. I. M. –en Cámara Gesell exhibida en el debate- (fs. 628 vta./629 vta.), E. V. S. (fs. 629 vta.), M. I. P. B. (fs. 629 vta./630), J. R. S. (fs. 630/vta.) y A. F. H. (fs. 630 vta./631).

Además, expone que el relato de la víctima en el debate es preciso y coincidente con el prestado ante la Licenciada Susana COLONNA, profesional forense y se encuentra corroborado por los informes psicológicos incorporados por lectura –refiere el contenido de los obrantes a fs. 11/12 y 264/265- y con el testimonio de la mencionada profesional en el debate, en el que refuerza las conclusiones de dichos informes. En este punto, analiza la crítica que realizara la Defensa en los alegatos respecto a la participación de la Lic. COLONNA, destaca que esa parte no impugnó los informes psicológicos –en la oportunidad procesal correspondiente- no logrando los argumentos de la defensa técnica “...refutar en modo alguno las conclusiones científicas a la que arribara la experta conforme su ciencia y saber, las que a su entender se encuentran debidamente fundadas y resultan concordantes con el resto de la prueba producida, lo que motiva que no se aparte de ellas...” (fs. 631/633). Agrega que la versión de la víctima también se encuentra corroborada por el informe del Dr. Tubalcain Eduardo FERNANDEZ, médico forense, de fs. 16/17 y la testimonial de ese galeno de fs. 260 incorporada por lectura con la conformidad de las partes, “...que dan cuenta del estado en el cual se encontraba la vagina y los pechos de la niña, las lesiones existentes y la naturaleza del elemento causal que provocó la dolencia...” (fs. 633).

Ello resulta acorde a la doctrina fijada por este Tribunal Superior, sobre todo cuando se trata de delitos cometidos en la intimidad, en el sentido de que el testimonio de la víctima puede integrar la prueba de cargo suficiente para desvirtuar el estado de presunción de inocencia. Ello así pues, de otra manera, se crearían espacios de impunidad inaceptables (Acuerdo N° 1/98 “TORRES”). Esto no supone que simplemente



baste con la existencia de tales dichos; antes bien será necesario un análisis profundo, su cotejo con información científica que permita establecer su fiabilidad y la existencia de otros elementos de corroboración periférica; todo lo cual se verificó en la presente causa.

El a quo también analiza el descargo efectuado por el imputado en el debate (fs. 634 vta./635) y la declaración testimonial de M. V. P. –madre de la víctima- (fs. 635/vta.), cuyos dichos pretenden desacreditar a su hija y a los demás testigos; el Dr. FURLOTTI no considera creíble la versión de la Sra. V. P. atento al material probatorio anteriormente reseñado y en particular, al testimonio de R. E. –vecina- que contradice lo expuesto por la madre de la menor, negando que hubiera visto entrar a alguna persona por el balcón de la casa de su vecina. Además, se hace referencia al testimonio de S. A. L. –amiga del imputado y su concubina-, que a criterio del camarista votante, en realidad, nada aporta para dilucidar los hechos, ya que ocurrieron cuando estaba solamente la madre de la menor presente “...por lo que es lógico pensar que cuando iba esta mujer de visita la situación en la vivienda fuera de normalidad...” (fs. 635 vta.).

Lo transcripto ya permite verificar el razonamiento seguido por el camarista preopinante a partir de los elementos de convicción producidos e incorporados en el debate e incluso, se da una correcta respuesta a los planteos de la Defensa efectuados en oportunidad de los alegatos y que fueron reeditados en esta oportunidad.

En cuanto al argumento defensorista acerca de que el testimonio de la víctima resulta desvirtuado por los dichos de su amiga A. M. y las cartas reconocidas en el debate por la menor C. P., cabe agregar que tal apreciación no es correcta, atento a que la menor A. da cuenta de lo que ella percibe durante las horas del día, cuando hay varias personas en la vivienda, pero no está presente durante las noches o momentos en que suceden los hechos aquí acreditados; es más, esa testigo claramente expone que una noche que se quedó a dormir –en la casa de la víctima- vivió una situación extraña al encontrarse ya acostada, sola y el imputado habérsele acercado con aparentes intenciones de darle un beso (fs. 189/197). Similar razonamiento cabe respecto a las cartas reconocidas por la víctima en el debate –algunas escritas por la menor A.-, se puede apreciar que son manifestaciones de niñas que por su edad necesitan el afecto y cuidado de sus padres o de los mayores con los que conviven, por lo que su contenido en nada desvirtúa lo manifestado en torno a la ocurrencia de los hechos atribuidos a L..

El testimonio de V. P. tampoco le resta credibilidad a los dichos de su hija, dado que por un lado, el imputado es su pareja y el padre su otro hijo, circunstancia a tener en cuenta para meritar su relato y por otro, la declaración de la víctima no sólo resulta corroborada por los testimonios ya referidos sino también por los informes psicológicos (fs. 11/12 y 264/265) y médico (fs. 16/17). Este último resulta de suma importancia atento a que los resultados del examen médico –realizado el 21/04/09- son compatibles con la versión de la menor; en el correspondiente informe se lee que, la inspección permite considerar lo siguiente: “Región mamaria: Manchas hiperpigmentadas difusas, que comprometen cuadrante superior externo de mama derecha y cuadrante inferior interno de mama izquierda respectivamente. Estas lesiones, resultan compatibles con mecanismos de succión, sobre el tejido, con secuelas actuales en fase evolutiva de reabsorción. Examen paragenital: La inspección, despierta dolor en la examinada, no comprobándose al momento actual, lesiones médico legales. Examen genital: La inspección, permite comprobar himen con signos evidentes de desgarros, en horas 3 y 9 que llegan hasta la base de implantación, resultando los mismos, análogos a los que produciría la penetración de un cuerpo rígido y duro, tal como un pene en erección. Respecto de su estado evolutivo, dice que resulta mediata, es decir no reciente, con los bordes cicatrizados en su totalidad. Examen Anal: La inspección, no permite considerar lesiones médico legales...” (fs. 16/17).

En referencia a la pericia psicológica y el testimonio de La Licenciada COLONNA, el cuestionamiento de la Defensa a tales elementos de convicción fue adecuadamente tratado en la sentencia, tanto por el Dr. FURLOTTI (fs. 631 vta./633) y por la Dra. Alejandra BARROSO (fs. 649 vta./650) sin que en el recurso se hubiese intentado, al menos, rebatir lo allí expuesto por lo que el mismo luce inmotivado. Asimismo, se advierte que en el libelo recursivo se critica la actuación del magistrado considerando que se excede al aludir que la Defensa no impugnó la pericia realizada y que no propuso la realización de una nueva con otro profesional, al respecto, entiendo que no se configura dicho exceso ni se atenta contra el principio de inocencia, ya que si bien la prueba de cargo le corresponde al Ministerio Fiscal, ello no es óbice para que la Defensa proponga la de descargo, si esto hace al mejor ejercicio del derecho de defensa del imputado.

Además, del voto del Dr. FURLOTTI –al que adhieren las restantes camaristas- surgen los fundamentos referentes a la calificación dada a los hechos acreditados, para ello enmarca su razonamiento en las propuestas por el Ministerio Fiscal y la parte querellante y luego, con cita de prestigiosa doctrina y jurisprudencia, califica los ilícitos como ABUSO SEXUAL SIMPLE CONTINUADO, ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL –UN HECHO- todos ellos AGRAVADOS POR LA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE, EN CONCURSO REAL (artículos 119 párrafos primero, segundo, tercero y cuarto inciso b y 55 del Código Penal) y AMENAZA SIMPLE –UN HECHO- y VIOLACIÓN DE DOMICILIO EN CONCURSO REAL (artículos 149 bis primer párrafo, 150 y 55 del digesto sustantivo) (fs. 641/648 vta.).

Por último, las Dras. Alejandra BARROSO (fs. 649/650) y Carina B. ALVAREZ (fs. 650 vta./651), aportan sus consideraciones y adhieren al voto del Dr. FURLOTTI en cuanto a la materialidad de los ilícitos que considera acreditados, la participación del imputado en los mismos y la calificación legal correspondiente.



En consecuencia, estimo que la sentencia en crisis se encuentra debidamente motivada, el tribunal a quo aporta las razones que justifican la decisión adoptada, a partir de una adecuada valoración de los elementos de convicción producidos e incorporados en la causa, apreciados de modo conjunto y de conformidad con las reglas de la sana crítica racional; de tal modo que permite alcanzar la certeza necesaria para el dictado de una sentencia penal condenatoria, desechando toda clase de duda razonable sobre la materialidad de los hechos descriptos en los puntos B.a) 1, 2 y 3, la participación de J. C. L. en los mismos y la calificación legal arribada.

C.2) Respecto al restante agravio asociado a la inobservancia de la ley sustantiva en orden a la calificación legal de los ilícitos contra la integridad sexual, tampoco podrá prosperar.

La Defensa pretende que los hechos calificados por el a quo como “abuso sexual simple continuado” por su prolongación en el tiempo conformen un solo tipo penal, el de “gravemente ultrajante” y “no varios hechos punibles”.

Al respecto, el tribunal a quo tiene por acreditados hechos que tienen lugar en distintos períodos y de distinta forma de realización; son las distintas circunstancias de modo las que llevan al distingo entre aquellos que se subsumen sólo en el abuso sexual simple y los que, por el carácter degradante de la conducta son calificados como gravemente ultrajantes.

A partir de la reforma operada por la ley 25.087, el artículo 119 del Código Penal estableció tres gradaciones específicas respecto de los abusos sexuales: el abuso sexual simple, el abuso sexual gravemente ultrajante y el abuso sexual con acceso carnal (artículo 119, primer, segundo y tercer párrafo respectivamente, del Código Penal).

A la tradicional distinción entre el Abuso Sexual Simple (anterior Abuso Deshonesto) y el Abuso Sexual con Acceso Carnal (la conocida Violación), se agregó la figura intermedia del “gravemente ultrajante”, que viene a captar aquellos casos en que si bien el ultraje a la integridad sexual no alcanzaba a configurar un acceso carnal, resultaba mucho mayor que los casos que tradicionalmente se encuadraban, sin otro remedio, en aquella calificación más benigna. En este sentido, prestigiosa doctrina ha sostenido que “la diferenciación fue acertadamente introducida por el legislador porque es indudable que hechos de tamaña gravedad no podían estar reprimidos con la misma pena que un furtivo tocamiento de nalgas o senos en una colectivo repleto de pasajeros” (GAVIER, Enrique Alberto: “DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL”. Ed. Marcos Lerner. Córdoba, pág. 29). Al devenir de estos actos un mayor ultraje para la víctima, es lógico que la sanción aplicable para su autor debe resultar más severa que en los supuestos de abuso sexual simple.

Ahora bien, la Defensa pretende que todos los hechos –calificados por el a quo como abusos sexuales simple y gravemente ultrajante- integren un solo tipo por su sola duración en el tiempo; entiendo que el planteo no puede prosperar ya que, siguiendo a prestigiosa doctrina, se entiende que “...hay delito continuado cuando: a) hay dolo unitario, b) repetición de la afectación típica del mismo bien jurídico, que admite grados de afectación, c) realizada en forma similar, y d) cuando la conducta implica una injerencia física en la persona del titular, identidad física del titular...” -el resaltado con negrita me pertenece- (ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL”. 6° Edición 1° Reimpresión. Ed. EDIAR. Bs. As. 2002, pág. 625) y precisamente, en esta causa, la naturaleza del accionar del imputado fue mutando conforme avanzaban los años, quedó acreditado que al principio se trataban de tocamientos impúdicos (abusos sexuales simples continuados durante un determinado período) pero luego, su conducta varió y por las circunstancias de modo fue calificada correctamente como gravemente ultrajante por el a quo. Además, la doctrina sostiene que “...[n]o cualquier duración en el tiempo agrava, sino aquella que es de tal forma que aumenta el sometimiento y lo hace gravemente ultrajante...” (DONNA, Edgardo Alberto: “DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL”. Tomo I. 3° Edición actualizada 1° Reimpresión. Ed. Rubinzal–Culzoni. Santa Fe. 2008, pág. 550).

En función de lo expuesto, y conforme a las constancias obrantes en la causa, considero que la calificación legal dada por el tribunal a quo resulta correcta.

C.3) Monto de pena: Tras el examen de los fundamentos dados por los camaristas en el presente caso, estimo que la pena impuesta a L. se ajusta a los parámetros establecidos por los artículos 40 y 41 del Código Penal.

Al respecto, cabe destacar que se realizó un adecuado tratamiento en torno a las circunstancias a considerar y el monto de pena a aplicar, dado que el Dr. FURLOTTI propuso una pena mayor a la efectivamente impuesta (fs. 648 vta./649), arribándose a “catorce” años de prisión por mayoría, a propuesta de la Dra. Alejandra BARROSO (fs. 650/vta.) a la que adhirió la Dra. Carina ALVAREZ (fs. 651/vta.).

El Dr. FURLOTTI tuvo en consideración “...la naturaleza de la acción, en efecto el imputado L. a los fines de satisfacer sus deseos sexuales efectuó prácticas depravadas en una menor de edad, y el modo perverso utilizado [...] resulta indudable que el comportamiento desplegado por L. trajo aparejado un grave daño en la integridad psíquica y sexual o vida de relación de la menor, circunstancia ésta que se desprende de los dictámenes de los expertos y del propio relato de la víctima [...] también resalta la diferencia de edad observada entre víctima y victimario, las condiciones personales y cuasi familiares existentes entre los nombrados, la indefensión de la menor, el prolongado tiempo en que se llevaron a cabo las prácticas vejatorias contra la integridad sexual de la niña, la modalidad del suceso emprendido el cual aparece como preordenado...”. Asimismo, como atenuantes tuvo en cuenta los informes de abono del imputado y la falta de antecedentes condenatorios (fs. 649).



En tanto, que la Dra. Alejandra BARROSO para individualizar la pena considera como circunstancia agravante "...la extensión del daño provocado a la víctima, en cuanto ha quedado acreditado que ésta ha sufrido un daño psicoemocional como consecuencia de los hechos perpetrados sobre su persona, que ameritan que la misma reciba tratamiento psicológico prolongado. Así la psicóloga forense consigna en su informe de fs. 264/265 que el abuso sexual ha generado en la joven, conflictos, secuelas y un incremento del padecimiento psíquico [...] agregó que esas secuelas eran en todo el orden de la vida de la niña, lo cual da una pauta de la magnitud del injusto. Estas secuelas fueron de alguna manera verbalizadas por la víctima en debate, al manifestar sus problemas de relación con el otro sexo, que no quería tener novio y que le daban `asco` (sic) los hombres [...] Asimismo, [...] las circunstancias en que los hechos se produjeron, la particular violencia física y psicológica, llegando hasta amenazar a la niña con matarla o a sus familiares. Tiene en consideración también la corta edad de la niña al comenzar a perpetrarse los hechos, ya que a esa época contaba con tan sólo 8 ó 9 años de edad, con la consiguiente indefensión por parte de ésta, y el prolongado tiempo que duró el sometimiento, esto es aproximadamente entre 5 ó 6 años, hasta que la niña cumplió 14 ó 15 años..." (fs. 650/vta.). Como atenuantes tiene en cuenta las ya señaladas por el Dr. FURLOTTI.

Ahora bien, cabe destacar que además de lo expresado por los señores camaristas, no puede desconocerse que el fundamento de la pena aplicada surge también de todo el contenido de la sentencia. En tal sentido, en cuanto a la referencia que hizo el Dr. FURLOTTI de las prácticas depravadas y perversas como circunstancia agravante, de la lectura íntegra de su voto concluyo que refiere a las características particulares de los actos contra la integridad sexual examinadas en la presente causa -en especial, las de los últimos períodos-, siendo la naturaleza del acto uno de los parámetros legales a tener cuenta a los fines de individualizar la pena.

Igual consideración merece lo atinente a la extensión del daño causado, aunque la Defensa pretende minimizar las consecuencias del accionar del imputado, lo cierto es que, en la presente causa, ha quedado debidamente acreditado y fundado el daño producido a la integridad psíquica y física de la menor víctima. En lo atinente a la diferencia de edad entre la víctima y victimario cabe aclarar que el tipo penal requiere que el sujeto pasivo sea menor de trece años y lo que los camaristas tienen en cuenta para graduar la pena es la temprana edad (nueve años) de la víctima al momento de iniciar el imputado con su accionar, estimo que a menor edad se considera mayor la indefensión de la víctima.

Además, la Dra. BARROSO advierte la violencia física y psicológica ejercida por L. en la menor, parámetro que no se encuentra comprendido en la tipicidad desde el inicio de los ataques sexuales (nueve años) hasta los trece años de la víctima y la prolongación en el tiempo del sometimiento es otra pauta tenida en cuenta para determinar la pena que no constituye un elemento del tipo en los delitos de abuso sexual simple ni en el calificado por el acceso carnal.

En este punto, resulta conveniente aclarar que no se vislumbra la alegada vulneración al ne bis in ídem por cuanto, para la tipicidad es necesario verificar la existencia de los distintos elementos configurativos de cada tipo penal, mientras que ello no obsta a considerar a los fines de la determinación de la pena, la intensidad de las circunstancias concretas que se presentan en cada caso y que hacen a la naturaleza de la acción.

Por último, se sostiene que "...la escala penal del delito de que se trate establece un parámetro para la individualización de la pena, sólo puede ser fijada teniendo en cuenta cuál es el mínimo y cuál es el máximo, pues sólo en esa relación puede continuar reflejando la importancia de la contrariedad al derecho que ha implicado el hecho..." (ZIFFER, Patricia en BAIGÚN, David y Eugenio Raúl ZAFFARONI -Dirección: "CÓDIGO PENAL Y NORMAS COMPLEMENTARIAS. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL". Tomo II. Ed. Hammurabi. Bs. As. 2002, págs. 60/61).

De lo expuesto se infiere que se ha cumplido acabadamente con el deber que tiene todo magistrado de ajustar, fundadamente, la pena a la escala penal aplicable al caso; corresponde destacar que L. fue condenado por los delitos de ABUSO SEXUAL SIMPLE CONTINUADO, ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL -UN HECHO- TODOS ELLOS AGRAVADOS POR LA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE, EN CONCURSO REAL (artículos 119 párrafos primero, segundo, tercero y cuarto inciso b y 55 del C.P.) y AMENAZA SIMPLE -UN HECHO- Y VIOLACIÓN DE DOMICILIO EN CONCURSO REAL (artículos 149 bis primer párrafo, 150 y 55 del Digesto sustantivo), al tratarse de un concurso real, la pena correspondiente se debe graduar entre el mínimo mayor (ocho años) y como tope la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a dichos ilícitos, la que -en este caso- supera el máximo permitido por el último párrafo del artículo 55 del Código Penal, por lo que debe fijarse en cincuenta años, de lo que se concluye que la pena impuesta ha sido graduada sustancialmente más cerca de su mínimo legal (artículos 55, 119 párrafos primero, segundo, tercero, cuarto inciso b y último párrafo; 149 bis primer párrafo y 150 del Código de fondo).

Por todo lo expuesto, considero haber fundado la razón por la cual, la casación deducida, debe ser declarada improcedente.

La Dra. Lelia Graciela MARTÍNEZ de CORVALÁN dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión.

A la tercera cuestión, el Dr. Antonio Guillermo LABATE dijo: Atento a la respuesta dada a la cuestión precedente, el tratamiento de la presente deviene abstracto. Mi voto.



La Dra. Lelia Graciela MARTÍNEZ de CORVALÁN dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, el Dr. Antonio Guillermo LABATE dijo: Sin costas en la instancia (artículo 493 del C.P.P.yC.). Mi voto.

La Dra. Lelia Graciela MARTÍNEZ de CORVALÁN dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE: I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano estrictamente formal el recurso de casación interpuesto a fs. 654/670 vta. por la señora Defensora de Cámara Subrogante, Dra. Marisa Fabiana MAUTI, a favor de J. C. L.. II.- RECHAZAR la impugnación antedicha por no verificarse los agravios que allí se exponen. III.- SIN COSTAS en la instancia (artículo 493 del C.P.P.yC.). IV.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las presentes actuaciones a la Cámara de origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación, por ante el Actuario, que certifica.

Dr. ANTONIO G. LABATE - Dra. GRACIELA M. de CORVALÁN

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario

[Volver al índice](#) - [Por Organismo](#)
[Por Tema](#)
[Por Carátula](#)

"ANTIÑIR PATRICIO - ANTIÑIR DANIEL Y GONZALEZ POO ROBERTO S/ HOMICIDIO" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 151/2013) – Acuerdo: 186/13 – Fecha: 16/12/2013

DERECHO PENAL: Participación criminal.

DELITO CONTRA LAS PERSONAS. HOMICIDIO SIMPLE. COAUTORIA. INTERVENCIÓN RELEVANTE.

Este Cuerpo en numerosos precedentes ha sostenido en relación al concepto de co-autoría que:“(…) Cuando ese delito es perpetrado por varias personas, actuando en consuno, estos son coautores por concurrir a la comisión objetivamente y subjetivamente, aunque se trate de un accionar autónomo, pero siempre tomando parte esencial en la ejecución del hecho. Habida cuenta de lo señalado, resulta necesario afirmar que no existe una regla general sobre quien debe responder y quien no a título de autor, coautor o partícipe, por cuanto la esencialidad del aporte de aquel que resulta sindicado en el hecho delictivo no puede ser aprehendido en forma abstracta sino en el marco concreto y efectivo de un plan delictivo delineado” (R.I. n° 27/1999, “Muñoz, Carlos Alberto- López, Juan Bautista s/ Homicidio”). Es que,“(…) suponiendo la coautoría una división de tareas en el ámbito de la ejecución del delito, tal carácter no sólo lo adquieren quienes cometen actos típicamente consumativos sino también como ocurre en autos con el recurrente (...) - aquellos que 'cumplen actos que ayudan o complementan dichos actos [esto es: los consumativos]'...” (Acuerdos n° 09/2002 “Barrera González”, 24/2003, “Hernández, Hernán Juan Evangelista”, R.I. 14/2006 “Linconao, Juan Ariel”, entre otros).

En doctrina se ha sostenido que:“Puede suceder que en un delito concurren varios autores. Si los varios autores concurren en forma que cada uno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica, como si cinco personas descargan puñetazos contra una sexta causándole todos lesiones, habrá una coautoría que no admite dudas, pues cada uno tiene el dominio del hecho en cuanto al delito de lesiones que es propio. Pero también puede acontecer que los hechos no se desarrollen de esta manera, sino que haya una división de la tarea, lo que puede provocar confusiones entre la co-autoría y la participación. (...) Cuando tres individuos se combinan para matar a un tercero, y mientras dos de ellos le reducen y le mantienen indefenso, el tercero le apuñala, no hay tampoco un autor de homicidio, sino tres co-autores” (Zaffaroni, Eugenio Raul “Manual de Derecho Penal: parte general” Edit. EDIAR 6ta. Edic. 1era. Reimp. pág. 574).

Por otra parte, también se ha dicho que:“Para determinar cuándo hay un aporte sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer es de utilidad el criterio de la fórmula de la supresión mental de la teoría de la conditio sine qua non. Si se suprime mentalmente la aportación y la ejecución no se puede llevar a cabo, es evidente que se trata de un aporte necesario. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que no se



debe requerir una necesidad absoluta, sino que es suficiente con que la aportación sea “difícilmente reemplazable” en las circunstancias concretas de la ejecución.” (Enrique Bacigalupo “Derecho Penal-parte general” Edit. HAMMURABI, 2da. edic. 3era. Reimp. 2012 pág. 504).

En el hecho intervinieron tres sujetos con un claro reparto de tareas, sin que dimane que el aporte del imputado sólo fuera desplegado en el tramo inicial, sino, que se llevó a cabo durante todo el iter criminis y que se percibe como una porción del acontecimiento de entidad funcional e imprescindible, porque la superioridad numérica efectivamente posibilitó la consumación del hecho, tanto al impedir cualquier acto defensivo como cualquier resistencia que pudiera oponer la víctima o su pareja, lo que lo convierte en coautor por codominio del hecho al encontrarse en situación de poder decidir sobre la consumación.

Texto completo:

ACUERDO N° 186/2013: En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los dieciséis días del mes de Diciembre del año dos mil trece, se constituye la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los señores Vocales, Dres. ANTONIO G. LABATE y LELIA GRACIELA M. de CORVALÁN y con la intervención del señor Secretario, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para dictar sentencia en los autos caratulados “ANTIÑIR PATRICIO - ANTIÑIR DANIEL Y GONZALEZ POO ROBERTO S/ HOMICIDIO” (expte. n° 151 - año 2013) del Registro de la mencionada Sala; estableciéndose a dichos fines que, conforme al sorteo de práctica, los votos debían respetar el siguiente orden: Dr. Antonio G. Labate y Dra. Lelia Graciela M. de Corvalán.

ANTECEDENTES: La Cámara en lo Criminal Segunda de la Primera Circunscripción Judicial, con asiento de funciones en esta Ciudad, mediante Sentencia N° 5, del 8 de marzo de 2013, resolvió: “(...) I.- CONDENAR a DANIEL ALEJANDRO ANTIÑIR (...) como coautor penalmente responsable del delito de HOMICIDIO SIMPLE (art. 79 del C. Penal), a la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN EFECTIVA e INHABILITACION ABSOLUTA, por igual término y demás accesorias legales previstas por el art. 12 del C. Penal) (...) II.- CONDENAR a PATRICIO JUAN ANTIÑIR (...) como coautor penalmente responsable del delito de HOMICIDIO SIMPLE (art. 79 del C. Penal), a la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN EFECTIVA e INHABILITACION ABSOLUTA, por igual término y demás accesorias legales previstas por el art. 12 del C. Penal) (...) III.- CONDENAR a ROBERTO MIGUEL GONZALEZ POO (...) como PARTICIPE SECUNDARIO en el delito de HOMICIDIO SIMPLE (art. 46 y 79 del C. Penal), a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN EFECTIVA e INHABILITACION ABSOLUTA, por el mismo término y demás accesorias legales (art. 12 del C. Penal) (...)” (fs. 957/972).

En contra de tal resolución, dedujeron recurso de casación, el Dr. Juan Manuel Kees, en su carácter de defensor de Patricio Juan Antiñir (fs. 1003/1009); los Dres. Cesar Alejandro Alfaro y Marcos Ignacio Pastorutti, defensores de Daniel Alejandro Antiñir (fs. 1010/1021) y el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Alfredo Velasco Copello (fs. 1022/1024).

Por aplicación de la ley 2.153 de reformas del Código Procesal (ley 1.677), y lo dispuesto en el art. 424 párrafo 1° del C.P.P. y C., ante el requerimiento formulado, el señor Fiscal ante el Cuerpo, Dr. José Ignacio Gerez, amplió fundamentos (fs. 1119/1120), por lo que a fs. 1128 se produjo el llamado de autos para sentencia.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el art. 427 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1°) ¿Resultan formalmente admisibles los recursos de casación interpuestos?; 2°) ¿Son procedentes?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo:

- a) Los escritos fueron presentados en término, por ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, revistiendo el mismo el carácter de definitivo pues pone fin a la causa.
- b) Además, las impugnaciones resultan autosuficientes porque de su lectura se hace posible conocer como se configuran -a juicio de los recurrentes- los motivos de casación aducidos y la solución final que proponen.

Por ello, entiendo que corresponde declarar la admisibilidad formal de los recursos.

La Dra. LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

A la segunda cuestión el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: I.- En contra de la sentencia n° 5/2013 (fs. 957/972), emitida por la Cámara en lo Criminal Segunda de la Primera Circunscripción Judicial, con asiento de funciones en esta Ciudad, interpuso recurso de casación el Dr. Juan Manuel Kees, en su carácter de defensor de Patricio Juan Antiñir (fs. 1003/1009); los Dres. César Alejandro Alfaro y Marcos Ignacio Pastorutti, defensores de Daniel Alejandro Antiñir (fs. 1010/1021) y el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Alfredo Velasco Copello (fs. 1022/1024).

A) Recurso del señor defensor del imputado Patricio Juan Antiñir: fundó su escrito recursivo en dos aspectos que compendió de la siguiente forma:

- 1) Ausencia de contradicción en cuanto al pedido de pena: Evaluó, que el titular de la acción solicitó en su alegato la aplicación de la pena de prisión perpetua para su asistido, en el entendimiento que la calificación legal aplicable al hecho atribuido era la de Homicidio calificado por



el concurso premeditado de dos o más personas (art. 80 inc. 6° de la norma de fondo), pedido al que adjetivó de “condicionado por la letra del Código Penal” –fs. 1007- de allí, conforme su visión, no tomó en consideración la pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 de la ley sustantiva.

En ese sentido, razonó que al haberse resuelto por el voto unánime de los jueces que el suceso debía subsumirse en el tipo penal previsto por el artículo 79 del Código Penal, no se contó con la opinión del acusador público respecto del monto de pena requerido para esa calificación legal, cuya escala determina la posibilidad de aplicar una pena de 8 a 25 años de prisión.

De allí, valoró que si el fiscal no solicitó una pena concreta por el delito de homicidio simple y del pedido punitivo para otro tipo penal no emergen fundamentos que justifiquen una sanción que supere el mínimo de pena aplicable, el tribunal de juicio sólo puede imponer el monto menor de pena.

Caso contrario, refirió, se confundiría la función del acusador con la del juzgador, lesionando la garantía de juez imparcial, asimismo que la acusación justifique la imposición de pena y la posibilidad de ejercer la defensa frente a ello.

Finalmente, en lo que a éste tópico respecta, adujo que al reconocer su asistido la participación en el hecho, asumió la aplicación del mínimo de pena, lo que también fue propuesto por la defensa, planteo al que el fiscal no se opuso, suponiendo en consecuencia la conformidad de este.

2) Deficiente motivación de la determinación de la pena: Aludió que además de las pautas mensurativas de los artículos 40 y 41 del Código Penal, como fundamento de la sanción punitiva, deben evaluarse los fines de la pena así como sus reales condiciones de ejecución. Ponderó, que en el caso sometido a estudio al no haberse valorado agravantes, por aplicación del principio in dubio pro reo, debió aplicarse el mínimo legal.

B) Recurso de la asistencia letrada de Daniel Alejandro Antiñir, cuestionó el pronunciamiento en análisis por los motivos que a continuación se reseñan:

1) Siguiendo el orden de los agravios traídos en el documento recursivo, comenzó por denunciar la violación de los arts. 18 y 118 de la Constitución Nacional, arts. 63 y 64 de la Constitución Provincial, art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica y art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos todo ello en razón de la inobservancia de los arts. 363 y 369 del ritual local.

Alegó, que se incurrió en una errónea aplicación de normas procesales y constitucionales de valoración de la prueba, que contradice el principio de inocencia, juicio previo y razón suficiente, lo cual representa una incorrecta subsunción legal de la conducta de su asistido y el descarte de posibilidades que mejorarían su situación.

Conforme su punto de vista, se ha prescindido del sistema de “libres convicciones y sana crítica racional” –fs. 1016 vta.-, no se ha respetado el principio de razón suficiente al analizarse de modo contradictorio la prueba producida, se omitió el análisis de prueba dirimente y se incurrió en arbitrariedad por falta de fundamentación normativa.

Concretamente razonó, que la acusación se encontró con una primera dificultad, que se sostuvo a lo largo del proceso y que el tribunal “desmereció” (fs. 1018).

Citó, a modo ejemplificativo y adjetivó como “falso”, lo expresado por la Cámara a-quo al decir, “...Ya ingresando a los motivos que descartan la verosimilitud de la mentada conspiración, entiendo que el escaso lapso de tiempo que transcurre desde el hecho hasta la declaración de Yesica Cañete en Comisaría (4.40hs) echa por tierra la posibilidad material de haber pergeñado “una cama” en virtud de la enemistad entre la familia Cañete...”, etc.)”. –fs. 1018-.

Puso en tela de juicio, la credibilidad de la declaración prestada por la testigo indicada (Yesica Cañete) de fs. 9, ratificada a fs. 122/123 y luego en el debate.

En esa línea argumentativa, dijo que, en su primer declaración –brindada luego de transcurridas dos horas desde la producción del hecho-, refirió -en prieta síntesis- que, luego del hospital, se subió a un vehículo de alquiler, que en el trayecto se encontró con su progenitora y su hermana, por lo que continuó el viaje a pie, en compañía de éstas, hasta su domicilio.

Ya en el debate, la testigo Cañete, negó una reunión posterior con Diego Antiñir, aunque reconoció haberse encontrado con su madre, su hermana y su hermano Marcos, lo cual entiende se contrapone con la declaración prestada por Diego Antiñir –fs. 11 vta.-, quien refirió haberla visto ya transcurrido el hecho en casa de su suegra –la madre de Yesica Cañete-.

Lo expuesto, los llevó a señalar que se ha demostrado, la existencia de una reunión que condujo a la testigo a modificar la realidad en lo relativo a la cantidad de personas que ejecutaron el suceso y la mecánica del mismo, teniendo en cuenta que del acta obrante a fs. 1 emerge que le manifestó al personal policial que los atacantes fueron dos con un sólo cuchillo.

Finalmente, en cuanto a éste testimonio, refirió que la presidente del Tribunal de Juicio desacreditó las particularidades señaladas mediante afirmaciones dogmáticas.

Añadió, que las declaraciones que sustentan la hipótesis defensiva, si bien fueron brindadas por personas cercanas al entorno de uno de los imputados, no habilita a quitarle valor probatorio, máxime como cuando en el caso de Graciela Casanova, su declaración prestada en instrucción coincide con la brindada en el juicio y en el caso de Cecilia Sánchez “desconoce que la unía una amistad con la familia Cañete, hasta que supo como habían ocurrido las cosas esa fatídica noche”. –fs. 1018 vta.-



Adujo, que existen dos versiones de los hechos, una de ellas sustentada por el acusador y la restante, por los imputados.

Volviendo al acta génesis del legajo, entendió, que al ser la misma labrada previo al traslado del occiso al nosocomio y la declaración testimonial de Yesica Cañete, recibida luego de transcurridas más de dos horas desde que se perpetrara el suceso, ese tiempo fue suficiente para incriminar a un tercero con quien la familia mantenía enemistad, e intentar colocar a los restantes partícipes en la “peor situación posible” –fs. 1018 vta.-.

Asumió, que la fiscalía mantuvo la imputación calificada por el concurso premeditado de dos o más personas, sin siquiera argumentar sobre la premeditación, puesto que de variar la acusación, se debilitaría el testimonio de Yesica Cañete y quedarían en evidencia las falencias de la investigación.

Además señaló, que no se procuró la individualización de otros testigos del hecho, cuando de los dichos de la testigo Cañete y de los imputados, emerge la existencia de otras personas que puedan dar cuenta de lo sucedido.

Refirió que ello, en modo alguno puede quitarle credibilidad a lo ilustrado por su defendido en debate, como tampoco puede recriminársele la oportunidad en la que declaró, porque esa decisión fue tomada con posterioridad a oír a la testigo Cañete.

Indicó que: “en ninguna de las declaraciones anteriores (9/10 y 122/123) nuestro defendido (y su hermano) tuvieron representación defensiva. Tal y no otro, es el motivo por el cual declararon después de haber escuchado en juicio a Yesica Cañete.” (fs. 1018 ult. párr. y 1019).

De la declaración de su asistido extrajo las siguientes conclusiones: 1.- que obró impulsivamente al agredir al damnificado con una piedra, introduciendo como posibilidad que haya ocurrido por la ingesta de alcohol o por la vieja disputa con la víctima, 2.- que el occiso manipuló un arma en el enfrentamiento con su hermano menor, 3.- que cuando logró desarmar a la víctima, su defendido se tomó a golpes con Celeiro, como así que al no intervenir ninguna otra persona hasta ese momento, le aplicó varios golpes en el rostro –acreditado con el informe de autopsia de fs. 137/138-, 4.- que la víctima era conflictiva, circunstancia que entendió demostrada por las cicatrices que tenía en su rostro –fs. 137/138- y por los “antecedentes” -de fs. 75 a 81-, y que fue aportada por los hermanos Antiñir en debate, y 5.- que “la testigo principal de la fiscalía en la primera oportunidad que tuvo de declarar ante la autoridad policial (sin ninguna contaminación posterior) sostuvo que los agresores habían sido sólo 2 con un sólo cuchillo”, luego refirió que eran tres atacantes con tres cuchillos y en debate dijo dudar sobre la existencia del tercer cuchillo –fs. 1019-.

Razonó que los jueces y el fiscal se vieron influenciados por el apellido “Antiñir”, el cual evaluó como “conocido del ambiente”, sin ponderar que los imputados no son del ambiente delictivo.

Sostuvo que las afecciones psíquicas de su asistido -acreditadas en el debate y en el informe de fs. 415/416 por el Lic. Blasco- incidieron en su actitud de defensa para con su hermano Patricio y que la versión exculpatoria propuesta por el imputado se encuentra razonablemente acreditada.

Señaló que, “Si partimos del convencimiento de que la “certeza” –condictio sine qua non- de una sentencia condenatoria, requiere para ser legítimamente manifestada, la observancia absoluta del principio de razón suficiente, se advertirá que la coexistencia con el discurso fáctico fijado en el decisorio jurisdiccional con otro que resulten fenomenológicamente posible –aunque, reiteramos, fuese menos probable-, impedirá arribar al paradigma de la observancia absoluta de dicho principio” –fs. 1019 vta.-.

Postuló que la acusación debe destruir la situación jurídica de inocencia de su asistido, caso contrario debe resolverse la duda en su favor.

Finalmente indicó, que la sentencia convirtió una acción defensiva, o “como mucho una acción de lesiones”, en una co-autoría de uno de los delitos más graves, y que es esa magnitud, lo que exige mayor cautela al momento de valorar las probanzas.

Concluyó, en la ausencia de motivación de la sentencia atacada para atribuir autoría y responsabilidad penal a su defendido y propuso a partir de ello la anulación del fallo.

2) Ausencia de contradicción en cuanto al pedido de pena y deficiente motivación de la determinación de la pena como planteos en subsidio. En éste punto se agravia en iguales términos a los postulados por el Dr. Kees, diferenciándose únicamente en que en su caso al estimar que su defendido tuvo una participación secundaria, la pena a imponer debió ser de cuatro años, o bien, si se estimara que su participación fue esencial, de ocho años.

Dejó formulada la reserva del caso federal y de acudir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

C) Recurso del representante del Ministerio Público Fiscal: planteó, la errónea aplicación de la ley sustantiva, deviniendo ello así pues –a su criterio-, en la sentencia se concluyó que González Poó, fue partícipe secundario del delito de homicidio –arts. 46 y 79 del Código Penal-, cuando debió ser condenado como coautor de homicidio –art. 45 y 79 del Código Penal-.

Aludió el representante que -en su alegato final- requirió que se condene a los imputados como coautores del delito previsto por el art. 80 inc. 6 de la norma sustantiva, calificación que fue descartada por el magistrado en el entendimiento que no se habrían configurado los requisitos típicos de dicha figura, y en consecuencia condenó a los reprochados del modo en que se señalara precedentemente.



Dijo, que en la sentencia se acreditó que mientras uno de los hermanos Antiñir golpeó la cabeza de la víctima con una piedra, sus consortes se abalanzaron sobre el occiso.

Continuó ilustrando, que estando Celeiro ya en el piso, los hermanos Antiñir lo agredieron con armas y que uno de ellos le indicó al otro que infiriera la herida en el cuello, lo que así se hizo.

Que el papel desarrollado por González Poó consistió en sujetar las piernas del occiso y que, ya herido mortalmente Celeiro, se retiraron los tres del lugar.

Dicha conducta, estimó el acusador, configuró una coautoría de homicidio y no una participación secundaria como se postuló en la sentencia.

En apoyo de su postura, citó destacada doctrina que entendió aplicable al caso y que fue utilizada por el magistrado del segundo voto.

Añadió, para reforzar su entendimiento, que el aporte del partícipe necesario debe ser una contribución indirecta a la ejecución del hecho, distinta de la ejecución misma, de allí que, indirecta también debe ser la participación secundaria.

Concluyó, que González Poó tuvo una participación directa en la ejecución del hecho, de allí que resulta coautor, y no partícipe como se sostuvo.

II.- Que, a fs. 1119/1120, obra un escrito de ampliación de fundamentos presentado por el señor Fiscal ante el Cuerpo, Dr. José Ignacio Geréz.

En primer lugar, el citado funcionario compartió los fundamentos esgrimidos en el escrito recursivo por el Sr. Fiscal de Cámara y agregó que, si bien no todos los coimputados han realizado la totalidad de la conducta típica, la coautoría se da igualmente en los casos de división de la tarea delictiva y que resulta forzado sostener, como lo hizo la Cámara, respecto de que no hubieron precisiones de que la acción de sostener la piernas de la víctima lo haya inmovilizado y permitido que los hermanos Antiñir le dieran muerte, cuando la testigo Cañete dijo en debate que: “tres personas se abalanzaron sobre Celeiro, uno lo sujetó de las piernas y otros dos con armas blancas le asestaron sendas puñaladas”. Citó Doctrina y Jurisprudencia que estimó avalan su postura.

III.- Que luego de analizados los recursos, la sentencia cuestionada así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos de las partes, soy de opinión –y así lo propongo al Acuerdo– que la casación deducida por el Ministerio Fiscal debe ser declarada procedente, e improcedentes las presentadas por las defensas particulares de Daniel Antiñir y Patricio Antiñir.

Así entonces, razones de orden dentro de la sistemática que impera en esta instancia me lleva a atender en primer término al recurso de casación interpuesto por la asistencia técnica de Daniel Antiñir, en lo relativo a la arbitrariedad de la sentencia por falta de fundamentación, vulneración de las reglas de la sana crítica racional y contradicción en la valoración de la prueba, pues sólo a partir de una sentencia formalmente válida podrá efectuarse el análisis del motivo sustancial que también se pregona en la casación.

1) Para una más adecuada comprensión del caso en estudio, es menester recordar el hecho que el tribunal tuvo por probado en la sentencia examinada y por el que fueran imputados los encartados: “que los acusados interceptaron a Nicolás Celeiro y Yesica Cañete el día 7 de enero de 2011 siendo la 02.20 hs en la esquina de las calles Dr. Ramón y Gregorio Martínez, que Daniel Golpeó a Nicolás con una piedra y Roberto González Poó lo sostuvo de las piernas para finalmente Patricio apuñalarlo en el cuello por determinación de su hermano Daniel, provocándole la muerte por shock hipovolémico.” (fs. 962 vta. y 965).

Que el material probatorio incorporado por lectura al juicio –tal lo que emerge del acta de debate de fs. 954– es el que se detalla: Planilla de Procedimiento Policial de fs. 1, Acta de Procedimiento Policial de fs. 2, Croquis Ilustrativo de fs. 3, Fotografías de fs. 195 y 196, Acta de Procedimientos Policial de fs. 5, Acta de Secuestro de fs. 7, Acta de Reconocimiento en Rueda de Personas de fs. 126, Protocolo y Levantamiento de Cadáver de fs. 24, Certificado Médico de la Víctima de fs. 25, Ordenes y Actas de Allanamiento de fs. 27, 28/29, 30, 31, 37, 48, 49, 50, Certificado de Defunción de fs. 69, Licencia de Inhumación de fs. 70, Fotocopias de Actuaciones Policiales de fs. 72/79, Acta de Entrega de Cadáver de fs. 84, 112, Acta de Requisa Personal de González Poó de fs. 92, Informe del Hospital Regional de fs. 192, Informe del Departamento de Seguridad Personal de fs. 271/276, 386, Informe de fs. 284/301, Informe de la Empresa de Telefonía CLARO de fs. 315/324, 359/375, 379/381, Informe de la Empresa de Telefonía MOVISTAR de fs. 332/347, 352, Secuestros de fs. 121, 387 y 545, Protocolo de Autopsia de fs. 117/120, 136/148, Pericia Médica practicada a González Poó de fs. 131/133, Informes del Gabinete Bioquímico de fs. 179, 181, 184, 515, Informes Psiquiátricos de fs. 189/190, 566/569, 570/573, Planimetría de fs. 198, Informe de la Dirección de Observaciones Policiales de fs. 232, 410, 511, Informe del Servicio de Salud Mental respecto de Daniel Antiñir de fs. 415/416, Informe Físico-Químico de fs. 516/517, Informe del Registro Nacional de Reincidencia respecto de Roberto González Poó de fs. 241, Informe Pericia de ADN de fs. 655/658, Declaraciones Testimoniales de Carrillo, Novello, Nicolás Poó, Pedro Sánchez y Patricia Poó. Por otra parte comparecieron a debate a prestar testimonio: Cecilia Ayelén Cañete, Dra. Fernanda Herrera y Dr. Edgar Blasco –cfr. acta de fs. 940/941–, Diego Néstor Antiñir –quien reconoció su signature en el acta obrante a fs. 12–, María Adela Ojeda Marcegue y Graciela del Carmen Casanova –cfr. acta de fs. 942/943– Yesica Malén Cañete –a quien se le dio lectura del acta de fs. 8/9– y Cecilia Sánchez –cfr. acta de fs. 953–.

Sentado ello, es de destacar, que no se discutió la existencia histórica del suceso por el que se celebró el debate, sino que el planteo de la defensa de Daniel Antiñir se circunscribiría a introducir que su asistido ha obrado en el marco de un legítima defensa de un tercero, de



culpabilidad disminuída o de emoción violenta, es decir, si bien no lo dice expresamente ello puede inferirse de los párrafos que componen el escrito recursivo.

Empero y para darle mayor comprensión al desarrollo, comenzaré por señalar que, el A quo ha acreditado sin margen de duda, la coautoría penalmente responsable de Daniel Antiñir.

De una lectura pormenorizada de la decisión puesta en crisis advierto que, el análisis efectuado por la Dra. Martini -quien principiara el voto en la sentencia, para tener por acreditados los extremos objetivo y subjetivo de la imputación delictiva-, es correcto.

Para ello partió del descargo efectuado por Daniel Antiñir –y su hermano Patricio- al decir: “reconocen su participación conforme a la base fáctica imputada cuyo encuadre legal será abordado luego de establecer la intervención de Roberto Gonzalez Poó” –fs. 965-.

Luego el tribunal sostuvo —y voy a reproducir algunos de los puntos allí analizados- que: “La única testigo presencial del hecho resulta ser la pareja de la víctima, Yesica Cañete, quien depuso en el debate identificando a cada uno de los tres acusados y describiendo el accionar específico desplegado por ellos”. (...) “Ya ingresando en los motivos que descartan la verosimilitud de la mentada conspiración, entiendo que el escaso lapso de tiempo que transcurre desde el hecho hasta la declaración de Yesica Cañete en Comisaría (4.40 hs) echa por tierra la posibilidad material de haber pergeñado “una cama” en virtud de la enemistad entre la familia Cañete (junto a la flia. Sáez) y la familia González Poo, en tanto la testigo Yesica Cañete no estuvo en contacto con su familia –y menos aún con la familia Sáez- desde el hecho hasta la declaración en sede policial y este lapso temporal excluye la viabilidad de tal acuerdo conspirativo”. (fs. 965 vta./966).

Atinadamente, dijo el A quo: “La circunstancia (...) de haber constado en el acta de procedimientos policial (...) que Yesica Cañete afirmó que eran dos las personas (y no tres) las que acometieron contra Celeiro, aún siendo incorporada como prueba no compite en la fuerza de convicción de un testimonio producido (y no tan sólo reproducido) en el juicio oral y como tal, sometido a la contradicción de las partes. Circunstancia que no acaece en relación a las constancias del acta de procedimiento, la cual, aún realizada con los recaudos formales de validez, no constituye prueba en sentido material, dado que no ha sido sometida al control de las partes y no fueron ofrecidos los testigos del acta en el debate”. (fs. 966).

En relación a las explicaciones ofrecidas por los acusados -en uso del derecho que por ley les asiste-, la Dra. Martini expresó: “(...) la distancia temporal de la versión dada por los imputados Antiñir al suceso, desde la comisión del hecho (dos años después), resienten el valor del reconocimiento prestado por los acusados, en tanto hacen suponer que pretenden ubicarse en un mejor posicionamiento frente a la eventual calificación del hecho, que de ninguna manera puede ser contrastado a esta altura del proceso. Tal circunstancia queda de manifiesto al momento de tomar la última palabra en el debate Patricio Antiñir, cuando expresa literalmente que: “ella lo sabe, que son dos personas, se está agravando la causa (...) me duele una banda que me estén pidiendo perpetua.” –fs. 966 vta.-.

Precisamente sobre Cañete la sentenciante sostuvo: “Los imputados pretenden desvirtuar el testimonio de Yesica Cañete, siendo que, como se valoró precedentemente, no existen motivos fundados para pensar que la testigo se haya pronunciado con falsedad, máxime cuando las características de las lesiones descritas en el protocolo de autopsia y explicadas en detalle por la Dra. Herrera, corroboran la mecánica de los hechos descripta por Yesica Cañete, quien además atribuye carácter fatal al corte frontal del cuello, en tanto explica que es a partir de ese momento en el que Celeiro comienza a agonizar y los agresores abandonan el lugar. Adviértase que incluso la Dra. Herrera deduce por el “reguero de sangre en el piso” que la lesión del cuello fue inferida cuando la víctima se hallaba en el suelo, del mismo modo en que lo detalla la testigo Cañete, cuando afirma que, ya estando Celeiro en el suelo Daniel le abre la campera y le señala el cuello a su hermano Patricio, quien le corta con un cuchillo el cuello a la víctima.” -966 vta. y 967-.

Finalmente concluyó su decisión: “Así las cosas, el reconocimiento de los hermanos Antiñir en el hecho de dar muerte a Celeiro con exclusión de un tercero, aparece como una mala justificación (...)” –fs. 967-.

Hasta aquí la reseña de las partes salientes del resolutorio atacado.

Pues bien, obsérvese que en gran proporción, el escrito recursivo se dedica a cuestionar la participación que en el hecho tomó el condenado González Poó, propiciando para ello restarle credibilidad a Yesica Cañete.

Nótese que el defendido de los recurrentes es Daniel Antiñir, esa circunstancia, obedece a la férrea intención de querer –conforme lo expresó la asistencia letrada-, “(...) demostrar que la testigo presencial altera la realidad con posterioridad a esa reunión familiar, no sólo en la cantidad de personas que participaron en el hecho, sino en la mecánica declarada por ella misma” -fs. 1018-.

La crítica -como se vio en la transcripción de las citas del decisorio atacado-, fue introducida en el alegato final. En dicha oportunidad, con la expectativa de obtener una calificación más beneficiosa que la propuesta por el Fiscal (así si eliminaban la participación de Gonzalez Poó, podrían ser acreedores de una condena por homicidio simple), calificación que fue escogida por el tribunal y que al no ser recurrida -en dicho sentido- por el acusador público, deviene ahora innecesario el embate para sus intereses.

Pues bien, tras efectuar un análisis minucioso del fallo impugnado, observo, que la Cámara de juicio ha dado sobrados argumentos para sostener la credibilidad del testimonio de Cañete, sin que se advierta -tal como se postula- la existencia de afirmaciones dogmáticas.



Repárese en que la testigo dijo: “Yo me subí a la ambulancia con él [Nicolás Celeiro] y fuimos hasta el hospital del Centro, al Regional, creo que ya estaba casi muerto, luego de un rato uno de los médicos me dió la noticia de que había fallecido, por ello me tomé un taxi y fui hasta la calle República de Italia, al domicilio del padre de NICOLAS, que se llama WALTER ALEJANDRO CELEIRO, luego me fui en el mismo taxi y al llegar a calle Catriel pude ver a mi mamá y a mi hermana por ello me bajé y continué a pie hasta mi casa” –fs. 8/9-. Luego en debate y tal lo que emerge de la sentencia dijo “luego del hecho vio a su hermana a Diego no” –fs. 960 vta.-.

De lo expuesto, puede fácilmente colegirse que la deponente no refirió mantener una reunión con Diego Antiñir, ni en la génesis del legajo, ni en la audiencia de debate celebrada dos años después del hecho aproximadamente, manteniendo en todas la oportunidades incólume su versión.

Por otra parte, el testimonio señalado se advierte como creíble y sin fisuras, no percibiéndose algún motivo especial para perjudicar a los imputados, toda vez que manifestó que su novio –la víctima- no tenía ningún problema con los condenados, de lo contrario habrían huido y que era con Diego Antiñir con quien existían roces.

De allí, entiendo, que la afirmación de los letrados al decir: “Está clarísimo que luego del hecho y previa a la declaración que efectuare Yesica Cañete en sede policial (...) que banaliza la presidente del tribunal, existió una reunión y que en ella participaron, por lo menos, Yesica Cañete, su hermana Cecilia, el hermano de éstas, Marcos, la madre de Yesica y Diego Néstor Antiñir -fs. 1018-, resulta evidentemente errada y no se corresponde con el material probatorio colectado.

La particularidad que en el acta que da inicio al legajo se consignara –por dichos presuntos de Cañete-, que fueron dos personas los atacantes, en nada modificaría el decisorio a adoptar porque, tal como acertadamente postuló el Juez Aquo, las partes en ningún momento solicitaron se cite a los testigos de dicho instrumento a declarar y así efectuar el debido control de la prueba, por otro lado carece de entidad para alterar el valor de una declaración (prestada en sede instructoria y en debate) y no constituye otra cosa que un mero parte informativo.

En lo que respecta a los testimonios ofrecidos por Graciela del Carmen Casanova y Cecilia Sánchez, sin perjuicio que se encuentran en el entorno cercano a González Poó, y la adecuada ponderación que de sus expresiones efectuara la magistrado de anterior instancia al decir: “Le asiste razón al Sr. Fiscal de Cámara al excluir la presunta conspiración contra González Poó que pretende fundar la defensa, para excluir la intervención de aquel en el hecho, sobre la base de los testimonios de Graciela Casanova y Cecilia Sánchez. Antes de ingresar a los motivos que resienten esta versión de los hechos, cabe resaltar que las testigos señaladas mantienen cierto vínculo o relación con el acusado en cuestión. Es así que Cecilia Sánchez es hermana de Pedro Sánchez, quien se habría hallado en el domicilio de González Poó, con lo cual tenían una relación de vecindad. Por su parte, Graciela del Carmen Casanova era (y lo sigue siendo en la actualidad) la pareja de González Poó y madre de su hijo, por lo que su testimonio se encuentra naturalmente afectado por el vínculo afectivo que los une, el que aún sin determinar el apartamiento de la verdad, influye en la interpretación dada al suceso” –fs. 965 y vta.-, como se ve, se ha fundado el crédito que mereció cada una de las declaraciones rendidas en juicio; pero además sus dichos en nada modificarían la situación de Daniel Antiñir, toda vez que en modo alguno lo desvinculan del hecho.

En torno a la alegada diferencia de versiones del suceso juzgado, debe destacarse que el mismo imputado en su declaración prestada en debate dijo: “Celeiro sacó un cuchillo de su mochila, le pegó con una piedra porque su hermano forcejeaba con él. Desde la otra esquina empezaron a tirar piedras. Le dijo me lastimaron hermano y fue y le pegó una puñalada a su hermano” –fs. 953 vta.- en la sentencia emerge que el condenado expresó: “le impacta una piedra en la espalda y le dice a Patricio que lo lastimaron, y es allí cuando su hermano lo apuñala” –fs. 961 vta.-, es decir, tal como se ve, el descargo de Daniel Antiñir y la declaración de Cañete, coinciden al menos en que Patricio le asestó la puñalada.

La variación en la versión de los hechos, que advierto, es la tesis de la piedra que habría arrojado previamente el occiso y que impactara en el cuerpo de Daniel y el presunto corte en la mano que la víctima le habría infligido a Patricio, circunstancia que, tal como se valoró en la decisión atacada, fue introducida en el proceso dos años después de acaecido el suceso y la Dra. Fernanda Herrera mencionó en relación a Patricio, que de las constancias médicas del 10/5/11 y 27/1/11 no surge la existencia de la lesión en la mano –fs. 962 de la sentencia.-.

A lo expuesto debe adunarse, que del descargo efectuado por el imputado se desprende la existencia de un único cuchillo en poder de la víctima –luego en manos de Patricio Antiñir-, dato que se opone abiertamente tanto a los dichos de la testigo Yesica, como con lo consignado en el protocolo de autopsia, relativo a que se hallaron en el cadáver, heridas que fueron infligidas con dos armas blancas distintas, por ello es que, tal como se postuló en la sentencia los dichos de Daniel Antiñir sólo pueden ser tomados como un indicio de mala justificación, o como un claro intento por mejorar su situación procesal.

Párrafo aparte merece, lo aseverado por los letrados defensores, relacionado con que su asistido aguardó hasta el debate para formular su descargo, porque no habían escuchado a Yesica Cañete, quien había declarado anteriormente cuando los condenados no tenían “representación defensiva”. –fs. 1018 vta. y 1019.-.

Obsérvese que, los hermanos Antiñir fueron detenidos pasado un mes de acaecido el hecho y desde allí contaron –ambos- con la representación de los Dres. Pastorutti y Alfaro –fs. 235-, la testigo Cañete si bien declaró antes de que los imputados estuvieran a derecho, los



letrados -a pesar de haber tenido intervención desde el primer momento-, no solicitaron ampliación de su declaración, sino que se contentaron con esperar dos años hasta la celebración del juicio y escuchar en esa oportunidad a la única testigo del hecho.

Sentado ello, me expediré respecto de la -invocada- impulsividad en el accionar del imputado Daniel Antiñir. Al efecto es de destacar que la testigo -Yesica-, mencionó que mientras el condenado le abrió la camisa al occiso, Patricio le cortó el cuello -fs. 960 vta.-, y -tal como ya fuera reseñado-, del informe de autopsia, luego ratificado en debate por la Dra. Herrera, emergen múltiples cortes (sumado a la constatación de que las heridas fueron infligidas con dos armas blancas de distinto diámetro), lo que demuestra que en lugar de un mero acto impulsivo, se suscitó una verdadera división funcional de tareas en pos de dar muerte a Celeiro.

Para finalizar, señalaré que las afecciones psíquicas que padecería el imputado, en modo alguno podrían llevar a sostener que influyó en el accionar asumido, toda vez que el Dr. Blasco -psiquiatra forense- fue categórico al indicar que al momento del hecho que se le atribuye, carecía de enfermedades que le impidan comprender su vida diaria -fs. 941-.

En otro orden, entiendo que no resulta atinado sostener que Daniel Antiñir cometió el delito de lesiones o que nos encontramos frente a la ausencia del dolo de homicidio, toda vez que se ha acreditado que tras despojar la zona en que se aplicaría la herida mortal, le indicó a su hermano que debía asestar la puñalada -cfr. los dichos de Yesica Cañete-, en una zona claramente vital, accionar que posibilitó -aunado a las tareas de sus consortes en base a la segmentación de la faena delictiva-, la muerte de Celeiro.

Por último diré, que los planteos no son novedosos y que los agravios contenidos en el recurso de casación han encontrado suficiente respuesta en el voto que lideró la sentencia.

Cito a modo ejemplificativo, de lo indicado "ut supra" lo dicho por esa parte en el alegato: "En lo que respecta a la acción se aprecia que su defendido golpeó a la víctima con una piedra lo que se induce que no llevaba cuchillo. De los dichos de Cañete surge que hubo una lucha y por el golpe recibido con la piedra no lo hizo perder el conocimiento, solo fue una lucha cuerpo a cuerpo. Su defendido respondió a la agresión de la víctima. A fs. 415 la psiquiatra hace referencia a los trastornos de su defendido. Tiene crisis de angustia. Ese miedo lo llevó a atacar a Celeiro pero no con intención de matar. De los dichos y de los elementos no surge que haya ido con intención de matarlo. No hay dolo de homicidio. Pudo haber otra acción típica y por ello se debe absolver a Antiñir." -fs. 955 vta.-.

En suma, a poco que se analice la sentencia, se observa que las alegaciones efectuadas por el impugnante, no se fundan en las constancias causídicas.

De esta manera, quedan desactivadas las censuras centradas en la supuesta vulneración de las normas de la sana crítica racional, como la valoración contradictoria de la prueba y la falta de veracidad de la testigo Yesica Cañete. Además, no se advierte cuáles son aquellas "pruebas dirimentes" que se dice se omitieron analizar, que dicho sea de paso, los propios recurrentes tampoco mencionan.

En consecuencia del análisis efectuado, lejos nos encontramos de considerar la existencia de una situación de duda, que haga procedente la aplicación del principio *in dubio pro reo*, la valoración de la prueba que la defensa cuestiona, llevan al convencimiento del sentenciante, como se dijo, que los hechos y la autoría de Daniel Antiñir, se encuentran acreditados.

2) En síntesis, al ser la resolución apelada válida en su forma, habilita al análisis subsiguiente, esto es, el planteo efectuado por las defensas particulares de Patricio y Daniel Antiñir, los que serán tratados de forma conjunta por centrarse ambos en dos puntos idénticos: a) la alegada falta de contradicción en el pedido de pena y b) deficiente motivación en su fijación.

Para dar comienzo al estudio de la censura vinculada con la ausencia de contradicción en la pena aplicada, conviene traer al análisis la disidencia producida en un conocido antecedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "...16) Que toda vez que el derecho de defensa impone que la facultad de juzgar conferida por el Estado a los tribunales de justicia debe ejercerse de acuerdo con el alcance que fija la acusación, y dado que la pretensión punitiva constituye una parte esencial de ella (...), cualquier intento por superar aquella pretensión incurre en un ejercicio jurisdiccional extra o ultra petita. 17) Que los postulados constitucionales aludidos llevan a afianzar los principios de cuño acusatorio que rigen el debate y, por ende, la plena jurisdicción reconoce un límite máximo a su ejercicio, cual es, el delimitado por los términos de la acusación pública y también privada en caso de haberla. Tal inteligencia importa un avance en el camino iniciado por la doctrina que esta Corte desarrolló a partir del precedente 'Tarifeño' (Fallos: 325:2019), ratificado recientemente en el caso 'Mostaccio' (Fallos: 327:120). 18) Que si el derecho de defensa opera como límite concreto de la función jurisdiccional, en el sub examine se verifica un exceso en el ejercicio de ella en la medida en que el juez sentenciante excedió la pretensión punitiva del órgano acusador e impidió con ello el pleno ejercicio de aquella garantía en lo que respecta a la individualización y proporcionalidad de la pena finalmente impuesta. 19) Que, en consecuencia, el fallo cuestionado no guarda una completa correspondencia con las circunstancias fácticas tenidas en cuenta por el órgano acusador para formular su requerimiento punitivo, razón por la cual la sentencia condenatoria se funda en elementos que no habrían sido incluidos en aquel acto procesal y respecto de los cuales Héctor Luis Amodio no ha tenido oportunidad de defenderse. Además, al colocarse al procesado en una situación más desfavorable que la pretendida por el propio órgano acusador lo cual implica un plus que viene a agregarse en una instancia procesal que es posterior a la oportunidad prevista para resistirlo se vulnera también la prohibición de la *reformatio in pejus* cuyo contenido material intenta evitar



precisamente que se agrave la situación jurídica del imputado sin que mediase requerimiento acusatorio en tal sentido. 20) Que aun cuando el art. 401 del Código Procesal Penal de la Nación [similar a nuestro art. 366 del C.P.P. y C.] parece autorizar lo que se ha calificado como exceso jurisdiccional, conviene recordar el aceptado principio según el cual jamás puede suponerse la inconsecuencia o falta de previsión en el legislador, por lo que, en cualquier caso, las normas de dicho cuerpo legal deben interpretarse de modo que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución (Fallos: 297:142; 300:1080; 301:460; 310:192, entre otros)...” (Fallos: 330:2658, disidencia de los señores Ministros Dres. Eugenio Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti; el agregado y el destacado me pertenecen).

En relación a lo expuesto, ésta alzada sostuvo “...ésta es la única interpretación del principio de congruencia que preserva el derecho de defensa en juicio del justiciable; es decir, el tribunal de grado no puede fijar una pena que exceda la requerida por la acusación en su alegato final (arts. 18 de la C.N.; 366 del rito local). La única excepción a la exégesis aquí propiciada estaría dada en aquellos supuestos en los cuales se produjera un cambio de calificación legal, siempre y cuando se hubiera respetado el principio de contradicción....” (Acuerdo N° 106/2013, “Garrido Rivas, Daniel – Alvarado, Ema Rosa s/ Abuso Sexual Calificado”, rta. 22/08/2013).

Como se observa el embate efectuado por las defensas particulares relacionado al principio de contradicción que debe imperar también en la fijación de la sanción punitiva, ya ha sido analizado en ésta instancia con anterioridad al caso que nos convoca, empero la situación que aquí se suscita resulta diametralmente opuesta a la reseñada.

En aquél caso, el sentenciante aplicó una pena que superaba ampliamente la peticionada por el acusador público en su alegato final. En el presente, el A quo, luego de oír las exposiciones de las partes en sus respectivos alegatos, varió –en base a la prueba producida en debate y atendiendo al suceso típico tal como fuera intimado-, el tipo legal seleccionado por el acusador –homicidio calificado por el concurso premeditado de dos o más personas, art. 80 inc. 6° del Código Penal- y entendió adecuada la calificación legal propuesta por el defensor de Patricio Antñiir –a la que adhirió la asistencia de Daniel Antñiir a fs. 955 vta.- con la consecuente reducción legal de la pena y conforme a las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del C. Penal.

En el sentido señalado el tribunal de juicio, calificó la conducta reprochada como subsumible dentro de las previsiones del art. 79 de la norma sustantiva, es decir como constitutiva del delito de homicidio simple y en consecuencia graduó el monto punitivo en doce años –nótese que el fiscal, en base a la calificación legal propiciada, peticionó la pena de prisión perpetua-.

De ello, fácilmente puede colegirse que las defensas han podido resistir eficazmente la acusación fiscal y que en el caso sometido a análisis existió un pedido concreto de pena por parte del titular de la acción, la de prisión perpetua, de allí que no hubo silencio por parte de éste frente a la solicitud de la defensa, porque –claramente-, su petición ya había sido formulada.

Por último, en lo que a éste tópico respecta y en relación a lo peticionado por la defensa de Daniel Antñiir, relativo a que la pena se fije en cuatro años, por entender que su asistido tuvo una participación secundaria (fs. 1020 vta.), sólo diré que no emerge del acta de debate –fs. 954/956-, ni de la sentencia –fs. 964 y vta.-, que dicha circunstancia haya sido introducida en el debate, sino que lo que se solicitó concretamente –para el caso de no acogerse la petición desinriminatoria-, es una pena de ocho años de prisión.

Al efecto el art. 363 del ritual local establece –en lo que aquí interesa- que: “El tribunal resolverá todas las cuestiones que hubieran sido objeto del juicio (...).”

En esa línea de pensamiento, debo decir que, la posibilidad de una participación no esencial, no fue incluida oportunamente –sin perjuicio que tampoco ha sido fundada en la instancia-, y teniendo en consideración que el remedio procesal escogido pretende la revisión judicial de la sentencia adversa, mal podrían pronunciarse los jueces respecto de una circunstancia que no ha sido incorporada.

Ello entonces permite desestimar sin más aquella tesis.

Finalmente, en relación con el agravio por el que se cuestiona una supuesta falta de fundamentación en el decisorio en lo que respecta a la pena aplicada, como bien refieren los recurrentes, se consideraron: “(...) como atenuantes a) la ausencia de antecedentes de los acusados, b) la juventud de los mismos y, c) en el caso de Daniel y Patricio Antñiir, la agresión previa de la víctima contra la hermana de éstos –sustracción violenta de un celular- como causa de perturbación del ánimo de los mismos, para postular como justa una pena de doce años para Daniel y Patricio Antñiir.” (Cfr. fs. 1008 vta.).

El delito por el cual finalmente fueron condenados los imputados Antñiir, fue por homicidio simple en carácter de coautores (Art. 79 del C.P.), por lo que la pena correspondiente se debe graduar entre el mínimo (8 años), y como tope la pena máxima (25 años), de lo que se concluye que la pena ha sido graduada dentro de los márgenes establecidos por el Código Penal, de allí que es justa, y fue fijada sustancialmente más cerca de su mínimo legal que de su máximo.

Ahora bien, no puede desconocerse que el fundamento de la pena aplicada surge de todo el contenido de la sentencia y que si bien el a-quo no abundó en consideraciones respecto de la sanción que finalmente impuso, la motivación del pronunciamiento existió.



Se ha manifestado, en posición que comparto, que: “(...) *la escala penal del delito de que se trate establece un parámetro para la individualización de la pena, sólo puede ser fijada teniendo en cuenta cual es el mínimo y cuál es el máximo, pues sólo en esa relación puede continuar reflejando la importancia de la contrariedad al derecho que ha implicado el hecho (...)*” (Cfr. Patricia Ziffer, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Dirección: David Baigun y E.R. Zaffaroni, Tomo II (comentario a los Arts. 40 y 41), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002, págs. 60/61).

Como así que, con relación al Art. 41 del C.P. “...el juez debe tener en cuenta a la hora de imponer la pena tanto al ilícito culpable –ilícito o injusto y culpabilidad son graduables- como la personalidad del agente, al compás de los principios del acto o del hecho, de protección de los bienes jurídicos y de culpabilidad...” y que “...la pena debe graduarse en relación con el daño o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos ocasionados por el injusto. El principio que enunciamos encuentra antecedentes en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La necesidad de correlación entre los efectos del delito y la sanción está expresamente prevista en el inciso 1º del artículo 41 del Código Penal, en el que se alude, como un parámetro básico a la extensión del daño y peligro causados. La proporcionalidad de la pena se constituye en un motivo de equilibrio para la reacción represiva del Estado, que insufla racionalidad evitando que se produzca un castigo excesivo allí donde no es estrictamente necesario, para lo que suministra una más sólida referencia la consideración de la perspectiva de la víctima, tradicionalmente postergada frente a la comunitaria o colectiva...” (FLEMING Abel; LOPEZ VIÑALS, Pablo: Las Penas. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires, 2009, PP. 368 y 373).

Sentado ello y como se adelantara, el planteo relativo a la pena -tanto por ausencia de contradicción como de fundamentación-, tampoco tendrá acogida favorable.

3) Queda por delante el estudio de la impugnación presentada por la parte acusadora:

El Sr. Fiscal recurrió la sentencia bajo análisis, por entender, que se habría incurrido en una errónea aplicación de la ley sustantiva –art. 415 inc. 1º C.P.P. y C.-, al razonar el Tribunal de juicio que la actividad desplegada por González Poó, resultaba subsumible en la norma prevista por el art. 46 del Código Penal –es decir, como partícipe secundario-, al tiempo que el acusador evaluó que debe calificarse su accionar en carácter de coautor. Veamos.

La Magistrado que pronunciara el primer voto, consignó en el decisorio: “*Entiendo que el accionar de Daniel y Patricio Antiñir encuadra en la figura de homicidio simple en carácter de co-autor (art. 45 CP), en tanto el accionar probado en el debate se ha traducido en el dominio del hecho de dar muerte a Nicolás Celeiro, en tanto producido el acometimiento inicial –en el que intervino González Poo-, Daniel sostiene a la víctima y señala el cuello de la misma a su hermano Patricio, abriendo la campera, y por su parte, Patricio acomete con un cuchillo el cuello de Celeiro dándole muerte, en el conocimiento que tal región corporal resultaba vital. El resultado muerte se produce con la conducta concertada de ambos, y en este sentido, ambos poseen las riendas de la acción homicida. Distinta es la situación de Roberto González Poó, en cuanto el nombrado interviene en el tramo inicial de la agresión, agarrando los pies de la víctima, de modo que tal accionar no resultó necesario para la concreción del resultado muerte, no obstante lo cual determinó una cooperación dolosa en la realización del acto homicida –doloso- cometido por los hermanos Antiñir. Con su participación en el hecho, González Poo auxilió dolosamente a los coautores –Daniel y Patricio Antiñir- excluyendo su dominio del hecho. Por las consideraciones expuestas, la conducta desplegada por Roberto González Poo tipifica un homicidio simple en carácter de partícipe secundario (art. 46 CP)” –fs. 968 vta. y 969-.*

Por su parte el Dr. Zvilling, quien si bien compartió la postura sustentada por la Jueza preopinante, lo hizo por su propio voto, razonó: “*Si bien es claro el accionar de Daniel y Patricio Antiñir, no surge tan clara la conducta atribuida a González Poo, o al menos, para determinar su “participación” –en sentido amplio-, y cual es la entidad del aporte. (...)no se acreditó que González Poo haya realizado una acción de entidad tal que permita atribuírsele (...) dominabilidad. (...)Da la impresión que quienes sí tenían las “riendas del acontecimiento” eran Patricio y Daniel Antiñir, quienes asestaron puñaladas a la víctima. Según la testigo Yesica Cañete, no vio que González Poo portara armas (o al menos no pudo ver si llevaba algún cuchillo). Pero, aún así, el “sostener las piernas” de la víctima mientras los otros dos autores asestaban puñaladas, indica la existencia de un acuerdo y reparto de tareas, propio de la co-autoría por “dominio funcional del hecho”. Sin embargo, no existieron mayores precisiones en el alegato fiscal, apoyado en el testimonio de Yesica Cañete, que la acción de “sostener las piernas” haya sido de una entidad tal que inmovilizara y permitiera libremente que los co-autores dieran muerte a la víctima. Es más, tampoco quedó claro en la audiencia de debate que dicha conducta (de González Poo), dada al comienzo del accionar delictivo, se haya mantenido durante todo el tramo de la ejecución hasta el agotamiento, o al menos, en el comienzo de la misma, de forma tal que lo colocara en una situación de dominio del hecho que con su interrupción el delito no se habría cometido. (...)Lo acreditado probatoriamente es que González Poo sostuvo de las piernas a la víctima, pero, y descartada la existencia de un cuchillo en sus manos –aún por el beneficio de la duda-, no surge que haya realizado otra conducta durante el iter criminis. Esa conducta contributiva al accionar de los autores, quienes portaban armas blancas en sus manos, es claramente demostrativa de un aporte a éstos y no al hecho mismo, es decir, hablamos de complicidad. (...) surge claro que aún sin la participación de González Poo, el golpe aplicado en la cabeza que provocara la caída y el inmediato acometimiento por parte de los dos autores mediante el empleo de fuerza física y cuchillos, igualmente el homicidio se habría consumado. De allí que por el beneficio de la duda (art. 4to. del C.P.P.), llevan a la subsunción de la participación de González Poo en la forma secundaria (art. 46 del código penal).” –fs. 970/971- hasta aquí la cita extensa que me permití transcribir.*



Pues bien, este Cuerpo en numerosos precedentes ha sostenido (en relación al concepto de co-autoría) que: “(...) quien realiza acciones típicas con el fin de lograr un resultado ilícito preconcebido, será autor del delito si su obrar se adecua al verbo contenido en el tipo penal descripto por la norma. Cuando ese delito es perpetrado por varias personas, actuando en consuno, estos son coautores por concurrir a la comisión objetivamente y subjetivamente, aunque se trate de un accionar autónomo, pero siempre tomando parte esencial en la ejecución del hecho. Habida cuenta de lo señalado, resulta necesario afirmar que no existe una regla general sobre quien debe responder y quien no a título de autor, coautor o partícipe, por cuanto la esencialidad del aporte de aquel que resulta sindicado en el hecho delictivo no puede ser aprehendido en forma abstracta sino en el marco concreto y efectivo de un plan delictivo delineado” (R.I. n° 27/1999, “Muñoz, Carlos Alberto- López, Juan Bautista s/ Homicidio”). Es que, “(...) suponiendo la coautoría una división de tareas en el ámbito de la ejecución del delito, tal carácter no sólo lo adquieren quienes cometen actos típicamente consumativos sino también como ocurre en autos con el recurrente (...) - aquellos que 'cumplen actos que ayudan o complementan dichos actos [esto es: los consumativos]'...” (Acuerdos n° 09/2002 “Barrera González”, 24/2003, “Hernández, Hernán Juan Evangelista”, R.I. 14/2006 “Linconao, Juan Ariel”, entre otros).

Agrego, en opinión que comparto: “En cuanto a los ejecutores (que el código argentino caracteriza como los que toman parte en la ejecución del hecho) son los que ejecutan una parte del hecho, haciendo así un aporte al hecho mismo. El que toma a su cargo una parte de la ejecución hace un aporte necesario, de modo que es autor, en la medida en que nada impida que sea considerado tal”. (Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, “Derecho Penal” Parte General. Edit. EDIAR, 2da. Edic. pág. 769). “Puede suceder que en un delito concurren varios autores. Si los varios autores concurren en forma que cada uno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica, como si cinco personas descargan puñetazos contra una sexta causándole todas lesiones, habrá una coautoría que no admite dudas, pues cada uno tiene el dominio del hecho en cuanto al delito de lesiones que es propio. Pero también puede acontecer que los hechos no se desarrollen de esta manera, sino que haya una división de la tarea, lo que puede provocar confusiones entre la co-autoría y la participación. Así quien se apodera del dinero de las cajas de un banco mientras otro mantiene a todo el personal contra la pared con un arma, no está cometiendo un hurto (art. 162) y el del arma unas coacciones (art. 149 bis 2° párrafo), sino que ambos cometen un delito de robo a mano armada (art. 166, inc. 2°) (ejemplo de Stratenwerth). Cuando tres individuos se combinan para matar a un tercero, y mientras dos de ellos le reducen y le mantienen indefenso, el tercero le apuñala, no hay tampoco un autor de homicidio, sino tres co-autores” (Eugenio R. Zaffaroni “Manual de Derecho Penal: parte general” Edit. EDIAR 6ta. Edic. 1era. Reimp. pág. 574).

En suma, como se puede observar lo relevante se reduce a desentrañar si el accionar desarrollado por González Poo y que ha sido objeto de debate, fue desplegado únicamente en el momento inicial de la agresión, tal como sostienen los magistrados de juicio, para una vez superado dicho análisis, evaluar si su aporte ha sido banal e inocuo, o por el contrario si fue eficiente y facilitó la ejecución del hecho.

En cuanto al primer análisis advierto respetuosamente, que no comparto la postura esbozada por los Jueces de grado.

Para ello, considero necesario traer al razonamiento el testimonio de la única testigo presente en el hecho, quien al respecto ilustró: “el primero que se nos acercó fue Patricio quien agarró una piedra y sin decirnos nada lo golpeó a Nicolás, logrando que cayera al suelo, cuando intentó pararse se le tiraron encima los otros dos, veía como los tres lo atacaban, yo intenté sacar a Patricio de encima pero me dio una piña para que me corriera, pudiendo ver que los tres tenían cuchillos y le daban patadas y piñas, que Roberto lo tomaba de las piernas para que no se moviera, mientras que Patricio lo toma del cuello y le dice a Daniel textual... “ Dale acá, dale acá en el cuello” pudiendo ver a Daniel que le clava el cuchillo en el cuello a Nicolás, luego de ello los tres salen corriendo...” –acta de fs. 8 vta. que fue leída en debate a la declarante, por las diferencias en que habría incurrido al mencionar los roles asumidos por los hermanos Antiñir, aclarando, que cuando dijo Patricio, debió decir Daniel y viceversa-.

Ya en la audiencia de juicio, Cañete indicó: “Daniel le abrió la ropa, Patricio le cortó el cuello y “Cueto” le tenía las piernas –acta de debate de fs. 953- “que a Celeiro le pegaron patadas en los pies y cayó. González Poo le sostuvo las piernas y Patricio Antiñir le cortó el cuello. (...) Lo mataron por matar, lo mataron con alevosía, eran tres contra uno y ella no podía hacer nada. Nicolás se cubrió la cara con las manos; Daniel le abrió la camisa y Patricio le cortó el cuello; antes ya le habían puesto varias puñaladas. Preguntada por el Dr. Vitale si está segura que la tercer persona era González Poo expresa que sí, que lo conoce y lo veía todos los días y además le encontraron ropa con sangre (...). Preguntada para que diga si González Poo tenía cuchillo: dijo que no recuerda y no puede hacer saber si González Poo lo apuñaló. (...) Preguntada por la Sra. Presidente si puede especificar que hizo cada uno de los tres acusados: expresa que en primer lugar Daniel –no Patricio- lo golpea con una piedra y Nicolás cae; luego mientras uno le pega y Roberto le agarra los pies los otros lo apuñalan y finalmente Daniel le abre la campera y le señala a Patricio el cuello para que lo corte, y Patricio lo apuñala. Agrega que no tuvo oportunidad de defenderse” –considerandos de la sentencia de fs. 960/961-.

Sentado ello, como se observa emerge sin mayor esfuerzo, de modo palmario, que la testigo Cañete, conforme las constancias causídicas, hizo claramente alusión a que, en el hecho intervinieron tres sujetos con un claro reparto de tareas, sin que dimane que el aporte de González Poo



sólo fuera desplegado en el tramo inicial, sino, que se llevó a cabo durante todo el iter criminis, luego de lo cual -conforme los dichos de la testigo mencionada- se dieron -los tres- a la fuga.

Superado el análisis precedente, me adentraré en la relevancia que corresponde asignar al tramo fáctico desplegado por González Poo de acuerdo al plan criminal trazado.

A juzgar por lo ilustrado por Cañete, dicha contribución -sostener las piernas del occiso-, se percibe en el caso particular como una porción del acontecimiento de entidad funcional e imprescindible, por dos razones que resultan relevantes.

En primer lugar, porque la testigo claramente refirió que: “eran tres contra uno y que ella no podía hacer nada (...) Agrega que no tuvo oportunidad de defenderse.” –fs. 960 vta.- de allí se deriva que la superioridad numérica efectivamente posibilitó la consumación del hecho, tanto al impedir cualquier acto defensivo que pudiera hacer Cañete, como cualquier resistencia que pudiera oponer la víctima.

En segundo lugar, porque tal lo que señalara la facultativa que realizara la autopsia, Dra. Herrera –cfr. acta de fs. 940/941- tras ser preguntada por la defensa particular de Patricio Antiñir, refirió que: “no creía que la contusión haya desvanecido o mareado a la víctima, la contusión fue superficial. Agregó que infería que el occiso se encontraba en el piso cuando le infirieron la lesión del cuello” e ilustró sobre la existencia de al menos dos armas blancas. Es decir, al ser lo concertado dar muerte a Celeiro, muñidos de al menos dos cuchillos y no habiéndose desvanecido la víctima con el golpe previo propinado en la parte frontal de la cabeza, el triunfo dependía del actuar conjunto en el cual cada uno se encargó de un aporte específico y esencial, así mientras González Poo le inmovilizó las piernas, Daniel Antiñir despejó la zona vital y Patricio le asestó la puñalada que acabó con su vida, ello sin perjuicio que sólo me refiero al tramo final del accionar criminal, puesto que tal como se desprende del Informe de Autopsia el fallecido recibió múltiples cortes en su cuerpo hasta lograr extinguir su vida.

Esto, me conduce ineludiblemente a concluir que el ataque contra Celeiro, ha sido viable gracias al despliegue coordinado de los tres imputados que lograron debilitar cualquier resistencia o defensa que la víctima o su pareja pudieran oponer, de allí que resultaba al menos de fácil pronóstico advertir que la muerte sería exitosa, derivada de esa actividad violenta y conjunta, decidiendo cada uno sobre la consumación y en consecuencia codominando el hecho.

Como corolario de lo expuesto, resulta importante citar a Enrique Bacigalupo, quien entendió: “Para determinar cuándo hay un aporte sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer es de utilidad el criterio de la fórmula de la supresión mental de la teoría de la conditio sine qua non. Si se suprime mentalmente la aportación y la ejecución no se puede llevar a cabo, es evidente que se trata de un aporte necesario. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que no se debe requerir una necesidad absoluta, sino que es suficiente con que la aportación sea “difícilmente reemplazable” en las circunstancias concretas de la ejecución.” (Enrique Bacigalupo “Derecho Penal- parte general” Edit. HAMMURABI, 2da. edic. 3era. Reimp. 2012 pág. 504).

Así, luego de analizado el recurso, la sentencia cuestionada, como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos de la Fiscalía, soy de opinión –y así lo propongo al Acuerdo– que la casación deducida por el acusador público debe ser declarada procedente.

La Dra. LELIA GRACIELA M. DE CORVALAN, dijo: por compartir las conclusiones y los fundamentos expuestos por el Dr. Antonio G. Labate, adhiero a su voto.

A la tercera cuestión, el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Tal como lo ha sostenido éste cuerpo: “El establecimiento de la figura legal que resulta aplicable al caso, determina un punto de partida ineludible para la mensuración de la pena”. (Acuerdo N° 97, “Lizama” rta. el 6/8/13).

La escala penal con la que se encuentra conminado el delito de homicidio simple en carácter de coautor que entiendo de aplicación es de 8 a 25 años de prisión o reclusión (art. 79 y 45 C.P.).

Evaluando, que la rectificación del derecho sustantivo es insoslayable en esta instancia recursiva, y emerge necesariamente del sistema previsto en el artículo 428 de la ley adjetiva, es de lógica consecuencia que la determinación de la sanción (dentro de ese rango) lo sea en su mínimo legal.

Cualquier solución contraria, que implique extraer del legajo aquellas pautas penológicas negativas tenidas en mira por el a-quo, susceptibles de abandonar ese quantum, llevaría a la conculcación de las más altas garantías constitucionales, como ser el derecho del imputado a que sea oído antes de su condena, o bien el llamado “doble conforme”, pues no le quedaría a éste un recurso efectivo ante jueces superiores en el ámbito provincial para inspeccionar los criterios de su cuantificación (“Morán” Acuerdo N° 33, rta. el 10/8/10).

Es por ello que para casos como el presente, en que deben corregirse por la vía de la casación errores de derecho sin posibilidad de reenvío (como por ejemplo este caso, donde la escala penal que se entiende válida se traslada a una punición mayor), la sanción debe ajustarse necesariamente a la menor que resulte factible, so riesgo de afectarse el debido proceso legal.

En mérito de todo lo dicho, entiendo, y así lo propongo al Acuerdo, que debe casarse la sentencia materia de recurso por errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 415, inc. 1°, del C.P.P. y C.), revocándose la pena dictada por los magistrados de la instancia anterior, por verificarse una inexacta interpretación del artículo 45 del Código Penal, debiendo condenarse a Roberto Miguel González Poo, como coautor penalmente responsable del delito de Homicidio simple (arts. 79 y 45, C.P.), imponiéndosele en definitiva la pena de ocho años de prisión de cumplimiento



efectivo e inhabilitación absoluta por el mismo término y demás accesorias legales previstas en el artículo 12 del Código Penal por idéntico término y costas del proceso.

Tal es mi voto.

La Dra. LELIA GRACIELA M. de CORVALÁN dijo: Por compartir las conclusiones dadas por el señor Vocal que sufragara en primer término, adhiero a la solución que propicia. Así voto.

A la cuarta cuestión, el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Debe aplicarse al caso el principio objetivo de la derrota de acuerdo con el resultado obtenido por los recurrentes. Por consiguiente deben imponerse las mismas a los impugnantes perdidosos y eximirse de ese afronte al titular del Ministerio Público Fiscal. Mi voto.

La Dra. LELIA GRACIELA M. de CORVALÁN dijo: comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta cuarta cuestión. Mi voto. De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE: I.- DECLARAR ADMISIBLES desde el plano estrictamente formal los recursos de casación deducidos por el Dr. Juan Manuel Kees, en su carácter de defensor de Patricio Juan Antiñir (fs. 1003/1009); por los Dres. César Alejandro Alfaro y Marcos Ignacio Pastorutti, defensores de Daniel Alejandro Antiñir (fs. 1010/1021) y por el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Alfredo Velasco Copello (fs. 1022/1024). II. RECHAZAR el Recurso de Casación deducido a fs. 1003/1009, por el Dr. Juan Manuel Kees, a favor de Patricio Juan Antiñir. III. RECHAZAR el Recurso de Casación deducido a fs. 1010/1021, por los Dres. Cesar Alejandro Alfaro y Marcos Ignacio Pastorutti, a favor de Daniel Alejandro Antiñir, por no verificarse los agravios que allí se exponen. IV. HACER LUGAR al Recurso de Casación deducido por el Fiscal de Cámara, Dr. Alfredo Velasco Copello. V.- CASAR la Sentencia N° 5, de fecha 8 de marzo de 2013, obrante a fs. 957/972, dictada por la Cámara en lo Criminal Segunda de esta ciudad, por errónea aplicación de la ley penal sustantiva (artículo 415, inciso 1°, en función del artículo 428 del C.P.P. y C.). VI.- CONDENAR a Roberto Miguel González Poo, como COAUTOR DEL DELITO DE HOMICIDIO SIMPLE (arts. 45 y 79 del Código Penal), por el hecho perpetrado el 7 de enero de 2011 en contra de Nicolás Celeiro a la pena de ocho años de prisión de cumplimiento efectivo, inhabilitación absoluta por el mismo término y demás accesorias legales previstas en el artículo 12 del Código Penal por idéntico término y costas del proceso. VII.- Con costas a los recurrentes perdidosos (arts. 491 y 492, del C.P.P. y C.).- VIII.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las presentes actuaciones a la Cámara de origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. ANTONIO G. LABATE - Dra. GRACIELA M. de CORVALÁN

[Volver al índice](#) - [Por Organismo](#)
- [Por Tema](#)
- [Por Carátula](#)

"ESCOBAR ROBERTO ANTONIO – CARABAJAL OTILIA DEL VALLE – MARQUEZ SILVIA ANAHI S/ PRIVACIÓN ILEGITIMA DE LA LIBERTAD" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 53/2011) – Acuerdo: 188/13 – Fecha: 20/12/2013

DERECHO PENAL: Suspensión del juicio a prueba.

OPOSICION DEL FISCAL. PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD. PROSTITUCION. VIOLENCIA DE GENERO. CONVENCION DE BELEM DO PARA.

La concesión de la suspensión del juicio a prueba deviene contraria a la “Convención de Belem do Pará” cuyos propósitos son los de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, Convención a la que nuestro país adhirió, incumpliendo los compromisos asumidos por el Estado Argentino. La postura asumida se encuentra en sintonía con el fallo “Góngora” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, en el ámbito local, con el precedente “Diez Lattari” (Ac. n° 134/13 del registro de la Secretaría Penal de este Tribunal Superior de Justicia). Se revoca el beneficio. Esto sin perjuicio de no haber solicitado motivadamente la imposición de la pena privativa de la libertad, la doctrina judicial de este Cuerpo al respecto cede ante un hecho atentatorio contra la libertad ambulatoria y sexual de la mujer.

Texto completo:

ACUERDO N°188/2013: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veinte días de Diciembre de dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores LELIA GRACIELA M. DE CORVALÁN y ANTONIO G. LABATE, con la intervención del señor Secretario, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para dictar sentencia en los autos caratulados



“ESCOBAR ROBERTO ANTONIO – CARABAJAL OTILIA DEL VALLE – MARQUEZ SILVIA ANAHI S/ PRIVAICÓN ILEGITIMA DE LA LIBERTAD” (expte. n° 53 - año 2012) del registro de la Secretaría Penal.

ANTECEDENTES: Que por resolución n° 69/11 (fs. 191/vta.), el Juzgado Correccional n° UNO de esta ciudad resolvió, en lo que aquí interesa: “(...) I- CONCEDER a ROBERTO ANTONIO ESCOBAR y OTILIA DEL VALLE CARABAJAL, (...), la SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA por el término de UN AÑO, en la presente causa N° 5837/2010, bajo las siguientes reglas de conducta: 1) Efectuar una donación de 4 kg de leche en polvo por mes cada uno de los imputados, a una institución de bien público, 2) someterse al contralor del Patronato de Liberados de manera cuatrimestral, 3) Fijar, como reglas de conducta del art. 27 bis del C.P.: la de mantener residencia y avisar de todo cambio; presentarse a las citaciones que se le cursen en el marco de las presentes actuaciones; abstenerse de abusar de bebidas alcohólicas y consumir estupefacientes y no cometer delitos, y 4) Aceptar la reparación económica ofrecida a la víctima de \$ 200 cada uno, debiendo citársela a los fines de que manifieste si la acepta, caso contrario se los exige de cumplir con dicho extremo, sin perjuicio de la acción civil que pueda iniciarse en su contra. Todo ello de conformidad con las pautas previstas en el art. 76 bis y ter del C.P. (...)”.

En contra de tal decisorio, el señor Agente Fiscal, Dr. Ignacio Armando Di Maggio, interpuso el correspondiente recurso de casación (fs. 192/212).

El mismo fue denegado por ese tribunal de instancia y originó una presentación directa ante esta Sala Penal (expte. n° 178 - año 2011).

Mediante resolución interlocutoria n° 33/12 esta Sala dispuso hacer lugar al recurso de queja y admitir a trámite el recurso de casación deducido (cfr. copia agregada al principal a fs. 223/228).

Por aplicación de la Ley 2153 de reformas del Código Procesal (Ley 1677), y lo dispuesto en el Art. 424, párrafo 2°, del C.P.P. y C., ante el requerimiento formulado, el entonces señor Fiscal del Tribunal Superior de Justicia, Dr. Mario Alberto Tribug, amplió los fundamentos expuestos por su inferior (fs. 229/231). Señaló que en autos la posición del Ministerio Público Fiscal cumplió con el mandato de motivación exigido en el Art. 60 del rito local. Citó jurisprudencia sobre la exigencia del dictamen fiscal favorable para la concesión del beneficio.

Por su parte, el señor Defensor ante el Tribunal Superior de Justicia, Dr. Ricardo Horacio Cancela, refutó por escrito los argumentos primigenios de la parte acusadora (fs. 233/235). Sintéticamente, destacó que el hecho atribuido a los imputados encuadra en el primer párrafo del Art. 76 bis del C.P. por lo que no se requiere, como condición de admisibilidad, el dictamen fiscal favorable solo previsto para los casos del cuarto párrafo –delitos de mayor gravedad-. Asimismo, afirmó que la parte damnificada puede no aceptar la reparación ya que siempre le queda expedita la acción civil, no obstante, el señor Juez tiene plena libertad de conceder el instituto cuando la considere razonable.

En el presente, no advierte fundamentos serios impeditivos para suspender el proceso a prueba al estar dadas las condiciones objetivas exigidas. Además, “(...) es insostenible lo de gravedad del hecho cuando es de competencia del fuero correccional (...)” (Cfr. fs. 234 vta.).

Comparte la postura asumida por la titular del Juzgado Correccional en tanto la oposición fiscal resultó insuficiente para no avalar la suspensión solicitada.

A fs. 237 se produjo el llamado de autos para sentencia.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Antonio G. Labate y Dra. Lelia Graciela M. de Corvalán.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el Art. 427 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes:

CUESTIONES: 1°) Es procedente el recurso de casación interpuesto?; 2°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 3°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Por resolución interlocutoria n° 33/12 (copias a fs. 223/228), esta Sala Penal hizo lugar al recurso de queja (fs. 25/26 del Expte. 178/11) y admitió a trámite el recurso de casación deducido a fs. 192/212 por el señor Agente Fiscal, Dr. Ignacio Armando Di Maggio, contra la R.I. n° 69/11 (fs. 191/vta.) dictada por el Juzgado Correccional n° UNO de esta ciudad que concedió la suspensión del proceso a prueba a los imputados Roberto Antonio Escobar y Otilia Del Valle Carabajal.

Concretamente, sostiene que la decisión recurrida afecta la intervención y participación del Ministerio Público Fiscal (Arts. 149 y 150, inc. 2, del C.P.P. y C.), al haberse concedido la suspensión del juicio a prueba pese a la opinión contraria de esa parte.

Señala que si el A-quo consideró infundado o arbitrario el dictamen fiscal, debió proceder a declarar su nulidad (Art. 60 del C.P.P. y C.), decisión que no fue adoptada en el caso de autos. Amén de ello, destaca que en el acta de audiencia se consignaron escuetamente las razones de la oposición fiscal a la concesión de la probation, sin expresar los verdaderos motivos de su negativa.

Entiende que “(...) el Tribunal del juicio no puede conceder el beneficio de suspensión de proceso a prueba en contra de la opinión fundada del Agente Fiscal, cuando el órgano requirente expresa la inconveniencia de que el suceso quede sin juzgamiento, ante la elaboración de un pronóstico razonable de aplicación –en el caso concreto- de una condena de pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo, aunque el imputado carezca de antecedentes” (Cfr. fs. 193 vta.).

En relación al fundamento de su oposición al otorgamiento de la probation, invoca que “(...) frente a la comisión de hechos delictivos dolosos, como lo es un delito de privación ilegítima de la libertad que ha generado en la víctima una afectación adicional, al ser privada del goce de un bien personalísimo,



como es la libertad individual de un modo ilegítimo, con el objeto de que ejercite contra su voluntad la prostitución, con el fin de destinar el producido de tal actividad al pago de una deuda dineraria, corresponde socialmente disponer el juzgamiento de tal hecho, sin suspender el proceso. Además (...), el pronóstico de aplicación de una sanción punitiva inferior a los tres años de prisión, debe realizarse mediante una hermenéutica completa de todas y cada una de las pautas que contiene el art. 26 del Código Penal y no únicamente un pronóstico aritmético sobre la base de la pena mínima y máxima conminada en abstracto por el legislador” (Cfr. fs. 202).

En efecto, cita antecedentes parlamentarios de la Ley 24316, relacionados con el carácter vinculante del dictamen fiscal.

Agrega que circunstancias tales como la carencia de antecedentes del imputado, o la eventual posibilidad de aplicar una pena en suspenso que permita la escala punitiva en abstracto del delito enrostrado, si bien son pautas que deben mensurarse al momento de evaluar la procedencia del beneficio de trato, no son las únicas que deben tenerse en cuenta para concederlo, debiendo valorarse también, por razones de política criminal, el interés social en que hechos delictivos como el de autos sean investigados, esclarecidos y juzgados. Máxime, cuando se trata de delitos dolosos, que afectan derechos de carácter personalísimos, como son la vida, la libertad individual, la integridad física y la integridad sexual.

Denuncia que lo resuelto por la Magistrado resulta violatorio del Art. 76 bis, cuarto párrafo, del Código Penal, por cuanto la actuación razonable y fundamentada del Ministerio Fiscal obstaculiza el otorgamiento de la *probation*, al considerar inconveniente en el presente caso una pena en suspenso. En consecuencia, opina que se está ante un supuesto de inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva (Art. 415, inc. 1°, del C.P.P. y C.).

Sostiene que, si según el precedente “Acosta” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se exige una ponderación de si la hipotética pena que en concreto habría de aplicarse al imputado en caso de condena sería o no mayor de tres años de prisión, es evidente que para tal análisis, deben considerarse todas las circunstancias que prevé el Art. 26 del Código Penal para la suspensión del cumplimiento de la pena.

Refiere que, conforme se desprende de la ley, el consentimiento del Fiscal resulta una condición ineludible para suspender el proceso a prueba, más aún, cuando se encuentra debidamente fundado. Que al actuar en contrario, el órgano jurisdiccional se arrogó ilegítimamente la disponibilidad de la acción penal. Menciona el fallo “Quiroga” (Fallos: 327:5863) del Máximo Tribunal Nacional.

Expresa que: “Si bien al Fiscal no le corresponde manifestar su voluntad en un sentido negativo para que su dictamen ‘per se’ resulte vinculante, debiendo siempre expresar sus conclusiones motivadamente, al órgano jurisdiccional tampoco le corresponde prescindir de aquella opinión si se encuentra fundada y disponer ‘contra legem’ la suspensión del proceso a prueba, sobre la base de un pronóstico matemático aislado del cual sólo se infiere únicamente la posibilidad abstracta de que para el supuesto de recaer sentencia condenatoria, correspondería dejar la pena en suspenso, por aplicación del art. 26 del Código Penal, sin atender a las particularidades que presenta el caso concreto, en una postura netamente abolicionista” (Cfr. fs. 208).

Además, en el supuesto en que el representante del Ministerio Público Fiscal preste conformidad a la *probation*, el tribunal puede evaluar si se encuentran o no reunidos los extremos exigidos por el Art. 76 bis del código de fondo y, en consecuencia, adoptar libremente su decisión. Pero la oposición fundada a su concesión, constituye un impedimento que determina la inviabilidad del instituto.

Alega que: “Del mismo modo que el Juez Correccional por imperio del art. 370 del CPPC, no puede condenar cuando el Agente Fiscal insta la absolución del imputado durante el juicio y/o tampoco puede imponer una pena superior o más grave, que la solicitada por el Ministerio Público Fiscal, aunque la misma se encuentre comprendida dentro de los límites máximos fijados en la escala conminada en abstracto, entiende que tampoco puede conceder el beneficio de *probation*, cuando el Agente Fiscal se opone razonablemente a su concesión, pues en tales situaciones la opinión del Fiscal tiene carácter ciertamente vinculante e impeditivo de una decisión favorable a los intereses que defiende la asistencia técnica, para el caso que se adoptara en un sentido adverso al propuesto” (Cfr. fs. 210 vta.).

II.- Que luego de analizado el recurso, la decisión cuestionada así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos del señor Agente Fiscal, soy de opinión –y así lo propongo al Acuerdo– que la casación deducida debe ser declarada procedente. Doy razones:

1) En las presentes actuaciones, se atribuye, prima facie, “(...) al imputado ESCOBAR ROBERTO ANTONIO (...) Que el día 24 de noviembre de 2009, siendo aproximadamente las 20,05 horas, concurrió al establecimiento educativo CENS Nro 15, sito en calles Paraguay y Primeros Pobladores de la ciudad de Cipolletti, Provincia de Río Negro, haciéndolo conjuntamente con SILVIA MARQUEZ y en tales circunstancias, tomaron ambos contacto con YANINA DAMARIS CONTRERAS, a quien le reclamaron un dinero de una supuesta deuda. Ante la negativa de ésta, la conducen ambos en contra de su voluntad y bajo el empleo de amenazas de ser denunciada a la finca sita en calle Belgrano nro 2145, a bordo de un automóvil marca Fiat, modelo Palio, Dominio registral GQC-299, que conducía el imputado. En tal lugar la mencionada MARQUEZ, ahora con la presencia de la co-imputada OTILIA DEL VALLE CARABAJAL vuelven a exigirle a la damnificada YANINA DAMARIS CONTRERAS, el pago de la deuda reclamada, al tiempo que la conducen hacia uno de los dormitorios de la vivienda. Una vez allí, CARABAJAL le refirió a la damnificada que se quedaría en dicho lugar a trabajar (servicio de sexo por dinero), hasta devolver el dinero que adeudaba, dejándola en el interior de la habitación en contra de su voluntad. Este accionar se vio interrumpido, por la llegada de personal policial de Comisaría Tercera, el que se produjo a las 0,25 horas del día 25 de noviembre de 2009, quienes fueron informados del suceso, a través del Sr. CESAR CONTRERAS, padre de la damnificada, previo ser alertado por aquella mediante el envío de correos de texto diversos y



llamados desde su teléfono celular, no llegando la víctima a tener ningún contacto con los eventuales “clientes”. (...) acusa a CARABAJAL OTILIA DEL VALLE (...), que el (...) día 24 de noviembre de 2009, siendo aproximadamente las 21,30 horas, (...), encontrándose en la finca sita en Belgrano nro 2145 de Neuquén, recibió a YANINA DAMARIS CONTRERAS, quien había sido trasladada y conducida a tal domicilio en contra de su voluntad y bajo amenazas de ser denunciada por los imputados MARQUEZ y ESCOBAR, para junto con MARQUEZ SILVIA ANDREA, exigirle a la damnificada el pago de una deuda, al tiempo que la conducen a uno de los dormitorios de la vivienda. Una vez allí, la imputada CARABAJAL le refirió a la damnificada que se quedaría en dicho lugar a “trabajar” (servicio de sexo por dinero) hasta devolver la suma de dinero supuestamente adeudada (...). Este relato fáctico se desprende del requerimiento fiscal de elevación a juicio (fs. 126/129 vta.), en el que se calificó la conducta desplegada por los encartados como coautores del delito de Privación Ilegítima de la Libertad (Arts. 45 y 141 del Código Penal). También, en dicha oportunidad, el representante de la vindicta pública estimó que oportunamente requeriría una pena de prisión inferior a los tres años, por lo que consideró competente al fuero correccional.

2) Radicado el expediente en el Juzgado Correccional n° UNO de esta ciudad, al celebrarse audiencia preliminar al juicio (fs. 191/vta.), la defensa de los imputados solicitó la concesión de la suspensión del juicio a prueba, toda vez que, en atención a la falta de antecedentes condenatorios de Escobar y Carabajal y la calificación legal asignada al hecho que se les enrostrara, en caso de recaer condena, la misma podría ser de ejecución condicional. Cedita la palabra al representante del Ministerio Fiscal, el mismo se opuso al otorgamiento del beneficio solicitado, fundando su opinión en que en este caso en particular “(...) gravita la repercusión social del hecho (...), (...) se trata de un hecho grave que amerita ser juzgado. (...) el ofrecimiento económico resulta irrisorio y por tratarse de un derecho de índole personalísimo el afectado debería estar presente en la audiencia” (fs. 147 vta.), a lo cual agregó que el Magistrado no solo debe considerar el primer y cuarto párrafo del Art. 76 bis del C.P. a la hora de conceder el beneficio solicitado sino todo lo dispuesto en la mencionada norma. En base a dicho dictamen, que el A-quo consideró infundado, y en las circunstancias de no tener antecedentes condenatorios los imputados y encuadrar el suceso en el primer párrafo del Art. 76 bis del C.P. al tener prevista una pena máxima de tres años, se dictó la resolución aquí objetada.

3) Que respecto al carácter que debe asignársele al “consentimiento del Fiscal” que exige el cuarto párrafo del Art. 76 bis del Código Penal, este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas oportunidades, cuyos precedentes algunos han sido citados por el entonces señor Fiscal del Tribunal Superior de Justicia, Dr. Mario Alberto Tribug, al ampliar fundamentos. En efecto, ya al fallarse en los autos “Morales” (Acuerdo n° 15, del 31/03/1999), este Tribunal Superior de Justicia afirmó que la opinión negativa del fiscal no es vinculante (esto es: obligatoria) para el juez, al momento de decidir la concesión o no del beneficio. A tal efecto, delimitó el perfil de esta exigencia, al expresar, con cita de Carlos Edwards (“La Probation en el Código Penal Argentino. Ley 24.316”, Marcos Lerner Editora, pág. 56), que “más que un consentimiento, lo que debe expedir el fiscal es un dictamen; ese es justamente el término que se utiliza en el Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional, que describe precisamente la forma de actuación del fiscal: a través de requerimientos y conclusiones (...) Creemos (...) que la única hermenéutica compatible con la dinámica de este instituto, es que el fiscal sólo verifica la existencia de los presupuestos de procedencia y la ausencia de los presupuestos de improcedencia establecidos para el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba; más que un ‘consentimiento’ es una ‘comprobación o verificación’ de admisibilidad que efectúa el fiscal”. Esta postura es la que se mantuvo, invariablemente, en reiterados pronunciamientos de este Cuerpo (“Norambuena”, Acuerdo n° 4/2001; “Tardugno”, Acuerdo n° 39/2005, entre otros); incluso, es la tesis que ha seguido esta Sala Penal (“Rivas”, Acuerdo n° 43/2010; “Cuevas”, Acuerdo n° 31/2011, entre otros).

También se sostuvo, en los precedentes “Simonelli” (R.I. n° 179/2009), y “Cuevas” –ya citado-, entre muchos otros, citando jurisprudencia, que “en punto a la oposición del Ministerio Público Fiscal respecto de la concesión del beneficio solicitado [suspensión del proceso a prueba], se ha señalado que sólo la apreciación respecto a la imposibilidad de que la eventual condena fuere de cumplimiento en suspenso –en la medida en que no resulta manifiestamente arbitraria-, vincula al órgano jurisdiccional y no puede ser cuestionada” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, in re “Guzmán, José Alberto s/ Suspensión del proceso a prueba”, c. 17.328, reg. 18.563, del 10/4/01, citado por Fernando Díaz Cantón en “Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Tomo 6, pág. 192”).

4) Sin embargo, adhiriendo en un todo al voto de la Dra. Lelia Graciela M. de Corvalán en el Acuerdo n° 134/13 -“DIEZ LATTARI”-, considero que en el presente caso no resulta de aplicación la doctrina de este Cuerpo enunciada precedentemente, “(...) toda vez que se trata de un hecho de violencia contra una mujer, en los términos de la Convención Americana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, denominada “Convención de Belem do Pará”, aprobada por nuestro Congreso de la Nación mediante Ley 24.632. En efecto, la plataforma fáctica enunciada, encuadra en las previsiones del Art. 1 de la citada Convención, el cual establece que “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause su muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

En este sentido, en dicha normativa convencional se establece que “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: (...) b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (...); f) establecer procedimientos legales



justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos (...)” (art. 7).

Siendo que nuestro país ha adherido a dicha Convención, se encuentra obligado a actuar en consecuencia de los objetivos trazados en dicho Pacto. De esta manera, conceder la suspensión del juicio a prueba, tal como (...) resolviera el A-quo, implicaría el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado Argentino, ya que permitir la no realización del juicio, supone contrariar los propósitos de prevención, sanción y erradicación de la violencia de género.

Esta postura que se asume, se compadece con la doctrina fijada recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Góngora” (Fallo G.61.XLVIII, del 23 de abril de 2013), en el que se sostuvo que la concesión de la suspensión del juicio a prueba en hechos delictivos que implican violencia de género, desatiende el artículo 7 de la mencionada normativa convencional, en el que se ha previsto el compromiso del Estado de sancionar esta clase de hechos, en pos del cumplimiento de las finalidades generales propuestas en la denominada “Convención de Belem do Pará”: prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer. En este sentido, de manera contundente el Alto Tribunal Nacional expresa que “esta Corte entiende que siguiendo una interpretación que vincula a los objetivos mencionados con la necesidad de establecer un ‘procedimiento legal justo y eficaz para la mujer’, que incluya ‘un juicio oportuno’ (...), la norma en cuestión impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional, tal el caso de nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente” (C.S.J.N., “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092”, Fallo G.61.XLVIII, del 23 de abril de 2013). Es que, como lo ha señalado la Corte, “Si examinamos las condiciones en las que se encuentra regulado ese beneficio probatorio en la ley de fondo resulta que, de verificarse las condiciones objetivas y subjetivas previstas para su viabilidad, la principal consecuencia de su concesión es la de suspender la realización del debate. Posteriormente, en caso de cumplir el imputado con las exigencias que impone la norma durante el tiempo de suspensión fijado por el tribunal correspondiente, la posibilidad de desarrollarlo se cancela definitivamente al extinguirse la acción penal a su respecto (cfr. artículo 76 bis y artículo 76 ter del citado ordenamiento)” (Cfr. Ac. n° 134/13).

5) Sin perjuicio de lo dicho, si bien advierto que el dictamen fiscal no expresó como razón de su oposición una pretensión punitiva de encierro efectivo en caso de una eventual condena, no es menos cierto que sí lo hizo en la naturaleza del hecho, que constituye un acto de violencia física contra una mujer, lo cual a la luz de la normativa convencional referida, al precedente “Góngora” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a la posición –como se viera- adoptada por esta Sala en “Diez Lattari”, resulta acertado, razón por la cual deviene debidamente fundamentado.

Considero haber demostrado la razón por la cual –y tal como ya lo anticipara-, la casación deducida, debe ser declarada procedente. Tal es mi voto.

La Dra. LELIA G. MARTINEZ DE CORVALAN dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

A la segunda cuestión, el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Atento al modo en que resolviera la cuestión precedente, propongo al Acuerdo se haga lugar al recurso de casación deducido y, en su consecuencia, se case el pronunciamiento impugnado por errónea aplicación de la ley penal sustantiva (Art. 415, inciso 1°, del C.P.P. y C. y art. 76 bis del C.P.), revocándose la resolución interlocutoria n° 69, del 01 de agosto de 2011, dictada por el Juzgado Correccional n° UNO de esta ciudad, que concediera la suspensión del proceso a prueba oportunamente otorgada a los imputados Roberto Antonio Escobar y Otilia Del Valle Carabajal (Art. 428 del C.P.P. y C.). Mi voto.

La Dra. LELIA G. MARTINEZ DE CORVALAN dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión.

A la tercera cuestión, el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Sin costas en la instancia (Art. 493 del C.P.P. y C.). Mi voto.

La Dra. LELIA G. MARTINEZ DE CORVALAN dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE: I.- CASAR la Resolución Interlocutoria n° 69, de fecha 01 de agosto de 2011, obrante a fs. 191/vta., dictada por el Juzgado Correccional n° UNO de esta ciudad, por errónea aplicación de la ley penal sustantiva y revocar la suspensión del juicio a prueba otorgada a los imputados Roberto Antonio Escobar y Otilia Del Valle Carabajal (Arts. 415, inciso 1°, y 428 del C.P.P. y C. y Art. 76 bis del Código Penal). II.- Sin costas (Art. 493 del C.P.P. y C.). III.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las presentes actuaciones al Juzgado de origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

DR. ANTONIO G. LABATE - DRA. GRACIELA M. de CORVALÁN

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario



[Volver al índice](#) - [Por Organismo](#)
- [Por Tema](#)
- [Por Carátula](#)

"GAAB MIGUEL ÁNGEL – MARIPE ANDRÉS JESÚS – SCARFI CARLOS GUILLERMO – GENTILI ALDO LUIS S/ ADMINISTRACIÓN INFIEL" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: 245/2012) – Acuerdo: 189/13 – Fecha: 20/12/2013
DERECHO PROCESAL PENAL: Suspensión del juicio a prueba.

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO. NULIDAD. DICTAMEN FISCAL. CARACTER VINCULANTE.

Corresponde declarar parcialmente admisible el recurso interpuesto por cuanto es insanablemente nulo el sobreseimiento dispuesto en relación a uno de los coimputados, en tanto a través de tal pronunciamiento se le negó a las partes (Fiscal y Defensa) alegar a favor y en contra del hecho motivo de autos, imposibilitando así su legal intervención en el proceso (art. 150, incs. 2 y 3, del C.P.P. y C.).

El dictamen fiscal no es vinculante para el Juez, al momento de evaluar la procedencia o improcedencia de una solicitud de suspensión de juicio a prueba, si la misma no se fundó en la imposibilidad de aplicar una pena de ejecución condicional (art. 26, a contrario sensu, del C.P.); por ende, el Juez no se arrogó funciones que no le pertenecían, sino que resolvió cuestiones conducentes para la dilucidación de la causa.

Texto completo:

ACUERDO N° 189/2013: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veinte días del mes de Diciembre del año dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores ANTONIO G. LABATE y LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para dictar sentencia en los autos caratulados "GAAB MIGUEL ÁNGEL – MARIPE ANDRÉS JESÚS – SCARFI CARLOS GUILLERMO – GENTILI ALDO LUIS S/ ADMINISTRACIÓN INFIEL" (expte. n° 245 - año 2012) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: I.- Que por resolución interlocutoria n° 157/2012, emitida por el Juzgado en lo Correccional n° 1, de esta ciudad, se resolvió, en lo que aquí interesa: "...2. HACER LUGAR A LA SUSPENSIÓN DE JUICIO A PRUEBA DE ANDRES JESUS MARIPE Y ALDO LUIS GENTILI, para el caso que ofrezcan una reparación mensual de \$ 500 (pesos quinientos) durante el plazo de UN AÑO Y MEDIO, que deberá durar la suspensión, por cada uno de ellos y bajo las siguientes obligaciones..." (fs. 888/890).

En contra de tal resolución, dedujo recurso de casación el señor Fiscal, Dr. Ignacio Armando Di Maggio (fs. 896/914 vta.).

Por aplicación de la ley 2.153 de reformas del Código Procesal (ley 1.677), y lo dispuesto en el art. 424, párrafo 2°, del C.P.P. y C., ante el requerimiento formulado, el recurrente no hizo uso de la facultad allí acordada, por lo que a fs. 991 se produjo el llamado de autos para sentencia.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Antonio G. Labate y Dra. Lelia G. Martínez de Corvalán.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el art. 427 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1°) ¿Es formalmente admisible el recurso de casación interpuesto?; 2°) ¿Es procedente el mismo?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo:

a) El escrito fue presentado en término, ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, por parte legitimada para ello.

b) En cuanto a la definitividad o no del decisorio cuestionado, ha venido sosteniendo el Cuerpo de manera invariable, a partir del precedente "Morales, Luis Onofre s/ Hurto Impropio" (R.I. n° 113/98), que tal pronunciamiento resulta equiparable a sentencia definitiva en los términos del art. 416 del ritual.

c) Además, la impugnación resulta autosuficiente porque de su lectura se hace posible conocer como se configura -a juicio del recurrente- el motivo de casación aducido y la solución final que propone.

Por ende, debe declararse, desde un estricto análisis formal, la admisibilidad del recurso.

La Dra. LELIA G. MARTINEZ de CORVALAN dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.



A la segunda cuestión el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: I.- En concreto, el Dr. Di Maggio plantea los siguientes puntos de agravio:

a) Bajo el carril casatorio previsto en el art. 415, inc. 1º, del C.P.P. y C., el señor Agente Fiscal arguye que la decisión habría incurrido en una errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 76 bis, cuarto párrafo, del C.P.), al conceder a los imputados la suspensión del juicio a prueba prescindiendo de la oposición formulada por la acusación pública en el respectivo dictamen, que, a su juicio, tendría un carácter vinculante para el Juez (fs. 905).

Sumado a ello, aduce que el dictamen se habría fundado en la inconveniencia de aplicar una pena en suspenso (art. 26, a contrario sensu, del C.P.); tratándose, la imputación, de un delito de defraudación por administración infiel en la que estaban comprometidos fondos públicos (por la Confederación Neuquina de Deportes); proponiendo, al propio tiempo, una interpretación amplia del concepto “funcionario público”. En ese marco, tacha de irrisoria a la reparación del daño causado, ofrecida por los enjuiciados, señalando que, en casos como el presente, en donde estamos en presencia de actos ilícitos de corrupción administrativa, debería primar razones de política criminal adversas a la concesión del instituto, ante las graves consecuencias que ellos implican.

En forma paralela, asevera que la resolución objetada afectó la intervención del Ministerio Público Fiscal en los actos en que aquella es obligatoria (arts. 149 y 150, inc. 2º, del rito local); comprometiendo la imparcialidad que debe presidir la actuación del órgano jurisdiccional (fs. 896 y 909 vta.).

b) Como segundo motivo, aduce que el sobreseimiento del coimputado Carlos Guillermo Scarfi sería arbitrario e inmotivado, basado en una pura subjetividad, al vulnerar el principio del juicio contradictorio, por presuponer una valoración de la prueba de carácter previa a la correspondiente apertura del debate (fs. 913).

II.- Que, a fs. 968/971, se presentó la Dra. Laura Cancela, por entonces a cargo de la Defensa de Aldo Luis Gentili, a fin de contestar los términos del recurso interpuesto por la Fiscalía.

Solicita que el recurso sea declarado inadmisibles en base a que, en realidad, el Fiscal habría alegado tan sólo tres argumentos para oponerse a la concesión de la suspensión del juicio a prueba: a) la inconveniencia social de su otorgamiento en este tipo de conductas, b) que el ofrecimiento sería irrisorio, en comparación con el monto del perjuicio patrimonial ocasionado, y c) que los imputados deberían ser equiparados a funcionarios públicos, en los términos del art. 76 bis, séptimo párrafo, del Código Penal.

Recuerda que, en el requerimiento de elevación a juicio, se intimó el delito previsto en el art. 173, inc. 7º, del C.P., adelantándose que la pena requerida no superaría los tres años de prisión; con lo que se asignaba competencia al Juzgado Correccional. Pero nunca se hizo referencia, según la letrada, a un perjuicio patrimonial en contra de la administración pública, en tanto los bienes administrados no eran estatales, sino propiedad de una Asociación Civil; lo que haría inviable la pretendida equiparación de los imputados a los “funcionarios públicos”.

Por lo demás, la negativa expresada por la acusación pública no se habría basado en la posibilidad de que, en caso de recaer condena, la misma fuera de cumplimiento efectivo. Es decir, que se trataría de un motivo extemporáneo. Y, en lo que hace al monto de la reparación, la misma incluso habría sido elevada a instancias del magistrado interviniente, lo que la lleva a postular que la oposición fiscal sería inmotivada.

III.- Asimismo, a fs. 973/976, el Dr. Ricardo H. Cancela, Defensor ante este Alto Cuerpo, presentó un escrito de refutación de argumentos.

a) En primer término, aduce que el consentimiento fiscal al que hace alusión el art. 76 bis, cuarto párrafo, del C.P., no sería vinculante para el Juez, en tanto y en cuanto el mismo no esté fundado en derecho.

Agrega que la Fiscalía se opuso a la concesión del instituto por tres motivos: el carácter irrisorio de la reparación económica ofrecida, la inconveniencia social de resolver estos hechos a través de medios alternativos, y la hipotética calidad de funcionario público que tendrían los acusados. En cuanto al monto de la reparación, señala que, ante la elevación del mismo, el agravio es inexistente. Además, sería injustificada la supuesta inconveniencia social de otorgar el beneficio, por cuanto ella no estaría sustentada en las características del hecho ni en los daños ocasionados por el delito; y, en lo relativo a la presunta calidad de funcionario público que ostentarían los imputados, se trataría de una alegación tardía, de la cual éstos no pudieron defenderse.

Discrepa con que los enjuiciados merezcan pena de prisión efectiva; no registran antecedentes y se les atribuye un delito de índole económico.

Tampoco sería atendible el argumento relativo a que el magistrado se arrogó funciones que le incumben a la acusación pública, en tanto la resolución se dictó una vez que la Fiscalía había dictaminado; en un todo de acuerdo con el principio contradictorio.

b) Indica que el segundo motivo sería igualmente impróspero, desde que el sobreseimiento de Scarfi, dispuesto por el Juez, es equiparable al sobreseimiento de Gaab, que habría sido pedido, a fs. 847/848, desde la propia Fiscalía.

Aparte, sugiere que el derecho al recurso es una facultad que pertenece al imputado; es que, en caso de otorgárselo a la Fiscalía, se afectaría la prohibición de la doble persecución penal.



c) Solicita que el tribunal se constituya según los términos del art. 239 de la Carta Magna local, pues, de lo contrario, se afectarían las garantías del Juez natural y de acceso al tribunal superior de la causa (art. 18 de la C.N.).

Hizo reserva del caso federal.

IV.- Que luego de analizado el recurso, la sentencia cuestionada así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos de la Fiscalía, soy de opinión –y así lo propongo al Acuerdo– que la casación deducida debe ser declarada parcialmente procedente; con los alcances que a continuación se expresan:

a) Como primer punto de agravio, el señor Agente Fiscal planteó una errónea aplicación de la ley sustantiva en relación con la concesión del instituto de la suspensión del juicio a prueba a los imputados Andrés Jesús Maripe y Aldo Luis Gentili (art. 415, inc. 1º, del C.P.; art. 76 bis, cuarto párrafo, del C.P.); profundizando la crítica en relación a que la negativa fiscal, emitida en el correspondiente dictamen, sería vinculante para el Juez al estar basada en la inconveniencia de aplicar una pena de prisión de cumplimiento condicional (art. 26, a contrario sensu, del C.P.), así como también tomando en cuenta que el acto ilícito enrostrado se vincula con hechos de corrupción administrativa en los cuales no se debería hacer lugar a lo peticionado por razones de política criminal.

Para comenzar, no comparto que la facultad recursiva compete solamente al imputado. En cambio, opino que la Fiscalía, en casos de sentencia arbitraria, puede ejercer dicha facultad en aras a preservar el derecho a la tutela judicial efectiva.

a.1) Sin embargo, voy a coincidir con la Defensa en que la negativa fiscal a la concesión del beneficio se fundó en tres puntos: a) que el monto de la reparación económica era irrisorio, b) que existiría una inconveniencia social en aplicar, en este caso, una solución como la propuesta, y c) que la conducta de los enjuiciados sería asimilable a la de los funcionarios públicos (fs. 879).

Por consiguiente, es evidente que la negativa no se fundó en la imposibilidad de aplicar una pena de prisión en suspenso (art. 26, a contrario sensu, del C.P.); único supuesto en el que su opinión, siempre y cuando estuviera fundada en derecho, podría ser considerada vinculante para el órgano jurisdiccional. En consecuencia, el Juez no se arrogó funciones ajenas a su competencia, sino que resolvió cuestiones conducentes para la dilucidación de la causa, en el marco de sus facultades.

En casos parcialmente análogos al presente, nos hemos expedido de esa manera, en el sentido que: “...este Tribunal Superior de Justicia (...) en el precedente ‘Simonelli’ (Res. Interlocutoria N° 179/2009), y (...) esta Sala en los autos ‘Cuevas’ –ya citado-, (...) sostuvo, citando prestigiosa doctrina y jurisprudencia, que ‘en punto a la oposición del Ministerio Público Fiscal respecto de la concesión del beneficio solicitado [suspensión del proceso a prueba], se ha señalado que sólo la apreciación respecto a la imposibilidad de que la eventual condena fuere de cumplimiento en suspenso –en la medida en que no resulta manifiestamente arbitraria-, vincula al órgano jurisdiccional y no puede ser cuestionada’ (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, in re ‘Guzmán, José Alberto s/ Suspensión del proceso a prueba’, c. 17.328, reg. 18.563, del 10/4/01, citado por Fernando Díaz Cantón en ‘Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación’, Tomo 6, pág. 192)...” (Acuerdo n° 37/2011, “Eztefen, Jorge Alberto s/ Ptas. Lesiones Culposas”, rto. el 15/06/2011). Por lo demás, en otra oportunidad, precisé que: “...debe concluirse que para la procedencia de la probation (art. 76 bis, C.P.), siempre se exige un pronóstico punitivo de una hipotética condena de ejecución condicional (art. 26, C.P.), con independencia de la escala penal conminada en abstracto para el delito de que se trate. Ello, en virtud de que es el resultado racional de una hermenéutica armónica del cuerpo legal, que se impone por sobre una interpretación aislada de la normativa del instituto de trato. (...). Este criterio que sostengo, encuentra su razón en la expresa referencia a la procedibilidad de la condenación condicional del artículo 26 del Código Penal, que formula el cuarto párrafo del art. 76 bis del mismo cuerpo legal...” (Acuerdo n° 32/2011, “Troncoso, Ernesto s/ Lesiones Culposas”, rto. el 06/06/2011; en idéntico sentido puede consultarse el Acuerdo n° 37/2011, “Eztefen, Jorge Alberto s/ Ptas. Lesiones Culposas”, rto. el 15/06/2011)...” (Acuerdo n° 46/2012, “Trecanao, Roberto Ariel s/ Abuso Sexual”).

Sentado ello, comparto los argumentos de la decisión en cuanto a que: a) el delito no revestía una especial gravedad, desde que la Fiscalía entendió que el caso era de competencia del Juzgado Correccional, b) era conveniente aplicar la suspensión del juicio a prueba en este tipo de delitos, porque haría viable que el autor repare económicamente el daño causado a la víctima, y c) se evita la aplicación de una pena de prisión efectiva (fs. 889).

a.2) De otro lado, también concuerdo con la respuesta brindada por el *a quo* respecto a la cuestión de la razonabilidad de la reparación económica ofrecida a la víctima (art. 76 bis, tercer párrafo, del C.P.), que, teniendo en cuenta la observación de la Fiscalía, fue largamente acrecentada (fs. 878 vta. y 889/889 vta.).

a.3) Tampoco acierta el recurrente al afirmar que los imputados deberían ser equiparados a funcionarios públicos.

En relación a esta materia, comparto la apreciación del magistrado de anterior instancia relativa a que el Ministerio Público Fiscal no aludió, en el requerimiento de elevación a juicio (fs. 819/827 vta.), a ningún perjuicio en contra de la Administración Pública, pues, en tal caso, debió haber requerido en orden a la figura prevista en el art. 174, inc. 5º, del C.P.; destacando que tanto el Presidente como el Vicepresidente de la Confederación Neuquina de Deportes formaban parte de una Asociación Civil, ajena al ámbito de la Administración Pública (fs. 889).



Así las cosas, tan sólo el señor Aldo Luis Gentili ostentaba el carácter de funcionario público (Anexo II del Decreto n° 698/2006), desempeñándose en la Dirección de Coordinación de Instituciones Federadas (fs. 284). Sin embargo, por los motivos expuestos en el párrafo anterior, no podría evaluarse que hubiese cometido el delito en ejercicio de sus funciones.

Tiene dicho este Cuerpo, en alusión a este tema que: "...Respecto de la calidad de funcionario en los términos del art. 77 del C. Penal, es el concepto de participación en la 'función pública', lo que determina aquella. 'En efecto, al referirse al concepto de funcionario público establecido por el art. 77 4° párrafo del C. Penal, Ricardo C. Nuñez afirmó que: 'En lo que al derecho penal atañe, lo que da la idea de lo que es' un funcionario' (...) es la participación en el ejercicio de funciones públicas. Esta participación existe cuando el Estado ha delegado en la persona, de manera exclusiva o en colaboración con otras, la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público" (conf. 'El Significado del concepto 'funcionario público' en el Código Penal', J.A., Doctrina -Serie Contemporánea- 1970, pág. 545. (...). (conf. Acuerdo n° 4/1999, voto del Dr. Fernando R. Macome). (...). Sentado lo que antecede, queda ahora por precisar cuando la participación de un sujeto en la ejecución de un acto puede ser calificada como realizada en esa función (función pública). Siguiendo nuevamente la opinión de Nuñez, debo concluir por afirmar que ello ocurre cuando, la función en que participa, tiene por cometido la realización de un fin público; aclarando que: '(...) por fin público (...) se debe entender lo relativo al desenvolvimiento estricto de la administración pública o de la legislación y justicia (...)'" (conf. 'Tratado de Derecho Penal', Parte General, T° II, Edit. Lerner, Córdoba, 1988, pág. 433/434...)'" (Acuerdo n° 15/1999, "Morales, Luis Onofre s/ Hurto Impropio", rto. el 31/03/1999).

En sentido coincidente, la doctrina enseña que: "...Al concepto sostenido por Núñez, Avila agrega que el bien jurídico tutelado por cada tipo penal debe ser considerado para determinar si efectivamente, en el caso concreto, el agente ejercía o no las funciones públicas a que se refiere este párrafo del art. 77..." (D'Alessio, Andrés José (Dir.) – Divito, Mauro A. (Coord.). "Código Penal comentado y anotado", 1° ed., 1° reimpr., Bs. As., La Ley, 2007, págs. 764/765).

V.- En lo que respecta a la constitución del Tribunal en Salas (Acuerdos n° 4464, pto. XIII, y 4877, pto. 8), la Defensa omitió cualquier tipo de alusión a la ley 2239 que modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial autorizando la constitución del tribunal en Salas, así como también al art. 241, inc. c), de la Constitución Provincial, que así lo faculta, sellando la suerte adversa del recurso (cfr. Acuerdo n° 57/2012, "Riquelme", rto. el 23/08/2012, entre muchos otros).

VI.- Distinta será la respuesta que daré al motivo interpuesto en contra del sobreseimiento dictado a favor del imputado Carlos Guillermo Scarfi (fs. 888/890, pto. resolutivo I).

Una somera lectura de estas actuaciones me permite advertir un grave déficit, en tanto el magistrado de la instancia anterior, al resolver del modo en que lo hizo, se apartó abiertamente de lo dispuesto por la ley procesal aplicable, más concretamente los arts. 299 y 326 del C.P.P. y C..

En efecto, el sobreseimiento recurrido fue dictado mientras el legajo se encontraba en la etapa de juicio, es decir se realizó la instrucción, se produjo el requerimiento de elevación a juicio por parte del Fiscal de grado, considerándose que el hecho que se atribuía a Carlos Guillermo Scarfi, consistía en que: "...en ocasión en que ALDO LUIS GENTILI y ANDRES MARIPE, en su condición de presidente y vicepresidente de la Confederación Neuquina de Deportes, teniendo por disposición de la autoridad pública Provincial la administración de los fondos de la Confederación Neuquina de Deportes, violentando los deberes a su cargo y con el fin de procurarse para sí o para terceros un lucro indebido, en fecha 7 de Diciembre del año 2007 –y para ser pagado el día 18 de Febrero de 2008-, obligaron abusivamente a la asociación civil sin fines de lucro, librando sin causa alguna que los justifique, el cheque de pago diferido Serie H-54402917 a la orden de Nicaluan SRL, perteneciente a la cuenta corriente bancaria n° 193845/002 del Banco de la Provincia del Neuquén, Sucursal Félix San Martín, cuyo titular e la CONFEDERACIÓN NEUQUINA DE DEPORTES, por la suma de VEINTIDÓS MIL CIENTO CUARENTA PESOS (\$ 22.140), cheque endosado por el gerente de la sociedad comercial GUILLERMO SCARFI y que al ser depositado para su cobro, el mismo fue rechazado por causas ajenas a la voluntad de los partícipes, por encontrarse la cuenta corriente bancaria sin provisión de fondos, conforme constancia de rechazo; posteriormente, con copia del cartular, se inicia contra la asociación, Juicio ejecutivo a fin de perfeccionar el perjuicio..." (fs. 820 vta./821), calificando tal conducta en la norma prevista en el art. 173, inc. 7°, del Código Penal; se dispuso la clausura de la instrucción (fs. 845) y se produjo la citación a juicio de las partes (fs. 849).

Que con posterioridad a la citación a juicio, y a los fines de resolver el sobreseimiento de Carlos Guillermo Scarfi, no se produjo -durante la etapa de juicio- ninguna prueba nueva tendiente a determinar que el imputado obró en estado de inimputabilidad; ni se determinó que existiera o sobreviniera una causa extintiva de la acción penal que para comprobarla no sea necesario el debate.

Al ser ello así -al no darse alguna de las situaciones previstas en el art. 326 del código ritual, se vedó a las partes la posibilidad de argumentar y contra argumentar sobre el tópico que resuelve el Juez Correccional, esto es en cuanto a la existencia o no de dolo directo, situación que encuadró en los arts. 4 y 301, inc. 4°, del código ritual (fs. 888/890); con lo que se incumplió la manda de los arts. 299, 326 y 150, incs. 2 y 3, del C.P.P. y C., ya que se imposibilitó la intervención de las partes en uno de los actos centrales en el proceso, esto es, de alegar sobre dicha



conducta en el debate; más precisamente, al Ministerio Público Fiscal concretar la acusación por un delito de acción pública, y a la Defensa, la posibilidad de aportar prueba y alegar sobre la inocencia de su asistido. Todo lo cual permite concluir que se verifican las causales de nulidad absoluta del art. 150 del rito local, en cuanto se vedó la posibilidad de intervención de las partes en el juicio.

Como corolario de los argumentos expuestos, la resolución de fs. 888/890, pto. I.-, deviene insanablemente nula, así como también sus actos consecuentes, en tanto a través de tal pronunciamiento se le negó a las partes (Fiscal y Defensa) alegar a favor y en contra del hecho motivo de autos, imposibilitando así su legal intervención en el proceso (art. 150, incs. 2 y 3, del C.P.P. y C.).

Conforme a lo dispuesto en el punto precedente, y considerando que el Juez que dictó la resolución que se anula, ya emitió opinión sobre el fondo de la cuestión, habrá de remitirse los autos a origen para que, a través del subrogante legal que corresponda, continúen los autos según su estado.

Creo así haber fundado las razones por las cuales, como ya anticipara, la casación deducida debe ser declarada *parcialmente procedente*.
Mi voto.

La Dra. LELIA G. MARTINEZ de CORVALAN dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión.

A la tercera cuestión, el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Atento la respuesta dada a la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que el motivo atinente a la errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 76 bis, cuarto párrafo, del C.P.; art. 415, inc. 1°, del rito local) sea rechazado, por no verificarse los agravios que allí se exponen. En cambio, opino que corresponde HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación deducido, DECLARANDO LA NULIDAD ABSOLUTA de la resolución interlocutoria N° 157/2012, de fs. 888/890, pto. I.-, y sus actos consecuentes, en cuanto dispuso el sobreseimiento total y definitivo de Carlos Guillermo Scarfi, al negar a las partes (Fiscal y Defensa) la posibilidad de alegar a favor y en contra del hecho motivo de autos, imposibilitando así su legal intervención en el proceso (art. 150, incs. 2 y 3, del C.P.P. y C.). Asimismo, propongo DEVOLVER los autos a origen para que, con el Subrogante legal que corresponda, continúen los autos según su estado. Mi voto.

La Dra. LELIA G. MARTINEZ de CORVALAN dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, el Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Sin costas en la instancia (art. 493, primera parte, del C.P.P. y C.). Mi voto.

La Dra. LELIA G. MARTINEZ de CORVALAN dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE: I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano estrictamente formal el recurso de casación deducido, a fs. 896/914 vta., por el señor Fiscal, Dr. Ignacio Armando Di Maggio; II.- RECHAZAR la impugnación antedicha, en lo atinente al agravio que postulaba la errónea aplicación de la ley sustantiva (arts. 76 bis, cuarto párrafo, del C.P.; 415, inc. 1°, del rito local), por no verificarse los agravios que allí se exponen; III.- HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación deducido, DECLARANDO LA NULIDAD ABSOLUTA de la resolución interlocutoria N° 157/2012, de fs. 888/890, pto. I.-, y sus actos consecuentes, en cuanto dispuso el sobreseimiento total y definitivo de Carlos Guillermo Scarfi (art. 150, incs. 2 y 3, del C.P.P. y C.); DEVOLVIENDO los autos a origen para que, con el Subrogante legal que corresponda, continúen los autos según su estado; IV.- SIN COSTAS en la instancia (art. 493, primera parte, del C.P.P. y C.); V.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

DR. ANTONIO G. LABATE - DRA. GRACIELA M. de CORVALÁN

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario

[Volver al índice](#) - [Por Organismo](#)
- [Por Tema](#)
- [Por Carátula](#)

"P. N. D. A. S/ ABUSO SEXUAL" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal - (Expte.: I 12/2012) – Acuerdo: 190/13
– Fecha: 20/12/2013

DERECHO PROCESAL PENAL: PRUEBA.

PRUEBA TESTIMONIAL. VALORACION DE LA PRUEBA. VICTIMA. PENA. VALUACION DE LA PENA. QUERELLA.
DEFENSOR DE MENORES.



Corresponde declarar improcedente el recurso interpuesto por cuanto no se verifica arbitrariedad en la valoración de la prueba. En los delitos de abuso sexual, donde la acción se lleva a cabo en la intimidad, la declaración de la víctima, puede integrar la prueba de cargo suficiente para desvirtuar el estado de presunción de inocencia.

Tampoco se encuentra trasgredido el principio de congruencia en cuanto a la imposición de la pena al ser válido que el Tribunal dicte condena con la acusación del querellante en solitario, es aún más factible que los magistrados de juicio apliquen la pena solicitada por éste, aún cuando no coincida con la peticionada por el fiscal, pues, que ésta –la pretendida por el fiscal- sea menor, no limita la jurisdicción del tribunal “La sentencia condenatoria es aquella que admite la pretensión punitiva que mediante el ejercicio de la acción penal hizo valer el ministerio público fiscal o querellante [esto último, según la doctrina “Santillan”, CS-Fallos, 321:2021, LL, 1998-E-329]...”. (Guillermo Rafael Navarro y Roberto Raúl Daray “Código Procesal Penal de la Nación”, 3era. Edición, Tomo II, Edit. HAMMURABI, pág. 1184).

Finalmente existe inobservancia de los arts. 40 y 41 del Código Penal. Al delito por el cual finalmente fue condenado el imputado “abuso sexual con acceso carnal agravado en concurso real con abuso sexual con acceso carnal” (arts. 119, 1er. y 3er. párr., incs. ‘b’ y ‘f’, 45 y 55 todos del Código Penal), le corresponde una pena que se debe graduar entre un mínimo (8 años), y un tope máximo (35 años), de lo que se concluye que la establecida se encuentra dentro de los márgenes establecidos por el Código Penal.

Texto completo:

ACUERDO N° 190/2013: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veinte días del mes de Diciembre de dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores LELIA GRACIELA M. DE CORVALÁN y ANTONIO G. LABATE, con la intervención del señor Secretario, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para dictar sentencia en los autos caratulados “P. N. D. A. S/ Abuso sexual” (expte. n° 112 - año 2013) del Registro de la Secretaría Penal.

ANTECEDENTES: Por sentencia n° 01/13 (fs. 273/306), la Cámara en lo Criminal Segunda de esta ciudad resolvió, en lo que aquí interesa: “(...) I.- *CONDENAR a D. A. P. N., (...), como autor penalmente responsable del delito continuado de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO en CONCURSO REAL con ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (arts. 119, primer y tercer párrafo, incisos ‘b’ y ‘f’ 45 y 55, todos del C. Penal), a la pena de TRECE AÑOS DE PRISION EFECTIVA e INHABILITACION ABSOLUTA por igual término y demás accesorias legales previstas en el art.12 del C.Penal; (...)* Con costas(art. 492 del CprPyC)”.

En contra de tal decisorio, el señor Defensor Oficial, Dr. Gustavo L. Vitale, funda en derecho (fs. 315/322) el recurso de casación interpuesto in pauperis (fs. 312) por el imputado P. N. D. A..

Por aplicación de la ley 2.153 de reformas del Código Procesal (ley 1.677), y lo dispuesto en el art. 424, párrafo 2°, del C.P.P. y C., ante el requerimiento formulado, el recurrente no hizo uso de la facultad allí acordada, por lo que a fs. 326 se produjo el llamado de autos para sentencia.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dra. Lelia G. Martínez de Corvalán y Dr. Antonio G. Labate.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el art. 427 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1°) Es formalmente procedente el recurso de casación interpuesto?; 2°) Es procedente la casación impetrada?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión la Dra. LELIA GRACIELA M. DE CORVALAN, dijo:

- 1) El escrito fue presentado en tiempo oportuno, ante el Tribunal que dictó la sentencia que se pone en crisis.
- 2) El decisorio impugnado configura una sentencia definitiva, pues pone fin a la causa.
- 3) El recurso resulta autosuficiente, porque su lectura hace posible interpretar cómo se plasman –a juicio del quejoso- los agravios denunciados, la interpretación de las normas que se estiman inobservadas y la solución que propone.

No obstante lo expuesto, corresponde que en ésta instancia efectúe algunas aclaraciones. Si bien debe reputarse que el recurso ha sido interpuesto en término por parte del imputado, no es menos cierto que la Defensa ha fundado de forma extemporánea el remedio intentado por su asistido, sin embargo la deficiencia en cuestión debe tolerarse y no pueden trasladarse en perjuicio del condenado las omisiones en que incurra la asistencia letrada, pues “es obligación de los tribunales suministrar la debida asistencia letrada que permita ejercer la defensa sustancial que corresponda” (C.S.J.N., Fallos: 311:2502 y 319:1496).



Por otra parte y como bien lo señala Sagüés, esta modalidad de recurso (“in forma pauperis”) “se caracteriza por una drástica reducción de la exigencia de los presupuestos de admisibilidad tanto en cuanto formas (...) como en cuanto a lugar y tiempo (...)” (Cfr. “Recurso extraordinario”, 4ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Bs. As., 2002, T° II, p. 371). Así también lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación al decir: “Los mismos principios que aplica la Corte para sí en los casos de los recursos extraordinarios in forma pauperis también deben ser cumplidos por los tribunales locales al conocer respecto de la procedencia de los recursos previstos por los ordenamientos provinciales” (“GORDILLO RAUL”, CSJN., 29/09/87).

Conforme al análisis precedente, entiendo que corresponde declarar la admisibilidad formal del recurso.

El Dr. ANTONIO G. LABATE dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

A la segunda cuestión la Dra. LELIA GRACIELA M. DE CORVALAN, dijo: I.- En contra de la sentencia n° 01/13 (fs. 273/306) dictada por la Cámara en lo Criminal Segunda de esta ciudad, el Dr. Gustavo L. Vitale, Defensor Oficial del imputado Daniel Alberto Pidu Nahuel, dedujo recurso de casación (fs. 315/322).

Concretamente, los agravios se encarrilan por las dos hipótesis previstas en el artículo 415 del C.P.P. y C.

Alegó, arbitrariedad en la valoración de la prueba (con afectación del principio de inocencia), ausencia de concordancia en la pena impuesta en cuanto a la acusación, defensa y sentencia e inobservancia y errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del Código sustantivo en la determinación del monto punitivo, planteos que serán tratados en el mismo orden en que han sido postulados.

A) Arbitraria valoración de la prueba y afectación al principio de presunción de inocencia. En tal sentido, y conforme su parecer alegó la inexistencia de material probatorio que acredite el abuso sexual que se le endilga al imputado.

Sostuvo, que es extraño que quien concretó la denuncia sea alguien que convivió con la víctima y a quien ésta reprochó también haberla abusado sexualmente e indicó la posibilidad de que haya sido con la intención de ocultar la propia responsabilidad.

Le resultó “curioso” que la niña haya puesto en conocimiento del hecho, a quien también la agrediera sexualmente y razonó, que la víctima en la audiencia videograbada mediante Cámara Gesell, faltó a la verdad, o al menos incurrió en contradicción al decir que sólo mantuvo relaciones sexuales con el condenado, cuando luego afirmó haber sido abusada previamente por el denunciante.

Cuestionó el testimonio de la damnificada por los siguientes motivos: 1.- La convivencia por un tiempo prolongado con J. Z. –denunciante- y reconocida por la niña, es concordante con una agresión sexual prolongada en el tiempo. 2.- Teniendo en cuenta que la única prueba de autoría es dicho testimonio, al indicar que no había tenido relaciones sexuales previas al hecho y luego reconocer que no era verdad, se desvanece. 3.- La niña refirió tener mala relación con el imputado y su cónyuge, lo que permitiría explicar la falsa imputación, a lo que agregó que cuando comenzó a tener conflictos relacionales con J. Z. le atribuyó haber dañado su integridad sexual. 4.- La menor retomó la convivencia con Z. sin pronunciar el abuso por parte de éste, el que develó cuando comenzaron los problemas de convivencia. 5.- La damnificada ilustró a las Licenciadas Gatti y Gordo haber sido accedida analmente, lo que no se condice con las pruebas colectadas. 6.- De la pericia médica practicada, emerge que la testigo refirió a la Dra. Robato, que fue abusada por su tío desde los nueve años de edad, siendo su tío el denunciante, no el aquí imputado. 7.- Indicó que emergen de la sentencia diversos pasajes respecto del abuso cometido por Z.

Finalmente invocó la ausencia de certeza de autoría respecto de P. N., dado que se extendió a Z. y se planteó el interrogante acerca de la cantidad de personas que en el futuro podrían ser reprochadas por éste suceso. Luego postuló que por imperio de la duda, debe revocarse la condena.

B) Falta de concordancia entre acusación fiscal, defensa y sentencia en cuanto a la pena impuesta. Entendió que al imponer el tribunal de juicio la pena de trece años de prisión, cuando el titular de la acción requirió diez años, se transgredieron las garantías de defensa en juicio, al imponer una sanción superior a la postulada por el acusador y de congruencia (arts. 1, 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y Tratados Internacionales).

Respecto del principio de congruencia, evaluó que éste demanda la realización de un “juicio previo fundado en ley”, en el que el juez decida dentro del margen fijado por las partes y sin sorpresas, sobre todo para la defensa quien fue “pasada por alto a través de la imposición de una pena de mayor gravedad que aquella sobre la cual ejerció su ministerio”. Refirió que involucra la necesaria congruencia entre acusación, defensa, prueba y sentencia y, la garantía de defensa en juicio y de imparcialidad del Juez. Cita doctrina y jurisprudencia en aval de su postura. – el entrecomillado pertenece al escrito recursivo fs. 318 vta. y 319-.

Razonó, que el Código de rito omite tratar la cuestión, sólo contempla el supuesto en que el Tribunal modifique la calificación legal y en consecuencia aplique una pena mayor, pero no autoriza dicha circunstancia sin que opere la mutación en la calificación legal.

Ponderó que, el ritual local prohíbe la aplicación de una sanción superior a lo solicitada por el fiscal en el ámbito correccional, de allí que por imperio del principio de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.) debe aplicarse también al juicio común.



Por último –en lo que a éste tópico respecta-, refirió que el argumento relativo a que la Defensora de los Derechos del Niño requirió un monto de pena superior, no resulta viable, toda vez que actúa como segunda querellante pública, no habiéndose constituido en el caso querellante particular, siendo el Ministerio Fiscal quien por imperio del art. 120 de la Constitución Nacional puede habilitar una condena.

C) Inobservancia o errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del Código Penal. Indicó que la pena impuesta debe ser racional y encontrar sustento en el derecho. Afirmó, que no alcanza expresar que por la concurrencia de agravantes la pena a aplicar será en determinado monto, sin que se explique por qué es adecuada una pena de trece años y no una de diez años –como propuso el voto en minoría-.

Sostuvo que la fijación de la pena, no puede ser “un terreno inexplorable” sobre todo cuando el titular de la acción fijó un criterio máximo al respecto.

Dijo que el juez que votara en minoría, señaló que el monto mínimo ya previsto para los delitos enrostrados es de por sí elevado, que en el supuesto de delitos continuados el reproche es menor y lo contrario importaría tratar a esos casos como concurso real, lo que conduciría a elevar la pena de modo irrazonable casi sin parámetros y que el fin preventivo especial aconseja mantenerse en la pena pedida por el fiscal para no transformarse en retributiva.

Solicitó la absolución de su asistido o –en su caso- la aplicación de una pena de diez años de prisión.

Hizo reserva del caso federal.

II.- Que luego de analizado el recurso, la sentencia cuestionada así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos de la Defensa, soy de opinión –y así lo propongo al Acuerdo– que la casación deducida debe ser declarada improcedente. Veamos:

A) La primer censura, como se reseñara, se circunscribe casi exclusivamente a cuestionar el testimonio brindado por la menor, para extraer de allí la ausencia de certeza en cuanto a la autoría.

En cuanto a la existencia material del hecho se encuentra acreditada por signos objetivos de abuso, consignados en el análisis médico practicado a la menor y el A quo lo tuvo por probado en los considerandos de la sentencia.

A ello debe adunarse que en el debate no se puso en crisis este aspecto, obsérvese que el Defensor en su alegato final refirió: “...lo único que sí está acreditado es que la niña tuvo un inicio de vida sexual, anticipado y precoz. Pero eso no alcanza para afirmar que el autor de esas prácticas sexuales haya sido su defendido...” (fs. 271 vta.) o, conforme fueron consignados sus dichos en el fallo: “Está acreditado de manera fehaciente, que alguien abusó de la niña, que es autor y contravino la ley pero de ahí a afirmar que quien realizara esas prácticas sexuales haya sido su defendido, hay un trecho que no puede ser suplido por ninguna de las construcciones intentadas por las partes acusadoras” (fs. 280).

Sentado ello, daré directa respuesta a la crítica alusiva al testimonio de la niña.

Debe recordarse que ésta Alzada ha tenido oportunidad de expedirse, al sostener que: “(...) la declaración de la víctima, sobre todo cuando se trata de delitos cometidos en la intimidad, puede integrar la prueba de cargo suficiente para desvirtuar el estado de presunción de inocencia. Ello así pues, de otra manera, se crearían espacios de impunidad inaceptables (cfr. Ac. N° 1198 “Torres”). Lo dicho precedentemente, obviamente, no supone que simplemente baste con la existencia de tales dichos; antes bien será necesario su análisis profundo, su cotejo con información científica que permita establecer su fiabilidad y la existencia de otros elementos de corroboración periférica (...)” (Acuerdo n° 14/2012, “Larena, Manuel Segundo s/ Abuso sexual con acceso carnal agravado por haber sido el encargado de la guarda”, rto. el 19/04/2012); en tanto: “(...) si bien se ha admitido la posibilidad de fundar una sentencia condenatoria a partir de los dichos de la víctima (cfr. R.I. n° 6 - T° I - año 1998 - f° 20/24, reiterado a su vez en R.I. n° 72/99, 92/02 y 100/02, entre muchos otros), una sencilla argumentación ‘a fortiori’ conduciría a la plena facultad del tribunal de juicio de restarle su valor acriminador cuando en ella se advierten serias fisuras capaces de generar dudas en los propios judicantes (...)” (Acuerdo n° 40/2011, “Gonzalez, Fernando David s/ Abuso sexual con acceso carnal”, rto. el 23/06/2011; Acuerdo n° 01/2012, “Liendaf, Anibal Norberto s/ Abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia preexistente”, rto. el 01/03/2012).

Tras analizar los fundamentos dados por la postura que primó en la sentencia, concluyo que se han desarrollado de manera debida, los argumentos que condujeron a sostener el decisorio, como así las razones que llevaron a entender que los detalles menores y presuntas incongruencias del relato de la menor, como así la forma en que se develara el hecho –alegados por la asistencia técnica, como modo de postular una posible ficción deliberada de la víctima-, no conducen a desmerecer sus dichos ni a sostener una falsa acusación de abuso sexual.

Para una mejor comprensión, estimo necesario reproducir lo expuesto en el fallo atacado: “...advierto que la versión de los hechos que la víctima ha dado desde el inicio de la investigación se mantuvo inalterable durante la totalidad del trámite del proceso. En efecto, cada vez que C. A. le contara - con detalles en algunos casos y con la sola mención de haber sido abusada a distintas personas- entre ellas a su tío J. Zo y su mujer, I. V. I.; el matrimonio S.-M., los Licenciados Villagra y Gordo, así como su profesora en el CEPEM 40, la señora C. V., mantuvo el mismo relato. Ello pudimos observar a través de la video-filmación de la cámara gesell, donde involucró como la única persona que había abusado de ella, al aquí imputado D. A. P. N., fue categórica cuando se le preguntó (a través de la entrevistadora) si había tenido “algo” con su novio I. y dando explicaciones más que claras, precisas y coherentes negó cualquier tipo de acercamiento sexual, y sólo reconoció algunos inocentes besos y cartas que recibía de aquel, poniendo de resalto que no lo iba a hacer por respeto a su madre”. (fs. 300 vta.)



Se remarcó: “Como nos indicó la Licenciada Díaz, ante la enfática Defensa técnica, ante la aparente contradicción en el comportamiento y actitudes de C.A., de cómo fue develando los abusos ocurridos, en especial la situación que surge a raíz de la existencia de una denuncia en contra de J. Z., radicada por el señor S. y el hecho que mientras estuvo allí (según la Defensa sufriendo esos abusos nada decía) y devela el que habría cometido su asistido P. N., las explicaciones de la profesional consignada más arriba, entiendo lucen concluyentes. Es evidente, así lo hizo notar, que la niña, cuando la situación abusiva a la que se veía sometida se tornaba insoportable, no tenía otra alternativa que buscar un nuevo continente familiar protector y develar los abusos. Por otra parte, el hecho de querer volver –y así lo hizo con su tío J. (presunto abusador –causa en trámite tenida a la vista-) se explica por qué la niña, al darse cuenta que el mismo había formado una “familia” y que la pareja y/o esposa del nombrado se encontraba embarazada, en su fantasía (bien nos dijo la Lic. Díaz) podía creerse más protegida y sin riesgo a ser nuevamente victimizada. Fue J. Z. quien efectuó la denuncia en contra del aquí imputado. La situación de casi abandono en que se encontraba C.A. la llevaba como medio de autodefensa a buscar “aquellos referentes familiares” había perdido a sus padres y abuela, que al principio no le significaron un riesgo para su persona. (...) Al explicitar, no solo en la cámara gesell las notas más salientes de la entrevista, sino en la exposición que brindara la Lic. Díaz (...) a la luz de las conclusiones del informe de la citada profesional, en cuanto a la presencia de un relato verosímil, tanto en su contenido: lógica, detalles específicos, contexto, verbalizaciones, secuencias, consistencia interna; como su estructura: antes, durante y después con mayor cantidad de verbalizaciones senso perceptivas por sobre las idiosincrásicas y el desarrollo que en mayor medida se encuentra expuesto (fs. 60/61). En la medida de lo señalado, el testimonio rendido por la niña C.A.D. resulta fiable y conteste a la perspectiva que cada uno de los deponentes tenía en relación a la información que habían obtenido acerca de los hechos; sea por conocimiento propio (la menor) y/o por dichos que esta les había transmitido en distintas circunstancias, las cuales, se encuentran consignadas en los relatos de cada uno de ellos. Como resulta lógico y razonable, se perciben algunos desacoples de menor entidad, en algunos segmentos de la declaración de la menor, confrontando con los dichos de los testigos oídos durante el debate, ello en virtud de la posición que ocupaban –en la relación familiar- con la niña y en el tiempo transcurrido; no hace otra cosa que fortalecer la idea que están diciendo la verdad al igual que la menor.” (fs. 301/302).

Hasta aquí las partes salientes del fallo en la extensa cita que me permití transcribir.

Como se observa, el sentenciante ha dado sobrados argumentos para sostener la credibilidad del testimonio de la niña, de allí que las incongruencias postuladas por la defensa (consistentes en haber manifestado que no tuvo relaciones sexuales previas al hecho, expresar que fue accedida carnalmente vía anal y la expresión a la Dra. Robato de haber sido agredida sexualmente desde los nueve años) carecen de entidad para descreer del relato.

Al respecto, esta Sala Penal ha sentado postura al decir que: “(...) existen supuestos en que si bien el testimonio es completo y veraz, se advierte una grieta en un punto que revela un error voluntario o una falsedad, lo cual ha llevado tradicionalmente a descalificar todo lo declarado, esgrimiéndose la inveterada presunción de que quien miente en parte es factible que haya mentido en todo, tal se enunciaba que *falsus in uno, falsus in omnibus*. Este principio presuntivo en verdad encierra una ficción científicamente inverificable. Es extremista y no se compadece con la realidad [...] Esto nos lleva a afirmar su inaplicabilidad, [...] debiendo contemplarlo tan solo como una reliquia histórica...” (cfr. Acuerdo n° 33/11, “Q., A. M. s/ robo con armas”, rta. el 08/06/11, con cita de Eduardo Jauchen, “Tratado de la Prueba en Materia Penal”, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé, 2002, págs. 365 y 366).

Rescato además –tal como lo destacara el Aquo-, que la niña persistió en su discurso frente a todas las personas con las que se entrevistó, aún ante las condiciones adversas que eso conllevaba en su bienestar, obsérvese que quedó expuesta al descreimiento y en consecuencia al alejamiento de su único círculo parental, hallando refugio solamente con el denunciante y su familia, quien luego también fue imputado por abuso sexual en perjuicio de la menor.

En cuanto a la oportunidad en que C.A.D. reveló los ultrajes, conforme se desprende del material colectado, apareció como el más apropiado y seguro para sí misma dado que, no se encontraba en la casa del abusador –se hallaba en el domicilio habitado por su abuelo, su tío Z. y su pareja I.- y mientras permaneció allí –en la vivienda de P. N.- no pudo contarle puesto que, tal como ella nos ilustrara, el imputado era el proveedor de ese núcleo familiar, su tía era dependiente frente a esa figura, a lo que debe adunarse el control y la dominación que el condenado ejercía por la fuerza para callar a la víctima.

Como muestra de lo señalado, resulta ilustrativo lo consignado en la sentencia, respecto de los dichos de la niña “una vez intentó decirle a la tía lo que estaba pasando, ella estaba abajo y él me dijo, que pasa si a la noche paso a tu cama, le dije, grito y le digo a mi tía, así, y me pegó un cabezazo y me empujó, vos no vas a decir nada a nadie, porque vas a salir perdiendo vos, dale, dale, ponete a trabajar. Mi tía también dependía de él, tenían discusiones bravas y mi tía no se iba. La casa la construyó él, cuando estaba con mi tía.” –fs. 283 vta.- Por su parte la facultativa que interviniera en la audiencia en Cámara Gesell, dijo en relación al silencio impuesto por P. N., que “...A. hace referencia –claramente pude observarlo- a los dichos de él, aludiendo a su persona, no la de los otros; nos dice: ‘lo que te va a pasar’. Eso demuestra que estaba bien sola en lo que estaba viviendo, resulta muy sutil (...)”. –fs. 288 vta.-



Pudo haber sido abusada únicamente por P. N., también podría haber sido agredida por otras personas, lo cierto es que la niña se encontraba en tal estado de vulnerabilidad (padres, padrastro y abuela fallecida) y de desprotección que, no sólo fue aprovechado por el imputado, sino que pudo ser utilizado por otras personas que se valieran de dicha condición en su favor, lo que no le resta credibilidad a sus manifestaciones.

La menor fue categórica al indicar que P. N. la agredió sexualmente, y ello se condice -y ha sido debidamente apreciado en la sentencia-, con el testimonio del Lic. Silvio Villagra quien relató que la menor le mencionó haber sido abusada por el imputado desde los 11 años, generalmente en la parte de arriba de la casa que se encontraba en construcción y que una vez la golpeó para evitar que devese lo sucedido -fs. 290 vta.- y que descubre el abuso cuando le manifiestan que debe regresar a la casa del imputado -fs. 291 vta.-, por su parte la Técnica Paola Gordo, coincidió en la autoría de los abusos y refirió que el imputado le pegó “un cabezazo” ante la advertencia de la niña de contar lo sucedido -fs. 292 vta. y 293-, H. D. S. relató que C.A.D. habría sido abusada tanto por J. como por P. N., y que P. lo hacía en la habitación en construcción, relató el último episodio abusivo -también ilustrado por la niña en audiencia videograbada- (293 vta./295 vta.), en similar sentido depusieron M. R. M. -fs. 295 vta./296, I. V. I. -fs. 298/299- y J. D. Z. -fs. 10 y 300-.

A lo ya consignado me permito agregar que la Lic. Díaz refirió, entre otras cosas, “Se trata de situaciones que son sumamente vividas, asociándolos a un contexto, de tiempo, lugar y modo, muy concreto. [...] dentro del relato, se evidencia una lucha -en lo emocional y afectivo y la cosa de la culpa- con relación a la situación de su tía y de su primo, y de la significación que tenía para ella este primo, T. el hijo del imputado... Se trata de una situación sumamente compleja, puede observarse el hecho de ser la abanderada, de poner toda su energía en la cuestión intelectual, parece un sobre-adaptación, a lo largo de su vida, del modo como se conduce, y como intenta, mediante otros ardidés, evitar ser victimizada. No comenta la situación de una vez, evita hablar del tema, y solo devela el hecho cuando es “conminada” a volver a la casa, en el caso de su tía “M.” -fs. 286 y vta. el destacado corresponde al decisorio impugnado-.

Con relación a Z., quien se encuentra imputado en otro legajo por sucesos similares cometidos en perjuicio de la damnificada, la Lic. Díaz fue categórica al decir “Se entiende el comportamiento de la menor, por cuanto los supuestos abusos de J. habrían sido anteriores, vuelve con él y su esposa, porque considera que al haber cambiado el `estatus familiar` (al estar con una mujer, que además había quedado embarazada) las situaciones vividas no volverían a repetirse. Los supuestos abusos de J. eran anteriores (...) es la fantasía de la niña, intentó abusar de ella, aun estando casado y la fantasía no resultó ser real; ahí se presenta el momento de la revelación (...) En ese momento -cuando se queda con Z.- este no le pedía nada a cambio, el vínculo que mantuvo resultó ser muy importante. La niña había depositado su confianza en I. I., quien estaba embarazada” (vid. fs. 288 el subrayado es de la sentencia).

Efectivamente, quien la acompañó a la entrevista recibida en el curso de la Instrucción fue I. I., a quien le develó el hecho fue a la misma persona y conforme los dichos de ésta, C.A.D. siempre estaba con ella (cfr. fs. 10, 299 y 300).

El A quo destacó que: “cuando C.A.D. declara en cámara gesell, diciendo que con la única persona que tuvo relaciones fue con D. y luego devela que también con J. Z., la lic. Díaz explica la supuesta `mentira`, señalando que A. es muy inteligente, cuando le hace la pregunta si había tenido relaciones con su novio, la niña responde negativamente, pensando que a ello se refería. Insisto, dijo, no tenía otra alternativa hasta ese momento, no olvidemos uno de los instintos básicos de la supervivencia, tenía 13 años. No tenía alternativa y no la tuvo tampoco” -fs. 289 y vta.-.

El Lic. Villagra -cuyas conclusiones profesionales condicen sustancialmente con las de la Lic. Díaz-, explicó, que la niña quiso volver con su tío J. a pesar de haberla abusado antes que P. N. porque “ello tiene que ver con la carencia afectiva y la vulnerabilidad. Cuando tengo la segunda entrevista, ella dice que en la segunda convivencia, nunca se quedaba sola, había encontrado algunos mecanismos para evitar algunas situaciones. Se puede entender que cuando se encuentra en un ambiente estable, es cuando puede organizar las cosas para, en función de eso, contarlas. Lo fundamental, el requerimiento de afecto que va buscando, es lo que más necesita, hace que todas las otras situaciones queden en segundo plano” “...los hechos abusivos quedan como en un segundo plano, y por eso en ese momento no salen, aparecen después, cuando logra tener una cierta estabilidad afectiva y empieza a afectarse la estabilidad con su tío y su pareja”. -fs. 292 y vta.-.

También se evaluó respecto al acceso anal, que “...se infiere que la única fuente de información que alude a abusos sexuales anales y vaginales (...) es la técnica Paola N. Gordo (...) por lo que la credibilidad del relato sobre uno de los aspectos del `abuso`, omitido en la declaración de la menor, tiene que ver más con una `inferencia` que pudo haber efectuado la profesional y que no luce en ningún otro instrumento probatorio reunido en la causa (...)” -fs. 304-. Repárese en que la menor nada dijo sobre el punto, y que tampoco lo manifestaron los demás testigos que comparecieron al debate para dar cuenta de los dichos de la niña.

Como puede colegirse, se verificó -en lo sustancial-, un discurso sumamente descriptivo de las actividades a las que estuvo sometida, de modo concreto y sostenido, ilustró la progresión en las conductas abusivas -iniciándose como un juego en la frontera de lo permitido, hasta avanzar a la consumación total con los accesos carnales- y el silencio forzado, entre otras cosas.

A ello debe adicionarse que los dichos del propio imputado -fs. 269 vta. y 270 y vta.- coinciden parcialmente con los de la víctima. En su descargo, P. N. refirió, que la víctima convivió con él y su esposa a partir de los diez años y que pasó junto a ellos dos cumpleaños -la menor



dijo que convivieron desde los nueve años y hasta los doce, cfr. fs. 282-, ilustró acerca de la construcción que estaba desarrollando en la parte superior de la casa -lugar en que C.A. informara que sucedían parte de los abusos vid. fs. 283- y particularmente sobre la última visita de la niña a la casa, en la que conforme sus dichos la menor subió, sin ingresar y su esposa permaneció en la planta baja -tal lo que relatara C.A. dicha oportunidad fue la utilizada por el imputado para agredirla sexualmente de modo final cfr. fs. 284-.

Observo, que las expresiones del condenado, no se condicen con el material probatorio colectado, -por el contrario como ya se ponderara los dichos de la niña encuentran amplio respaldo en los elementos de valoración-, y por ello sólo pueden ser tomados como un claro intento por mejorar su situación procesal.

Por las consideraciones expuestas, es que no acompaño la reflexión del impugnante al intentar restarle valor de convicción al testimonio rendido por la niña.

Resulta interesante, para brindar mayor comprensión, lo enseñado por Diana Sanz y Alejandro Molina -luego de explicar los criterios de validez del testimonio infantil- al decir que: *“Estos parámetros, junto con los signos de conducta o sintomatología presente, constituyen criterios sólidos de validez del testimonio, que junto con los elementos contextuales, o las evidencias físicas, en el caso que las hubiera (no son concluyentes), conforman un diagnóstico de confirmación del abuso. Según señalan Jones y McQuiston (1985): “El testimonio del niño ha de ser considerado el argumento principal para valorar la existencia o no del abuso sexual. La información adicional (por ejemplo, indicadores físicos y comportamentales, características del entorno familiar, características del abusador) debe ser tomada en cuenta y se debe valorar si apoya o es congruente con las manifestaciones del niño, pero nunca puede sustituir el testimonio de éste. El relato del niño tiene tanta importancia que, si es creíble, puede ser suficiente por sí mismo para confirmar la existencia del abuso”* (“Violencia y abuso en la familia”, ed. Lumen Humanitas, Bs. As., 1999, 3ra. reimpresión, págs. 169 y vta.).

El material probatorio ha sido ciertamente abundante, puesto que para confrontar el testimonio de la damnificada, se dio intervención a la Licenciada Zulema Díaz -Psicóloga Forense del Área de Psiquiatría-, quien la entrevistó en Cámara Gesell y estableció -de acuerdo a cánones propios de su ciencia- que desarrolla en el informe de fs. 60/61 (descriptos ampliamente en la sentencia bajo recurso) los “criterios de realidad” de ese relato, se tomó testimonio a la Técnica en Relaciones Comunitarias e integrante del Equipo de Atención al Maltrato y Abuso Sexual Infantil -Servicio de Pediatría del Hospital Castro Rendón- Paola Gordo, quien ratificó el informe obrante a fs. 4/6 y al Licenciado Silvio Villagra, integrante del Gabinete Interdisciplinario del Poder Judicial, quien además de ratificar el informe glosado a fs. 2/3, amplió sus dichos en la audiencia de debate con el debido control de todas las partes.

Es decir, los juzgadores se abastecieron para fundar el decisorio, en lo expresado por los profesionales, de modo respetuoso con las reglas de la sana crítica, y además recurrieron de modo integral a prueba testifical, como modo de extremar los recaudos para comprobar la mayor o menor verosimilitud de la narración, desmoronando de ese modo el estándar de presunción de inocencia postulado por el letrado defensor.

B) Como primera reflexión conviene recordar que la intervención del Defensor de los Derechos del Niño deviene imperativa en los supuestos de hecho en que la víctima sea un niño, niña o adolescente y configure un delito contra la integridad sexual, como así que detenta iguales facultades que las que el ritual local le reconoce al querellante particular -art. 96 ter. Del Código de Forma-. De allí, que no se trata de “una segunda querellante pública”, sino que es un sujeto procesal creado por ley con igual facultades que un acusador privado.

Así, ya ha tenido oportunidad de expresarlo ésta Alzada al decir: “La intervención que se debe dar a la Defensoría del Niño y del Adolescente es obligatoria por cuanto, su no intervención se encuentra conminada con sanción de nulidad -absoluta-. (...) En tal sentido, el legislador neuquino consideró ‘necesaria’ y ‘esencial’ dicha intervención en las causas penales donde las víctimas por delitos contra la integridad sexual son menores de edad; convirtiendo así al respectivo funcionario en un sujeto imprescindible en este tipo de procesos, sin perjuicio de tener las facultades de un sujeto eventual, tal como lo es el querellante particular”. (“RIQUELME-REYNOSO” R.I. n° 176/11 rta. 14/11/2011).

Superado el primer análisis, relativo a la equivalencia de facultades asignadas al acusador particular y al Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente, corresponde adentrarnos en la cuestión relativa, a sí se encuentra habilitado el Tribunal de Juicio a imponer la pretensión punitiva efectuada por el representante minoril o si se encuentra conminado al límite de sanción menor solicitada por el acusador público.

Recientemente esta Sala ha dicho: “...la regla que autoriza al tribunal a superar la pena requerida por la acusación, (...), en su literalidad supedita dicha facultad a los supuestos en que se modifica la calificación legal. Fuera de ese caso, ninguna norma autoriza expresamente a los jueces a exceder la pena requerida...” (Divito, Mauro. “El caso ‘Fariña Duarte’. Hacia un sistema en el que la acusación funcione como presupuesto de la condena y como límite a las potestades del tribunal”; en “Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, tomo I, 1° ed., Bs. As., Hammurabi, 2006, págs. 80/81; cfr. en idéntico sentido: Langevin, Julián Horacio, “Nuevas formulaciones del principio de congruencia: correlación entre acusación, defensa y sentencia”, Fabián J. Di Plácido Editor, 1° ed., Bs. As., 2007, págs. 187/190). En definitiva, estimo que ésta es la única interpretación del principio de congruencia que preserva el derecho de defensa en juicio del justiciable; es decir, el tribunal de grado no puede fijar una pena que exceda la requerida por la acusación en su alegato final (arts. 18 de la C.N.; 366 del rito local). La única excepción a la exégesis aquí propiciada estaría dada en aquellos supuestos en los cuales se produjera un cambio de calificación legal, siempre y cuando se hubiera respetado el principio de contradicción”. (Acuerdo n° 106/13 “GARRIDO RIVAS-ALVARADO” rta. 22/8/2013).



Empero el caso que nos convoca difiere sustancialmente de aquél. Allí la acusación –pública- solicitó un quantum de pena sensiblemente inferior a la decidida por los Jueces de Cámara, aquí se cuenta con la pretensión de la Defensora de los Derechos del Niño, equiparada en sus facultades -por la norma adjetiva- a la figura del querellante, quien petitionó la pena finalmente acogida por el sentenciante.

Al respecto nuestro cimero Tribunal in re “Santillan” se pronunció -haciendo eco de lo dispuesto por el art. 18 de la Constitución Nacional, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de rango constitucional- razonando que si hay un acusador privado, tiene derecho a ser oído sin que ello afecte la imparcialidad -por no estar de acuerdo con el acusador público- o las atribuciones del titular de la acción.

Es dable recordar, que en el precedente de cita se dijo que el pedido de condena efectuado por el querellante es suficiente para habilitar al Tribunal para dictarla, aún pese al pedido desincriminatorio del Fiscal “...esta Corte, al precisar qué debe entenderse por procedimientos judiciales a los efectos del art. 18 de la Constitución Nacional, ha dicho que esa norma exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557, entre muchos otros), y dotó así de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base, en consecuencia, el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal (doctrina de Fallos: 234:270).” (Considerando n° 9°). “Que de ello se sigue que la exigencia de acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito tenga otro alcance que el antes expuesto o contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula (Fallos: 143:5)”. (Considerando n° 10). “Que si bien incumbe a la discreción del legislador regular el marco y las condiciones del ejercicio de la acción penal y la participación asignada al querellante particular en su promoción y desarrollo, desde que se trata de lo atinente a la más acertada organización del juicio criminal (Fallos: 253:31), todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma (Fallos: 268:266, considerando 2°). (...)” (Considerando n° 11). (“Santillán, Francisco Agustín s/ recurso de casación” CSJN, 13/8/1998).

De lo señalado puede válidamente concluirse que, al ser válido que el Tribunal dicte condena con la acusación del querellante en solitario, es aún más factible que los magistrados de juicio apliquen la pena solicitada por éste, aún cuando no coincida con la peticionada por el fiscal, pues, que ésta –la pretendida por el fiscal- sea menor, no limita la jurisdicción del tribunal “La sentencia condenatoria es aquella que admite la pretensión punitiva que mediante el ejercicio de la acción penal hizo valer el ministerio público fiscal o querellante [esto último, según la doctrina “Santillan”, CS-Fallos, 321:2021, LL, 1998-E-329]...”. (Guillermo Rafael Navarro y Roberto Raúl Daray “Código Procesal Penal de la Nación”, 3era. Edición, Tomo II, Edit. HAMMURABI, pág. 1184).

En el caso sometido a conocimiento de éste Cuerpo, la Defensora de los Derechos del Niño en ejercicio del derecho que le asiste, efectuó su alegato final y concretó expresamente el monto punitivo pretendido, luego tal como se observa en el acta que documenta dicho acto, la defensa resistió y refutó debidamente los argumentos esgrimidos por los acusadores (cfr. fs. 270/272).

C) Queda por delante el estudio de la impugnación relativa a la inobservancia de los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Tal como se observa en el decisorio atacado, se atendió a diversos factores sobre los cuales se graduó la intensidad de la pena: “(...) la gravedad de los hechos tenidos por probados. En tal sentido, debe ponderarse la cronicidad de los abusos sufridos por la menor, los cuales se repitieron a lo largo del período de tiempo en el cual C.A. convivió con el imputado. A su vez, a ello debe sumarse el hecho producido con posterioridad a que la menor dejara de vivir con P. N. el cual de conformidad con lo explicado “ut supra” concurre en forma material con aquellos. En segundo lugar, debe tenerse presente la extensión del daño sufrido el que se encuentra debidamente acreditado a través de las opiniones profesionales oídas durante el debate, así como la situación de extrema soledad y vulnerabilidad afectiva y emocional de la menor víctima y el pleno conocimiento que de la misma tenía el imputado, circunstancias todas estas que constituyen agravantes. A su vez, teniendo únicamente como atenuantes, su edad, sus condiciones personales, educación, falta de antecedentes, impresión de visu y las demás pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del C. Penal, estimo justo y equitativo imponerle una pena de TRECE AÑOS de PRISION de CUMPLIMIENTO EFECTIVO...”. –fs. 304 vta.-.

Por su parte el Dr. Zvilling, que votara en minoría al entender que el quantum punitivo adecuado es el de diez años de prisión, esbozó –entre otras consideraciones- que el monto mínimo de pena que prevén los tipos penales atribuidos es de por sí elevado y que el imputado es “sostén del grupo familiar” –fs. 305 y vta.-.

El delito por el cual finalmente fue condenado P. N., fue por abuso sexual con acceso carnal agravado en concurso real con abuso sexual con acceso carnal (arts. 119, 1er. y 3er. párr., incs. `b` y `f`, 45 y 55 todos del Código Penal), por lo que la pena correspondiente se debe graduar entre el mínimo (8 años), y como tope la pena máxima (35 años), de lo que se concluye que la pena ha sido establecida dentro de los márgenes establecidos por el Código Penal, de allí que es justa, y fue fijada sustancialmente más cerca de su mínimo legal que de su máximo.

Se ha manifestado, en posición que comparto, que: “(...) la escala penal del delito de que se trate establece un parámetro para la individualización de la pena, sólo puede ser fijada teniendo en cuenta cual es el mínimo y cuál es el máximo, pues sólo en esa relación puede continuar reflejando la



importancia de la contrariedad al derecho que ha implicado el hecho (...)” (Cfr. Patricia Ziffer, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Dirección: David Baigun y E.R. Zaffaroni, Tomo II (comentario a los Arts. 40 y 41), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002, págs. 60/61).

Como así que, con relación al Art. 41 del C.P. “...el juez debe tener en cuenta a la hora de imponer la pena tanto al ilícito culpable –ilícito o injusto y culpabilidad son graduables- como la personalidad del agente, al compás de los principios del acto o del hecho, de protección de los bienes jurídicos y de culpabilidad...” y que “...la pena debe graduarse en relación con el daño o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos ocasionados por el injusto. El principio que enunciamos encuentra antecedentes en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1.789. La necesidad de correlación entre los efectos del delito y la sanción está expresamente prevista en el inciso 1º del artículo 41 del Código Penal, en el que se alude, como un parámetro básico a la extensión del daño y peligro causados. La proporcionalidad de la pena se constituye en un motivo de equilibrio para la reacción represiva del Estado, que insufla racionalidad evitando que se produzca un castigo excesivo allí donde no es estrictamente necesario, para lo que suministra una más sólida referencia la consideración de la perspectiva de la víctima, tradicionalmente postergada frente a la comunitaria o colectiva...” (FLEMING Abel; LOPEZ VIÑALS, Pablo: Las Penas. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires, 2.009, PP. 368 y 373).

Sentado ello, la graduación de la pena aparece adecuada toda vez que la conducta calificada como delito continuado ha tenido una pluralidad de hechos y una persistencia en el tiempo que necesariamente debe ser ponderada en la sanción a imponer, máxime cuando la condena impuesta ni siquiera superó el máximo previsto para el tipo penal de abuso sexual con acceso carnal sin la concurrencia de agravantes –art. 119 3er. párr. del C. Penal-, de allí que, el planteo relativo a la pena, tampoco tendrá acogida favorable.

Creo así haber fundado las razones por las cuales, como ya anticipara, la casación deducida debe ser declarada *improcedente*. Mi voto.

El Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba la señora Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión.

A la tercera cuestión, la Dra. LELIA GRACIELA M. DE CORVALAN, dijo: Atento la respuesta negativa dada a la segunda cuestión, corresponde omitir pronunciamiento sobre este tema, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente el anterior. Tal mi voto.

El Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Comparto lo manifestado por la señora Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, la Dra. LELIA GRACIELA M. DE CORVALAN, dijo: Sin costas en la instancia, por tratarse el recurrente perdedor de un Defensor Oficial (Arts. 491 y 492 del C.P.P. y C.). Mi voto

El Dr. ANTONIO G. LABATE dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE: I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano estrictamente formal el recurso de casación deducido por el señor Defensor Oficial, Dr. Gustavo L. Vitale, a favor del imputado D. A. P. N.. II.- RECHAZAR la impugnación antedicha por no verificarse los agravios que allí se exponen. III.- Sin costas (Arts. 491 y 492 del C.P.P. y C.) IV.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a la Cámara de origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. ANTONIO G. LABATE - Dra. GRACIELA M. de CORVALÁN

[Volver al índice](#) - [Por Organismo](#)
- [Por Tema](#)
- [Por Carátula](#)

"ROBLEDO ROBERTO ALEJANDRO C/ PAREDES FIGUEROA ADOLFO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" -
Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I -
(Expte.: 354963/2007) – Sentencia: 210/13 – Fecha: 10/12/2013

DAÑOS Y PERJUICIOS: Accidente de tránsito.

BOCACALLE CON SEMAFORO. DEMANDADO EMBISTENTE. CARGA DE LA PRUEBA. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD. CULPA EXCLUSIVA DEL DEMANDADO.

Habrà de revocarse la sentencia de la instancia de origen y en mérito a ello atribuir a la demandada el 100 % de la responsabilidad producto de la colisión entre los automóviles acaecida en una bocacalle, ya



que si bien el actor nada dijo en su demanda respecto a la existencia de semáforos en el lugar del hecho, la demandada no probó su versión relacionada a que contaba con la habilitación de la señal lumínica. El dictamen pericial no efectúa ninguna conclusión respecto a la responsabilidad de cada uno en el evento dañoso, como tampoco existen en autos testigos presenciales del accidente. Por lo tanto la accionada no resulta alcanzada por las eximentes de responsabilidad en los términos del art. 1113, 2° párrafo, segunda parte del C.C.

Texto completo:

NEUQUEN, 10 de Diciembre de 2013

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “ROBLEDO ROBERTO ALEJANDRO C/ PAREDES FIGUEROA ADOLFO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (EXP N° 354963/2007) venidos en apelación del Juzgado Juzgado Civil, COMERCIAL Y DE MINERIA N° 2 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. La sentencia de fs. 328/333 hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó en forma concurrente a Adolfo Alejandro Paredes Figueroa y Federación Patronal Seguros S.A. a abonarle al actor la suma de \$ 1500, con más intereses y costas.

A fs. 347/354 el actor interpuso recurso de apelación y a fs. 356/358 hicieron lo propio el demandado y la citada en garantía.

El primero se queja porque considera infundada la atribución de responsabilidad a su parte en un 50%. Dice, que el demandado al afirmar que existió culpa de la actora en el evento dañoso tenía la carga de probarla, y que en autos no se ha acreditado la ruptura de la relación causal, es decir, caso fortuito, culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Además, critica el rechazo del rubro daño físico. Agrega, que el perito afirmó que existía relación de causalidad, y que la Sra. Jueza de primera instancia se apartó arbitrariamente de las conclusiones del experto.

También, se agravia en cuanto al monto concedido en concepto de daño moral, dice que la suma es escasa.

Por último, se queja por la imposición de costas por su orden. Sostiene que la demandada obligó a la actora a litigar, para obtener el reconocimiento de su derecho, y que al contestar no se allanó a la demanda y se limitó a negar todo, por lo que deben imponerse en su totalidad a la accionada.

Las contrarias no contestan la expresión de agravios.

A fs. 356/358 el demandado y la citada en garantía expresan agravios. Se quejan por la atribución de responsabilidad en un 50%. Dicen, que la A-quo no tuvo en cuenta que fue el actor quien cruzó el semáforo en rojo, y por lo tanto debió atribuírsele el 100% de la responsabilidad del evento dañoso.

Sostienen, que de la planilla de lesión y muerte adjuntada por la policía instructora, surge que el vehículo del demandado giraba a la izquierda, cuando el actor, que circulaba en sentido contrario, no respetó la señal de tránsito, que además omitió mencionar en su demanda.

Agregan, que no se acreditó en autos la maniobra antirreglamentaria a la que alude el actor en su demanda.

A fs. 360/361 el actor contesta los agravios, solicita su rechazo con costas.

II. Ingresando al análisis de las cuestiones planteadas en esta etapa corresponde partir de señalar, como lo hace la A-quo, que no se encuentran controvertidas en autos las circunstancias de tiempo y lugar en que ocurrió el evento dañoso, ni tampoco quienes intervinieron como protagonistas en el mismo.

I. Luego, en relación con la atribución de responsabilidad se ha dicho: “Ante una colisión de vehículos en movimiento ocurrida en una encrucijada regulada por semáforos correctamente activados y no habiéndose acreditado quién efectuó el cruce en infracción, resulta aplicable el plenario “Valdez” — 10/11/1994, LA LEY 1995-A, 136—, razón por la cual el demandado que alegó la transgresión de la señal lumínica por el actor, debió probarlo para eximirse de responsabilidad, y, a falta de esa prueba, se torna aplicable la presunción legal contenida en el art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Código Civil. (del voto del doctor Carranza Casares)”, (CNCiv. Sala G, Sumario, “Viera, Gabriel Orlando c. Andrada, Matías Sebastián s/ daños y perjuicios” 01/11/2011, La Ley Online).

Además, corresponde considerar que si bien el actor nada dijo en su demanda respecto a la existencia de semáforos en el lugar del hecho, la demandada no probó su versión relacionada a la habilitación de la señal lumínica, y a partir de ello, corresponde analizar la prueba producida en autos con relación a la eximición de responsabilidad del demandado, en los términos del art. 1113, 2° párrafo, segunda parte del C.C. y conforme los arts. 377 y 386 del CPC y C.

Así, en el presente no puede considerarse que el eximente alegado resulte suficiente probado, porque de las actuaciones policiales de fs. 142/142 vta. surge que el funcionario actuante se constituyó en el lugar en fecha 28 de Agosto de 2006, y el evento dañoso de autos se produjo



el 27. Además, los daños que se consignan en el mismo, no se corresponden con la lógica del accidente. Así, describe que el vehículo I sufrió daños en el faro trasero izquierdo y paragolpe trasero izquierdo, y también en el guardabarros delantero derecho y la parrilla del lado derecho. Por ende, esta planilla, apreciada conforme la sana crítica no resulta suficiente para probar la eximente.

Por otro lado, el perito no efectúa ninguna conclusión respecto a la responsabilidad de cada uno en el evento dañoso, y se limita a señalar que el actor, *“Cuando ya había ingresado el cruce de la calle Dr. Ramón, es impactado por un automóvil FIAT UNO SL 1.4, dominio SCG 414, color crema, conducido en la oportunidad, por el Sr. Alejandro Alfredo Paredes Figueroa. Este circulaba por calle Godoy de sur a norte y al llegar a la intersección con la calle Dr. Ramón, gira a la izquierda e impacta en el lateral izquierdo de la bicicleta, que circulaba por el carril este de la misma”*(fs. 263).

Tampoco existen en autos testigos presenciales del accidente u otras pruebas que permitan corroborar lo expuesto por las recurrentes.

En consecuencia, corresponde desestimar el agravio del demandado y la citada en garantía, y hacer lugar al del actor.

2. Luego, respecto a las quejas del actor referida a los montos indemnizatorios, la apelación tampoco resulta procedente.

Así, en relación con la crítica por el rechazo de los gastos de farmacia, conforme las constancias de autos, inmediatamente después de sufrido el accidente, el actor fue atendido en el Hospital Heller, (fs. 208), y no surge de la planilla de asistencia que le hayan prescripto medicamentos, ni aportó prueba alguna a los fines de acreditar nuevas consultas o tratamientos médicos en los que se le hubieran indicado. Tampoco adjuntó comprobantes de gastos farmacéuticos, que permitan inferir la existencia y monto de los mismos.

Al respecto, se ha sostenido que: *“La jurisprudencia ha prescindido de la exigencia de la prueba concreta y documentada de los gastos médicos y de farmacia necesarios para el tratamiento y recuperación de la víctima, dejando librado a la apreciación judicial la fijación del monto, siempre que la acreditación del perjuicio esté debidamente comprobada y tengan adecuada relación con la importancia del tratamiento”*, (Cnciv., Sala E, *“Paez de Tezanos Pinto, Ana M. c. Otermin Aguirre, Julio”*, LA LEY 1986-A, 469).

En punto a la queja por el rechazo del daño físico, comparto lo expuesto por la Sentenciante en cuanto a que, *“[...] no se encuentra debidamente acreditada la relación causal y la patología necesaria para que nazca el deber de indemnizar”* (fs. 330 vta.).

Ello, por la inexistencia de lesiones a que refiere el informe del Hospital Dr. Horacio Heller (fs. 208), donde se señala como región afectada los miembros y parte blandas, lo que conduce a restar eficacia probatoria al informe del perito médico legista, ya que las mismas no se condicen con las consecuencias que se pudieron advertir a escasos momentos de producido el accidente.

Además, corresponde resaltar que el perito se refiere a un accidente ocurrido el 26/08/06 a las 4,30 hs. (fs. 234 vta.) y la demanda se funda en un hecho ocurrido el 27 a las 23 hs. (fs. 3 vta.).

Asimismo, sus afirmaciones respecto a que el actor al ser impactado por el automotor cayó al piso, *“[...] presentado politraumatismo con traumatismo endocraneano con pérdida temporal de conciencia”* y que el actor refiere que *“[...] posteriormente al accidente presenta cefaleas constancias, mareos esporádicos, no duerme bien”* (fs. 234 vta.), también en el punto III.3 *“Accidente de bicicleta contra automóvil 3 años atrás con pérdida de la conciencia de al menos 1 hora”* (fs. 235), no resultan corroboradas por otras pruebas.

Es necesario señalar que el perito al responder a fs. 291/291 vta. se limita a reiterar lo ya expuesto en su informe, y reafirmar la patología neurológica que padece el actor, pero que dista mucho del análisis del hecho y las consecuencias del mismo, describiendo la forma en que el accidente en cuestión devino para el actor en tal patología.

Al respecto, cabe considerar que la pericia médica puede considerarse científicamente fundada si el especialista explicó en forma clara cuáles son las distintas secuelas que dejó el hecho, así como el método utilizado para verificarlas y para graduar la minusvalía que ocasionan, todo lo cual evidencia que su opinión está basada en razones objetivas y científicamente comprobables (cfr. CNTrab., Sala IV, *“Jaime, Amilcar Emanuel c. Cotescud S.A.S.E. y otros s/ accidente - acción civil”*, 28/02/2013, AR/JUR/4702/2013). Tampoco puede dejar de valorarse que el informe pericial se produjo casi tres años después de ocurrido el hecho.

Así, esta Sala ha sostenido que: *“Como es destacado por pacífica doctrina y jurisprudencia, en estos tiempos es inaceptable sostener que la peritación médica es vinculante para el magistrado, quien se encuentra facultado para apreciar el dictamen pericial con los límites objetivos que le imponen las reglas de la sana crítica y recurriendo a otros métodos de convicción aportados a la causa (Alberto J. Bueres, Responsabilidad Civil de los Médicos, Ed. Hammurabi 1992 t.I p. 49 y sig y sus citas)”*, (López Miró, Horacio G., *¿Qué hacer ante una pericia médica contraria al estado actual de la ciencia o a las constancias de autos?*, DJ 11110/2006, 444), (*“HUENUL MARIA TERESA C/ SEGURA ROBERTO GASTON Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”*, Expte. N° 386241/9).

Por otro lado, el recurrente se queja por el monto reconocido en concepto de daño moral. Señala que, si se tiene en cuenta el terrible perjuicio que el acontecimiento de autos irrogó en el actor, la cuantía del monto acogida por la Sentenciante, resulta escasa e insuficiente para reparar integralmente el daño.

Al respecto, entiendo que: *“Sin daño no hay indemnización, y como elemento integrante de la responsabilidad civil debe acreditarse su existencia. Constituye un principio básico en esta materia que quien lo alega tiene la carga de la prueba de la existencia. El fundamento de la carga probatoria radica en que el damnificado no debe enriquecerse a expensas del responsable y la reparación debe limitarse a restablecer el equilibrio del patrimonio sin que*



represente fuente de lucro para la víctima”, (CNCiv., Sala D, voto del Dr. Bueres en autos “Luque, Juan Miguel c. Cuadrado, Roberto”, 10/06/2003, AR/JUR/7697/2003).

El apelante señala que el accidente provocó un vuelco drástico en su vida, quien de gozar un perfecto estado de salud pasó a convertirse en un ser enfermo, desgraciado y con ideas incluso de autoeliminación, pero nada de esto probó.

Es que en autos no se acreditó que el actor haya sufrido padecimientos por haber sido sometido a tratamientos, y además, tampoco se aportó prueba testimonial alguna que permita corroborar lo expuesto por el actor en su demanda. Además, no se produjo la prueba pericial psicóloga que esa parte ofreció (fs. 307 vta.).

Entonces, a partir de lo expuesto, y siendo que sólo el demandante recurrió este rubro por el reducido monto reconocido, corresponde el rechazo de su agravio.

3. En cuanto a la queja del actor por la imposición de costas, atento la forma que se resuelve corresponde que las de primera y segunda instancia sean impuestas a los vencidos, (art. 279 del CPCC) y en consecuencia deviene innecesario el tratamiento del agravio al respecto.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación deducido por el actor a fs. 347/354, y en consecuencia, condenar a Adolfo Alejandro Paredes Figueroa y Federación Patronal Seguros S.A., a abonar al Sr. Roberto Alejandro Robledo la suma de \$3000 en concepto de daño moral con más los intereses fijados en primera instancia, y rechazar el interpuesto por el demandado y la citada en garantía a fs. 356/358, en todo cuanto fue materia de agravios.

Imponer las costas de ambas instancias a los apelantes vencidos. (arts. 68 y 279 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo, expidiéndome en idéntico sentido.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Hacer lugar al recurso de apelación deducido por el actor a fs. 347/354, y en consecuencia, condenar a Adolfo Alejandro Paredes Figueroa y Federación Patronal Seguros S.A., a abonar al Sr. Roberto Alejandro Robledo la suma de pesos TRES MIL (\$3000) en concepto de daño moral con más intereses conforme lo dispuesto por la sentencia de primera instancia, y rechazar el deducido por el demandado y la citada en garantía a fs. 356/358, en todo cuanto fue materia de agravios.

2. Imponer las costas de ambas instancias a los apelantes vencidos (arts. 68 y 279 del C.P.C. y C.).

3.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de (art. 15, LA).

4. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge Pascuarelli - Dra. Cecilia Pamphile

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

[Volver al índice](#) - [Por Organismo](#)
[Por Tema](#)
[Por Carátula](#)

"ARIAS MARTA BEATRIZ C/ ELECTRICIDAD BELGRANO S. A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 425820/2010) – Sentencia: 212/13 – Fecha: 10/12/2013

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO POR JUSTA CAUSA. INTIMACIÓN A REINTEGRARSE AL TRABAJO. ABANDONO DE TRABAJO.

Habrá de confirmarse lo resuelto en la instancia de origen que tiene por configurado el despido por abandono de trabajo, pues no encuentro que la falta de anociamiento para que retome sus tareas tal como invoca la actora recurrente en su demanda, sea atribuible a la empleadora. Por otra parte, en este contexto, tampoco debe pasarse por alto el tiempo transcurrido entre la notificación del distracto y la reacción de la actora rechazándolo, pues aún cuando se descuenten los días inhábiles intermedios, es claro que su respuesta tuvo lugar varios días después e incluso con posterioridad a haberse presentado a cobrar su liquidación final.



Texto completo:

NEUQUEN, 10 de diciembre de 2013

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ARIAS MARTA BEATRIZ C/ ELECTRICIDAD BELGRANO S. A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" (EXP N° 425820/2010) venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral Nro. 1 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

I. Contra la sentencia que rechaza parcialmente la demanda, apela la actora a fs. 269/275.

Señala que la sentencia recurrida incurre en graves errores, tanto en la aplicación del derecho, la apreciación de los hechos y la valoración de la prueba.

Concretamente, postula que adolece de los siguientes vicios: a) considera que su parte no dio aviso al empleador, previo a ausentarse, valorando para ello el testimonio de Puñoñanco en desmedro de Montecino; b) no da las razones por las cuales considera que existió abandono de trabajo; c) no valoró el procedimiento y los plazos que contabilizó el empleador a la hora de intimarla para que retome tareas.

Plantea que el plazo en que ella rechazó el despido no es excesivo y que la decisión del empleador resultó extemporánea por prematura, por no respetar el plazo de 48hs que la mayoría entiende como adecuada para la intimación, sin siquiera aguardar el vencimiento del exiguo plazo que el mismo fijó.

Por todo ello, solicita se revoque el fallo de grado.

Sustanciada la presentación, la demandada contesta a fs. 285/287 vta. y solicita el rechazo del remedio, con costas.

2. Llega firme a esta instancia que la empleadora despidió a la Sra. Arias por haber incurrido en "abandono de trabajo".

El art. 244 de la LCT prescribe: "*El abandono del trabajo como acto de incumplimiento del trabajador sólo se configurará previa constitución en mora, mediante intimación hecha en forma fehaciente a que se reintegre al trabajo, por el plazo que impongan las modalidades que resulten en cada caso*".

La actora sostiene que dio aviso verbal a su empleadora y objeta que la magistrada considerara que lo atestiguado por la Sra. Montecino tiene escaso aporte para la dilucidación de los hechos.

La testigo nombrada -según ella misma refiere- había sido contratada por seis meses, para tareas de limpieza, tres veces por semana y solo por la mañana (fs. 209). De modo que es evidente que su situación era distinta a la de la Sra. Arias, que laboraba como vendedora, en atención al público y en horario de comercio.

Luego, aún cuando su testimonio diera cuenta de la informalidad que alega la actora para obtener las licencias, lo cierto es que la persona a la que esta última afirmó haberle avisado de su ausencia, negó expresamente tal circunstancia (fs. 208), y tampoco se produjo la prueba informativa a la compañía de telefonía celular ofrecida en la demanda.

A todo ello se suma lo informado por la empresa de ómnibus con la que la accionante viajó a Buenos Aires (fs. 200), en tanto niega la existencia de accidentes o inconvenientes que motivaran la reprogramación del viaje, tal como alegó también en su escrito inicial.

Y bien, en cuanto al plazo de la intimación realizada por la demandada, entiendo que no ha sido planteado en la oportunidad procesal pertinente. Nótese que la actora hace referencia en su demanda a los avisos de visita del personal del Correo, correspondiente a los días 4 y 5 de mayo, y a la consecuente falta de conocimiento de la intimación cursada mas sin introducir cuestionamiento alguno en punto al plazo referido.

En igual sentido, ha dicho esta Alzada:

"La misma suerte correrá el agravio referido al plazo de intimación, de 24hs, que le otorgara la empleadora, en virtud de que no ha sido un tema debatido en la instancia de grado, ya que pretende la introducción en la Alzada de una cuestión que no fue propuesta al Juez, razón por la cual no puede ser materia de apelación, en tanto ésta presupone la previa consideración por el magistrado, pues el tribunal no puede fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia conforme lo prescripto por el art. 277 del ritual.

Así "La pretensión que no ha sido materia de litigio, pues no fue oportunamente introducida en los escritos en los cuales se trabó la litis, no pudo ser objeto de pronunciamiento en primera instancia debido al principio de congruencia, ni resulta lícito incorporar la cuestión en la Alzada, que solamente habilita la revisión del fallo del inferior, sin admitirse la ampliación del debate, cuya continencia se precluye al trabarse la litis" (LL. 1978-D-390, ED. 71-223)" (Sala II, "VEGA RAMIREZ JAVIER OCTAVIO C/ CODESIN S.A. S/ DESPIDO", Expte. N° 319405/5).

Debe concederse que quien elige un medio para comunicar el despido, carga con los riesgos que el mismo implica, pero ello es a condición de que no sea imputable al trabajador la causa que impide la efectividad del medio empleado, como ocurre en el caso de que el telegrama es devuelto por el personal de distribución, con la observación "domicilio cerrado" (cfr. CNAT sala VI, 25-06-79 TySS 1979p. 359, citado por esta Sala I, en su anterior composición en autos "ARIAS C/ ISS ARGENTINA S.A. S/ COBRO DE HABERES" (EXP N° 357294/7).



Y en igual sentido, se ha dicho: “Cuando un telegrama, correctamente enviado, es devuelto por el personal distribuidor de la compañía de correos, con la atestación de “domicilio cerrado” se considera que se ha cumplido el fin que persigue la pieza postal, pues la falta de entrega es imputable sólo al destinatario que ha impedido la efectividad del medio empleado” (Sala X, sent. 5714 del 25/02/1999, “Gimenez Oscar c. Editorial Atlántida S.A. s/ despido”)....”Si la demandada envió el telegrama de contestación a la intimación efectuada por el trabajador, pero dicha pieza no pudo ser entregada porque en varias oportunidades el personal de correos encontró el “domicilio cerrado”, tal situación no puede equipararse a aquellos casos en que la respuesta no llega por circunstancias imputables a quien elige el medio.

En tal orden de ideas, no habiendo sido cuestionado ni demostrado que no se le hubiesen cursado las misivas a su correcto domicilio, cabe reputar válidas las comunicaciones emplazatorias y considerar que el actor fue intimado en dos oportunidades a presentarse a trabajar” (CNAT, sala V, Dominguez, Javier Marcelo c. Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ despido, DT 2013, diciembre).

También: “Debe tenerse por notificado al trabajador del despido con justa causa —abandono de trabajo— toda vez que la devolución de la carta documento enviada por la empleadora a su domicilio real, en el que se había practicado la previa intimación para que se presentara a prestar tareas, con la observación de “cerrado con aviso” sin que el accionante concurriese a tomar conocimiento del despacho epistolar, configura mala fe o negligencia del receptor por frustrar el perfeccionamiento de la notificación, obrando sin la diligencia, cuidado normal, buena fe ni lealtad propios de un buen trabajador quien, por su propia voluntad, resignó el derecho de conocer el contenido de la comunicación que se le cursó” (SCJBA, Chaile, Jesús Dionisio c. ESTIN S.A.I.C.F. s/ despido, La Ley On Line, 10/11/2010).

Trasladando estos lineamientos al caso de autos, no encuentro que la falta de anoticiamiento que invoca la accionante, sea atribuible a la empleadora.

En este contexto, tampoco debe pasarse por alto el tiempo transcurrido entre la notificación del distracto y la reacción de la actora rechazándolo, pues aún cuando se descuenten los días inhábiles intermedios (como esgrime a fs. 271 vta.), es claro que su respuesta tuvo lugar varios días después e incluso con posterioridad a haberse presentado a cobrar su liquidación final (cfr. fs. 02 y 41).

3. En definitiva, por las razones que se han dado para agotar la respuesta jurisdiccional adversa al recurrente, propongo al Acuerdo la confirmación del fallo apelado, con costas en la Alzada a cargo de la actora vencida. TAL MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto, esta Sala I

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la sentencia de fs. 263/265 en cuanto fue materia de recursos y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada a la actora vencida (art. 17 Ley N° 921).
- 3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).
- 4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

[Volver al índice](#) - [Por Organismo](#)
- [Por Tema](#)
- [Por Carátula](#)

"LILLO MAXIMINO C/ BASANTA HUGO HECTOR Y OTROS S/ COBRO DE HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 2319/2011) – Sentencia: 206/13 – Fecha: 05/12/2013

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO. JUBILACIÓN. TRAMITE INICIADO POR EL DEPENDIENTE. INDEMNIZACION SUTITUTIVA DE PREAVISO. PROCEDENCIA.

Corresponde reconocer el rubro concerniente a la indemnización sustitutiva de preaviso al trabajador que por su propia voluntad inició el trámite jubilatorio, pues si bien ninguno de los dos artículos de la Ley de Contrato de Trabajo incluidos en el capítulo que regula “la extinción del contrato de trabajo por



jubilación del trabajador”, a saber, 252 y 253, contemplan el supuesto del dependiente que, por su propia iniciativa, da comienzo a los trámites previsionales, sin requerimiento de la patronal, lo cierto es que ambas normas, una referida al trabajador en condiciones de jubilarse, y la otra, al ya jubilado que vuelve a prestar servicios en relación de dependencia, prevén la obligación de preavisar, por lo que pareciera que el legislador no quiso obviar la aplicación de dicho instituto aún cuando se tratara de la finalización del contrato por jubilación. Y en rigor, ello es acorde a la aplicación del preaviso, incluso en supuestos de contratos por tiempo determinado (art. 94 LCT).

Por ende, a mi juicio, aún considerando lo opinable de la cuestión, la falta de previsión normativa debe resolverse por aplicación del art. 9 LCT en el sentido de que corresponde preavisar al trabajador de que se pondrá fin al vínculo en virtud de la obtención del beneficio aludido.

Texto completo:

NEUQUEN, 5 de diciembre de 2013

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “LILLO MAXIMINO C/ BASANTA HUGO HECTOR Y OTROS S/ COBRO DE HABERES” (EXP N° 2319/2011) venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Rincón de los Sauces a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPFILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Cecilia PAMPFILE dijo:

I.- La sentencia de fs. 250/254 vta. que rechaza la demanda incoada, fue apelada por la parte actora, en los términos del memorial obrante a fs. 262/302.

En su extensa presentación, se agravia de la interpretación y aplicación de la ley sustantiva realizada en el fallo. Dice que aquí la empleadora no intimó al dependiente a que inicie los trámites jubilatorios, sino que los llevó a cabo el propio Lillo.

En este caso, a su juicio, no puede afirmarse que la empresa pueda extinguir el contrato de trabajo sin pagar ningún tipo de indemnización.

Entiende que, enterado el empleador de que el beneficio jubilatorio fue concedido, podía dar por extinguido el vínculo, bastándole el preaviso del art. 231 LCT.

Más adelante agrega que sólo puede extinguirse incausadamente el contrato de trabajo del empleado jubilado abonándole la indemnización por antigüedad que le corresponde por todo el tiempo del servicio prestado. Cita jurisprudencia que, entiende, avala su postura.

Seguidamente esgrime que la CD que comunica el despido es inoponible a su parte, puesto que el firmante no podía actuar en nombre de la sociedad, tal como surge del informe de fs. 122.

En segundo término, se agravia del rechazo de las horas suplementarias.

Alega que el sentenciante no valoró correctamente la prueba testimonial, que no existe razón para apreciar la prueba relativa a las horas extras con mayor rigor que la relativa a cualquier otro hecho y que juega en el caso el art. 55 LCT.

Luego, como tercer agravio, insiste en que se ha aplicado erróneamente el art. 253 de la LCT. Dice que, según la LCT, el trabajador jubilado puede volver a trabajar. Y si es despedido debe ser preavisado e indemnizado si el distracto es arbitrario.

El cuarto ítem refiere a la indemnización del art. 80 LCT. Hace referencia a los meses impagos y a la necesidad de cumplir con la obligación prevista en dicha norma, con relación a los períodos posteriores a la obtención del beneficio.

Seguidamente objeta el rechazo de la indemnización del art. 132 bis de la LCT. Solicita se declare la inconstitucionalidad del decreto 146/01 por considerar que la intimación previa no resulta compatible con lo previsto por el art. 99 de la C.N., al añadir un requisito no previsto en la norma, incurriendo en un claro exceso reglamentario.

En sexto orden, indica que las personas físicas demandadas deben responder de forma solidaria con la persona jurídica.

Plantea que el Sr. Juez debió aplicar los arts. 59 y 274 LSC. En tal sentido, refiere que es inadmisibles no responsabilizar individualmente a los demandados en este caso, en donde se despidió al trabajador argumentando que se había jubilado, sin pagar preaviso ni liquidación por despido, además de adeudarle horas extras y bajarle el sueldo mientras se encontraba incapacitado por accidente, porque no es posible inferir que se creyó que era lícito proceder de tal forma.

Continúa señalando que, contrariamente a lo que se sostiene en el fallo apelado, el art. 54 LSC dispone una imputación directa a los socios y a los controlantes que hicieron posible la actuación fraudulenta, a quienes responsabiliza de forma solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

Los agravios formulados en séptimo y octavo lugar apuntan a que el juez no tuvo en cuenta los efectos de la confesión ficta prevista en el art. 34 de la ley 921 ni las consecuencias del art. 38 de esa ley.

El noveno agravio se formula con fundamento en que la sentencia omitió tratar la diferencia de haberes reclamada en la demanda.



El décimo alude a la vulneración de los principios protectorios del derecho del trabajo.

En el punto cuarto de su escrito deja sentado su interés en replantear la prueba pericial contable denegada en primera instancia, en los términos del art. 379 CPCC.

Por último, hace reserva del caso federal.

Sustanciado el recurso, la contraria guarda silencio.

2.- La primera cuestión a decidir se vincula con la situación del trabajador que, sin requerimiento del empleador, decide jubilarse. Concretamente, si es necesario que este último -para disolver el vínculo- otorgue preaviso o, en su defecto, abone la indemnización sustitutiva pertinente.

Entiendo que a este solo rubro debe circunscribirse el tratamiento del presente, puesto que la indemnización por antigüedad que se menciona en el escrito recursivo no fue exigida en la demanda oportunamente deducida, resultando por ende aplicable la limitación contenida en el art. 277 CPCC.

Llega firme a esta instancia que el actor inició por su propia voluntad los trámites jubilatorios, sin que haya mediado intimación por parte de la patronal.

Cuando es el empleador quien intima al trabajador a iniciar dichos trámites, la voluntad de poner fin al vínculo está expresa, a punto tal que el plazo en cuestión incluye el preaviso (art. 252 LCT). Esta situación es distinta cuando es el trabajador quien toma la iniciativa, ya que desconoce si al obtener el beneficio, el empleador consentirá o no la continuidad de la relación laboral.

Debe tenerse en cuenta que conforme lo dispuesto por el art. 91 LCT, el contrato de trabajo por tiempo indeterminado dura hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social, por lo que el modo normal de finalización del contrato de trabajo por tiempo indeterminado es la obtención de la jubilación.

Por lo tanto, parece razonable que, ante la toma de conocimiento de tal circunstancia, el empleador disponga la finalización del vínculo en los términos del art. 91 LCT.

Esta decisión fue la que adoptó la demandada en autos, sin que el actor, a mi entender, controvirtiera tal facultad rescisoria, al afirmar expresamente: "...enterado el empleador de que el beneficio de la jubilación fue concedido puede dar como en el caso extinguido el vínculo, pero con el correspondiente preaviso que en esta caso no existió que el mismo sirve para no privar abruptamente del salario al trabajador" (sic, fs. 22 y 263).

Ahora bien, ninguno de los dos artículos de la Ley de Contrato de Trabajo incluidos en el capítulo que regula "la extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador", a saber, 252 y 253, contemplan el supuesto del dependiente que, por su propia iniciativa, da comienzo a los trámites previsionales, sin requerimiento de la patronal.

Sin embargo, lo cierto es que ambas normas, una referida al trabajador en condiciones de jubilarse, y la otra, al ya jubilado que vuelve a prestar servicios en relación de dependencia, prevén la obligación de preavisar, por lo que pareciera que el legislador no quiso obviar la aplicación de dicho instituto aún cuando se tratara de la finalización del contrato por jubilación. Y en rigor, ello es acorde a la aplicación del preaviso, incluso en supuestos de contratos por tiempo determinado (art. 94 LCT).

Por ende, a mi juicio, aún considerando lo opinable de la cuestión, la falta de previsión normativa debe resolverse por aplicación del art. 9 LCT en el sentido de que corresponde preavisar al trabajador de que se pondrá fin al vínculo en virtud de la obtención del beneficio aludido.

En tal sentido, se ha dicho: "el art. 252 faculta al empleador para que intime a su empleado a que cumpla con los trámites jubilatorios y, una vez que éste obtenga el beneficio, rescinda la relación laboral sin pagar indemnización por despido, ni el preaviso porque se ha cumplido. Como puede observarse fácilmente, en el caso que nos ocupa el trabajador no ha sido preavisado de la finalización del vínculo, y si en las circunstancias descriptas por la norma el preaviso no se paga porque está cumplido, aquí concluiremos que, incumplido éste, se debe la indemnización que compensa el perjuicio por su falta de otorgamiento" (Cám. Apel. Trab. de Bariloche, "Paillot, María Isabel c. Benedit, María A." La Ley online: AR/JUR/16052/2008).

Por lo expuesto, habrá de revocarse el decisorio de la instancia anterior y reconocer por el rubro preaviso (y SAC s/ preaviso) la suma de \$ 6.658,50 reclamados en la demanda (art. 38 ley 921).

Luego, resultan inatendibles las consideraciones efectuadas en el recurso relativas a la inoponibilidad del despido por la ausencia de representación del firmante de la misiva, dado que tales planteos no fueron deducidos en el correspondiente estadio procesal. Y ello implica que su tratamiento -en virtud de lo expresamente dispuesto por el ya citado art. 277 CPCC- está vedado a este Tribunal.

3.- El agravio referido al reclamo de horas extras tampoco tendrá curso favorable.

Al respecto, hemos compartido lo sostenido por la Sala II de esta Cámara de Apelaciones, en cuanto ha dicho: "[...] que quien reclama el pago de horas suplementarias tiene la carga de probar su realización y esta prueba debe ser exhaustiva y fehaciente sobre todo si el reclamo se formula, tal como sucede en autos, una vez operada la finalización del contrato de trabajo (cfr. Sala II, "Burgos c/ Caristo Hnos.", expte. 598-



CA-99, “Catriñir c/ Benito Roggio”, P.S. 1996-II, f° 249/253; “Vergara Mora c/ Digicon Geophysical”, P.S. 2000-I, f° 52/54; “Muñoz Gabriel c/ COTECUSD”, P.S. 2011-V, n° 178; SALA I, “Medina c/ Crucero del Norte”, P.S. 2011-VI, n° 229) [...]”

“Finalmente, ninguna influencia tiene, frente a lo expuesto, la falta de exhibición de la documentación laboral por parte de la demandada. En materia de acreditación de las horas extras, la mayoría de los tribunales del fuero sostienen que no resulta aplicable la presunción del art. 55 de la LCT, porque el horario de trabajo no es uno de los requisitos que debe constar en el libro que manda llevar el art. 52 de la LCT (cfr. SCJBA, “Aguilar c/ Matadero y Frigorífico Regional Azul”, 20/8/1991, TySS 1992, pág. 322; CNAT, Sala I, “Gallegos c/ United State Lines”, 3/12/1993; ídem., Sala II, “Villaboa de Merolla c/ Argos Cía. Argentina de Seguros”, 18/9/1994; ídem., Sala III, “Pereira c/ Pozzi”, 21/3/1997; ídem., Sala IV, “Ortiz c/ Hogares Stella Maris”, 3/4/1997, todos citados por Rodríguez Fernández, Liliana en “Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada” dirig. por Antonio Vázquez Vialard, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, T. I, pág. 424; ídem., Sala VI, “La Porta c/ Simeone”, 25/8/2000, DT 2001-A, pág. 118)”, (Sala II, autos “Quesada, José María c. O.P.S. S.A.C.I. s/ cobro de haberes”, 10/05/2012, DT 2012 (junio) , 1559, con nota de Juan José Etala (h.); AR/JUR/16301/2012, citado por esta Sala en “BARROS C/ CHAPARRO S/ COBRO DE HABERES” (EXP N° 347817/7).

En autos, a más de que la mayoría de los testigos manifiestan tener juicio pendiente contra la demandada, lo cual lleva a valorar sus testimonios con mayor estrictez, sus respuestas han sido demasiado genéricas, sin aportar mayores detalles en cuanto a la dinámica concreta de la jornada de trabajo. Esta falta de precisión también se advierte cuando algunos refieren que la prolongación horaria era esporádica (fs. 179, 181) y otros indican su habitualidad (fs. 180, 193). Además, esto último tampoco se corresponde con lo aseverado por el actor que señala un promedio de 20 horas extraordinarias mensuales.

4.- En cuanto a la indemnización del art. 80 LCT, debe tenerse en cuenta, por un lado, que el actor debió recibir oportunamente los certificados de servicios y documentación necesaria para tramitar su jubilación y, por el otro, que aún considerando el período posterior a que obtuviera dicho beneficio, no medió la intimación fehaciente prevista en la normativa aplicable (Ley N° 25.345 y dec. 146/01).

Otro tanto ocurre con la multa del art. 132 bis LCT, dado que tampoco se procedió a la intimación previa pertinente, de conformidad a idénticos preceptos señalados. Y ello, más allá de lo que surge del informe de fs. 185/7.

Al respecto, esta Alzada ha señalado: “En efecto, la norma mencionada prevé el supuesto de retención de aportes por parte del empleador, con destino a los organismos de la seguridad social y que esos importes no hayan sido ingresados a favor de los organismos, entidades o instituciones a los que estuvieren destinados.”

Así las cosas y tal como lo señala Grisolia, al decir que “Del texto del art. 132 bis LCT (art. 43 ley 25345) surge que la intención del legislador no es sancionar al empleador por no haber efectuado los aportes a los distintos organismos de la seguridad social o las respectivas cuotas sociales sino sancionar su conducta por haber retenido los aportes a su empleado y no haberlos ingresado a los organismos de referencia”. Sala 7°, 29/11/2002, “Napoli, Héctor Adrián v. Nabil Travel Service SRL”. (Grisolia, contrato de Trabajo. Deber de ingresar aportes y contribuciones. Art. 132 Bis Lexis N° 5609/005577).

En el caso de autos, si bien es verdad que los aportes de seguridad social correspondientes a los meses de abril y julio de 2009, fueron retenidos (conf. fs. 44 y 47) y no depositados (conf. fs. 298 vta.), coincido con el a-quo en cuanto a que no se ha cumplido con el recaudo de la intimación previa, ya que del contenido de los TCL obrantes a fs. 3 y 5, no surge que se haya intimado el pago de los aportes retenidos y no depositados...

Por otra parte, la intimación previa reglamentada en el art. 1 decreto 146/2001 establece que el trabajador debe intimar por treinta días corridos contados a partir de la recepción de la misma, ya que como dice Ramonet José al comentar esta norma, “es indudable que apunta –tal como se desprende de los considerandos del decreto- a privilegiar el cumplimiento efectivo de la recaudación por sobre el derecho del trabajador establecido en la ley a percibir una sanción a su favor por lo que –sin dudas- fue un incumplimiento de su empleador” (LNL 2004-16-1128, Lexis N° 0003/400449)” (“AVALOS ADELMA AURORA C/ HUGO HECTOR BASANTA S.R.L. Y OTROS S/ COBRO DE HABERES” (Expte. N° 1499/2010), Sala II).

Teniendo en cuenta esas directrices, que comparto, no encuentro motivos para declarar la inconstitucionalidad escuetamente planteada por el quejoso a fs. 280, acto de suma gravedad que, como ha señalado la Corte Suprema en sendos pronunciamientos, constituye la más delicada de las funciones que pueden encomendarse a un tribunal de justicia y, por lo tanto, debe considerarse como la última ratio del orden jurídico.

Traigo aquí a colación lo expuesto por la Dra. García Margalejo, respecto de la intimación prevista en el decreto 146/01 que, aunque referida al art. 3°, entiendo plenamente trasladable a su art. 1°: “Es oportuno recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que un decreto reglamentario no resulta inconstitucional cuando por medio del mismo se propenda al mejor cumplimiento de los fines de la ley o constituya un medio razonable para evitar su violación y sea ajustado a su espíritu (Fallos, 204:194; 220:136; 232:287; 250:758; 254:362). El decreto bajo análisis, antes de relevar al empleador de su obligación, precisamente tiende a posibilitar su razonable cumplimiento y, consecuentemente, el de las normas fiscales vigentes ... (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V Juárez, Miguel Ángel c. ISS



Argentina SA s/ despido 23/06/2011 | Publicado en: DT 2011 (octubre), 2677 Cita online: AR/JUR/32767/2011. Ver "JIMENEZ c/ BAROZZI s/ DESPIDO", EXP N° 399278/9).

Por estas razones, los agravios referidos a ambas multas deben ser desestimados.

5.- Con respecto al reclamo por diferencia de haberes, estimo que asiste razón al quejoso en punto a que el fallo ha omitido tratar este tramo de la pretensión contenida en la demanda. El decisorio solo aborda las diferencias salariales vinculadas a las horas extras, pero nada dice con relación al resto de los rubros identificados en la pieza postulatoria.

La alusión que allí se hace a la obtención del beneficio jubilatorio en nada incide, puesto se trata de diferencias independientes a la causa de la extinción del contrato de trabajo. De modo que se analizarán aquí aquellos rubros cuyo pedido se mantiene en la expresión de agravios.

En este contexto, considerando las consecuencias previstas en los arts. 21 y 38 de la ley 921, así como los depósitos que surgen del informe de fs. 143/168, juzgo que solo resulta procedente el reclamo referido a SAC/09 por el importe de \$ 2.522,00.

Tengo especialmente en cuenta para denegar el ítem correspondiente al mes de abril de 2009, la constancia de fs. 159 en consonancia con la liquidación de fs. 24.

Tampoco podrá prosperar el rubro viandas. El único testigo que no manifestó tener juicio en contra de la accionada declaró a 179 vta. que aquéllas eran entregadas o abonadas por la empresa y su liquidación surge también del informe de fs. 143/168 antes referido.

Frente a ello, no tiene gravitación la confesión ficta de la demandada, dado que ésta carece de un valor absoluto y debe ser apreciada en su correlación con el resto de las pruebas atendiendo a las circunstancias comprobadas en la causa.

Bien se ha dicho que este tipo de confesión constituye una presunción eficaz si la corroboran los demás elementos del proceso, pero desechable cuando, como en el sub lite, otras pruebas la invalidan (SCBA, "Jara c. Liga Escuela de Fútbol Infantil Varelenense y otros", La Ley Online AR/JUR/28652/2008).

6.- Se agravia también el recurrente frente a la falta de condena solidaria de las personas físicas demandadas, en los términos de los arts. 59 y 274 LSC.

Desde ya debo adelantar que no asiste razón al quejoso.

Y esto es así, fundamentalmente, porque siempre que hablamos de inoponibilidad en materia societaria, no debemos perder de vista que es una suerte de sanción para los supuestos en que se acuda a esta forma como ficción, como recurso para violar la ley, el orden público o para la frustración de derechos de terceros (art. 54 de la Ley de Sociedades).

Es que "...la teoría del abuso de la personalidad jurídica habilita a imputar las consecuencias de un determinado negocio jurídico a los socios que participaron en ella cuando la sociedad fue un mero 'instrumento' para perjudicar a terceros o para violar la ley", por lo que el instituto opera "cuando el o los actos ilícitos aislados cometidos por la sociedad son, en rigor, actos cometidos por los socios valiéndose de la sociedad como instrumento..." (Palacio, Lino E., "La responsabilidad de los socios por multas laborales a la sociedad: una peligrosa generalización", LA LEY, 2002-C, 1191).

En este caso, no se advierte que sea la situación: la circunstancia de que se hubiese omitido el pago del preaviso o que no se hayan abonado las diferencias de haberes reclamadas, se erige en objeto de las indemnizaciones expresamente establecidas por la legislación laboral, pero de allí a sostener que ello configure el supuesto de fraude previsto por las normas aludidas, hay una distancia argumentativa que no logra ser cubierta en la sentencia y no advierto fundamentos para hacerlo en esta instancia.

Lo que creo necesario dejar sentado es que no puede accederse a la desestimación de la personalidad societaria "sin haberse acreditado suficientemente el empleo desviado de ésta, extralimitándose en la extensión de la responsabilidad que otorga por el ilícito cometido por la persona jurídica (representado por su órgano de administración). Si cundiera este ejemplo, nos encontraríamos a diario con fallos en los que, ante cualquier falta en el pago de impuestos al fisco, o contrataciones en negro o cualquier ilícito en el que en definitiva no pueda probarse que la intención ha sido utilizar a la sociedad como una mera pantalla o apariencia para la realización de fraudes, la frustración de derechos de terceros o bien la realización de actos que encubran fines extrasocietarios, los accionistas serán responsabilizados por doquier. Es que el art. 54 de la LSC fue modificado para atender la responsabilidad por uso abusivo del fenómeno societario y no por incumplimiento meramente societario. Así fue entendido en un caso que rechazó parcialmente la demanda laboral interpuesta contra los integrantes de una sociedad de tipo familiar, en tanto el mero hecho de integrar la sociedad no puede fundar la condena, pues ello importaría borrar la distinción entre la personalidad de los socios y la del ente. Se olvida también que la extensión de la responsabilidad hacia los directores y socios es válida en tanto se atienda a su carácter excepcional, debiendo el juez recabar las pruebas necesarias para determinar con precisión la existencia del fraude, grado, tiempo del mismo, envergadura de la empresa y cantidad de trabajadores antes de emitir su sentencia..." (cfr. Verón, Alberto "La personalidad jurídica societaria y los fraudes laborales", publicado en: LA LEY 30/11/2005, I, LA LEY 2005-F, 1147).

Y se agrega más adelante, en criterio que también comparto: "...El recurso de la desestimación o inoponibilidad de la personalidad jurídica es una sanción extrema... Gagliardo no oculta su alarma ante pronunciamientos que soslayan pautas relevantes e involucran a administradores o



socios en reclamos como los examinados ut supra, pues quien se obliga a abonar una deuda que, en principio, le es ajena, tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad, por agravar la intangibilidad del patrimonio... Por eso es que, para lograr el resultado pretendido por los trabajadores, esto es, la satisfacción de sus acreencias, debe acudir a vías de menor gravedad para el instituto de la persona jurídica, aplicándose el art. 54 como última ratio -según expresión de la Corte Suprema- que posibilite el cobro del crédito laboral; pero optada la vía de la inoponibilidad, debe razonarse sobre la necesidad de ella y porqué no son suficientes los medios menos gravosos, y sólo después analizar bajo que supuestos es aplicable la norma de excepción, sin olvidar la utilidad social de la personalidad jurídica como institución jurídica, y estudiar debidamente los hechos y la selección de la normativa aplicable..." (ibídem. Ver mi voto en autos "CANO C/ VERTUA VICTOR Y OTROS s/ DESPIDO", EXP N° 350499/7).

7.- Por último, tampoco habrá de accederse a la apertura a prueba en esta instancia, por tratarse de una medida de carácter excepcional y de interpretación restrictiva (PS. 1986 -II- 235/236; PS. 1988-I-98/99, Sala II; PS. 1991 -III- 561/564, Sala I; Palacio-Alvarado Velloso, "Código Procesal", IV-365).

En el caso, la petición no cumple con los requisitos del art. 260 del C.P.C. y C, dado que no se encuentra suficientemente fundada y no se acredita de qué manera es esencial para la resolución de la causa. Es que "[...] no basta la comprobación de que la resolución impugnada fue errónea en su momento, la Cámara debe considerar que la prueba sigue siendo útil y que no son suficientes los medios de convicción obrantes en el expediente, para resolver el litigio; el peticionante tiene la carga de explicar de qué modo la prueba omitida sería conducente al éxito del recurso de apelación [...]" (Arazi, Roland, La prueba en el proceso civil, pág. 130, Edic. La Rocca, Buenos Aires 1986).

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo acoger parcialmente el recurso de apelación deducido por el actor, modificándose la sentencia de fs. 250/254 vta. solo en lo que respecta a la admisión de los siguientes rubros: a) indemnización sustitutiva de preaviso y SAC s/preav. por la suma de \$ 6.658,50 y b) SAC/09 por el importe de \$ 2.522,00. Todo ello con más intereses a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén a partir de que cada suma es debida.

Las costas de ambas instancias se imponen por su orden, manteniéndose la condena en costas al actor por el acogimiento de la excepción de falta de legitimación pasiva (art. 17 Ley 921). Difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad. MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto, esta Sala I

RESUELVE:

1.- Hacer lugar parcialmente el recurso de apelación deducido por el actor, modificándose la sentencia de fs. 250/254 vta. solo en lo que respecta a la admisión de los siguientes rubros: a) indemnización sustitutiva de preaviso y SAC s/preav. por la suma de \$6.658,50 y b) SAC/09 por el importe de \$2.522,00, con más intereses a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén a partir de que cada suma es debida.

2.- Imponer las costas de ambas instancias por su orden, manteniéndose la condena en costas al actor por el acogimiento de la excepción de falta de legitimación pasiva (art. 17 Ley 921).

3.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia recurrida las que se efectuarán en la instancia de grado, una vez practicada la planilla de liquidación del capital con más los intereses devengados.

4.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

[Volver al índice](#)

[-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"DUARTE RIVAS CESAR ALEXIS C/ MEDANITO S.A. S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES"

- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 353404/2007) – Sentencia: 201/13 – Fecha: 14/11/2013

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO DIRECTO. INJURIA LABORAL GRAVE. OBLIGACION DE SEGURIDAD. DERRAME DE PETROLEO. PERDIDA DE CONFIANZA.



Las específicas funciones de recorredor baterista a cargo del actor y la incidencia de la falta de cuidados en la seguridad del proceso, derivó en la rotura de la guarnición de una brida generándose una pérdida importante de petróleo con el consiguiente perjuicios que causó por las tareas de limpieza que hubo que llevar a cabo y a las consecuencias disvaliosas en la imagen de la empresa derivadas del estado público que toma el accidente, constituye una injuria de gravedad que impedía la prosecución del vínculo laboral.

Texto completo:

NEUQUEN, 14 de noviembre de 2013

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “DUARTE RIVAS CESAR ALEXIS C/ MEDANITO S.A. S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES” (EXP N° 353404/2007) venidos en apelación del Juzgado Laboral Nro. 2 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. Contra la sentencia que rechaza la demanda e impone las costas al actor, éste apela a fs. 625.

Indica que no ha quedado demostrado, salvo por la suposición de la jueza, que haya sido el causante del accidente.

Dice que, por el contrario, ha quedado probado que fue un buen empleado; que en cinco años de antigüedad sólo recibió una sanción disciplinaria, no invocable ni relevante para el caso; que en todo momento brindó colaboración y comunicó lo acontecido; que no hubo daños materiales de importancia, aunque sí riesgos.

Argumenta que si bien en el fallo se sienta como principio, el de conservación del contrato, se aplica una solución inversa.

Manifiesta que lo que se requiere en el recurso es una nueva valoración de la prueba, dado que estos elementos no han sido apreciados adecuadamente al ponderar la injuria como causal de despido, pudiendo haberse aplicado otras sanciones menos gravosas.

Subsidiariamente solicita que se modifique la imposición de costas, puesto que pudo creerse con razones para litigar y su reclamo no fue abusivo.

A fs. 634/637 la demandada contesta los agravios. Requiere que el recurso se declare desierto y se explaya sobre el acierto del decisorio.

2. Tal como se advierte de la simple lectura del escrito recursivo, la expresión de agravios es deficiente y, en rigor, la presentación no reúne los recaudos para ser considerada como tal.

En tal sentido, hemos señalado reiteradamente que “...la expresión de agravios, en modo alguno puede consistir en una mera discrepancia con la decisión adoptada o criticar extremos que en nada inciden en el fundamento de la decisión.

Así se ha indicado, en criterio que comparto, que *“la parte debe seleccionar del discurso aquel argumento que constituya la idea dirimente y que forma la base lógica de la decisión. Efectuada la labor de comprensión, le cabe demostrar cual es el punto del desarrollo argumental que muestra un error en sus referencias fácticas o en su interpretación jurídica –dando las bases del distinto punto de vista- que lleva al desacierto ulterior concretado en el veredicto. Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esa manera, cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica, antes que por la solidez de la decisión que recurre. No basta, para que prospere una apelación, con acudir a citas jurisprudenciales y/o doctrinales, huérfanas de todo sustento fáctico, como pretende el demandado, dado que no explica de que forma se relacionan con el caso debatido (CNCont. Adm. Sala 2°, 7-9-04).*

Se ha señalado, en distintas oportunidades, que la mera disconformidad con la sentencia, por considerarla equivocada o injusta, o las generalizaciones y apreciaciones subjetivas que no cuestionan concretamente las conclusiones del fallo apelado, no constituyen una expresión de agravios idónea, en el sentido de resultar apta para producir la apertura de la presente instancia. En orden a ese objetivo, lo que se exige no es la sola crítica entendida ésta como disconformidad o queja, sino una crítica calificada, una crítica recursiva, la que para merecer dicho adjetivo debe reunir características específicas...”

La recurrente escasamente cumplimenta el requisito del art. 265 del código procesal, por cuanto no efectúa un ataque concreto y razonado al fallo recurrido, sino que, por el contrario, sólo expresa una disconformidad con lo decidido.

3. Nótese que el actor nada refuta –por caso- en punto al testimonio de Rodriguez Santos quien dice: *“el actor era un operador en funciones o con funciones de recorredor/baterista, ese día el 11/03/06, antes de dejar sus funciones en el yacimiento, hizo maniobres destinadas a cerrar y abrir válvulas en los ductos que conducen petróleo; en forma más precisa la maniobra consistía en quitar un pozo del colector para realizar mediciones y habilitar para enviar el fluido al tanque. En esa oportunidad, el actor habilita la entrada de un pozo al tanque pero no abre en simultáneo la llave de paso. Se genera un efecto de presión atento a que el pozo continuaba bombeando fluido por el caño y al no tener abierta la llave de paso al tanque aumenta la presión y genera la rotura de la guarnición de una brida generándose una pérdida importante de petróleo...”* Se refiere a los perjuicios que causó por las tareas de limpieza que hubo que llevar a cabo y a las consecuencias disvaliosas en la imagen de la empresa derivadas del estado público que toma el



accidente. Dice luego: “el tipo de error cometido hizo perder totalmente la confianza en las condiciones de responsabilidad con la que el operador debe realizar sus funciones en el yacimiento”.

Tampoco refuta los dichos de Walrond, quien indica:

“A partir de este hecho su actitud hacia la compañía cambió en desmedro de la actividad que desarrolla y culmina en una maniobra rutinaria que es colocar un pozo en control: para lo cual el actor cierra una válvula sin abrir otra, quedando el pozo confinado levanta presión y revienta la junta entre una válvula y la brida donde produce un spray de derrame de petróleo en un radio amplio, ensuciando tanques, separadores, terrenos, caños, y corriendo el líquido por la pendiente del terreno... Cuando se le pregunta porque en una maniobra tan normal y simple como es poner o sacar un pozo de control, manifiesta el actor que creía que lo había hecho, porque el actor estaba solo en el turno. Esto se lo preguntó el testigo al actor al día siguiente, y también sabe que se lo preguntaron la gente que estaba de guardia en el yacimiento. Ahí se decide desvincularlo de la empresa y se lo despide con causa, dando origen a esta demanda. Que al momento del incidente estaba en Rincón Pérez Rafaelli, quien le avisa al testigo, y como era Duarte el operario de ese turno se lo ubica para que informe que maniobra había realizado. Inmediatamente va a la batería Duarte y la normaliza, con lo cual el propio actor tenía dudas de que lo había hecho mal, al aceptar volver a la batería él se da cuenta que la maniobra no la había hecho bien. Esa maniobra de abrir y cerrar las válvulas era responsabilidad del actor, es función del baterista recorredor. Debía el actor verificar las baterías, medir los tanques, calcular el volumen, y dejarlo asentado en los partes diarios que es la forma en que se controla la producción, para saber si no hay mermas o si viene normal. Si la producción no viene en los límites normales el actor debía dar cuenta de ello. El actor dentro de su trabajo debía controlar la posición de las válvulas, no sólo la de los pozos de control sino las que permiten el paso del fluido para cargar camiones, las que permiten pasar de un tanque a otro cuando se llena alguno, debía controlar las válvulas de los separadores para que no se llenaran de líquido. Y si la válvula no la controla y trabaja mal, el separador se empacha y sale líquido por donde debe salir el gas, éstas son las tareas habituales de un baterista...El accidente relatado se produjo por una mala maniobra rutinaria a cargo del actor, porque se cerró una válvula sin abrir otra lo que produjo la presión en la cañería y en el colector. Le consta que fue una mala maniobra porque reventó la junta del colector, al levantar presión, lo que revienta es siempre la junta que es el fusible. Y esto fue a causa de Duarte porque era parte de su función y estaba en ese turno, amén de que cuando se le avisó el actor entró en dudas, y fue derecho a normalizar la maniobra realizada con anterior, de lo contrario lo hubiere manifestado distinto, como ser no sabría lo que había pasado...”

Véase que éstos son dos de los testimonios (y hay otros, me remito a la mención que hace la magistrada) en los que la Sra. Jueza funda su decisión y sus alcances no son refutados en los agravios, limitándose a decir “que no queda demostrado, salvo por suposición de la Jueza a quo, que el actor haya sido el causante del accidente”.

4. No refutada, entonces, debidamente la acreditación de la causa del despido, no se advierte que sea arbitraria la ponderación de la gravedad de la falta.

Más allá de que en este aspecto el actor tampoco efectúa una crítica concreta, no puede olvidarse que la actuación en la comunidad de trabajo requiere del dependiente el cumplimiento de deberes de fidelidad acordes con la índole de las tareas asignadas, ya que con el desarrollo del contrato de trabajo se crean expectativas acerca de su conducta leal y si tales expectativas se frustran a raíz de un hecho objetivo suficientemente grave que determina la convicción de que el trabajador ya no es confiable, es decir que puede repetir el hecho desleal o manifestar una conducta de este tipo se configura una causa de despido...” (cfr. Pose, Carlos “La pérdida de confianza como factor rupturista del vínculo laboral”, publicado en: DT 2012 (octubre), 2688).

En este contexto, y dados los riesgos que el mismo actor reconoce en su escrito recursivo que existieron, su incumplimiento se tornó grave en el contexto en el que se produjo, no presentándose desproporcionada o irrazonable la decisión de la empleadora.

Es que “la proporcionalidad exigida de la respuesta no significa que ella deba ser igual, equivalente o comparable a la injuria en que se funde, ya que, en rigor de verdad, el requisito a cumplir es la falta de desproporción, entendida como inexistencia de exceso.

Este recaudo no constituye una condición matemática sino, por el contrario, una apelación a la razonabilidad y prudencia que a partir del principio de conservación del contrato de trabajo (art. 10, Ley de Contrato de Trabajo) y del deber de respeto mutuo (art. 63, Ley de Contrato de Trabajo) obliga a ambas partes a adecuar y graduar sus comportamientos recíprocos...” (cfr. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, “González, Ernesto Bernabé c. Banco de Corrientes S.A.”, 07/05/2008 Publicado en: LLLitoral 2008 (setiembre), 852 DJ 22/10/2008, 1811, DJ 2008-II).

Por ello, para analizar la proporcionalidad de la medida, es imposible obviar el contexto particular del caso y, también, que las nociones de fidelidad y lealtad, que deben asimilarse al concepto de buena fe del art. 63 L.C.T., tienen suma relevancia en el contrato de trabajo y engloban un sinnúmero de derechos y obligaciones recíprocas de las partes involucradas, emanados del espíritu de colaboración y confianza que caracterizan aquella relación.

La actuación en la empresa requiere del trabajador el cumplimiento de deberes de conducta acordes con la índole de las tareas que tenga asignadas y si un hecho objetivo suficientemente grave determina la convicción (elemento subjetivo) de que el trabajador ya no es confiable, es decir que puede repetir el hecho desleal o manifestar una conducta de este tipo, se configura una causal de despido. (cfr. Fernández Madrid, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, 2ª ed. actualizada, t. II, p. 1777).



Y, en este contexto: "... el deber de fidelidad es tanto más estricto, cuanto mayor es la responsabilidad del trabajador en la organización..." dado que "...las obligaciones genéricas de conducta, y en particular el deber de fidelidad, en el cual se funda particularmente la "confianza", que el empleador debe dispensar a su dependiente, por lo común es inversamente proporcional al grado de subordinación efectiva con que el trabajador se desempeña..." (cfr. HERRERA, Enrique, "La "confianza" en la relación laboral". Publicado en: DT, 1986-A, 1).

En este caso, las específicas funciones a cargo del actor de las que dan cuenta las pruebas reunidas en la causa y la incidencia de la falta de cuidados en la seguridad del proceso, me llevan a la convicción de que el hecho que determinó el distracto, apreciado prudencialmente, en las circunstancias del caso, constituye una injuria de gravedad que impedía la prosecución del vínculo laboral.

5. En cuanto a las costas, cuadra apuntar, una vez más, que la eximición de ellas al perdedor es de carácter excepcional y restrictiva (CSJN, Fallos 325:3467), con lo cual la regla es su condena y la excepción, su dispensa, resultando ésta procedente solamente cuando median razones fundadas y objetivas para relevar al litigante vencido.

Así hemos señalado en "BONINO MENDEZ CARLOS RAUL C/ COOPERATIVA A.D.O.S. LTDA. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" EXP N° 415606/10: "*En lo que respecta a las costas, que fueron recurridas por la demandada, tengo en cuenta que el art. 68 del Cód. Procesal consagra el criterio objetivo de la derrota como fundamento de su imposición. Éstas deben ser reembolsadas por el vencido con prescindencia de la buena o mala fe, de su mayor o menor razón para litigar y de todo concepto de culpa, negligencia, imprudencia o riesgo y de la malicia o temeridad de su contrario. Vale decir que la condena en costas es la regla y su dispensa la excepción, de modo que el apartamiento de tal principio solo debe acordarse cuando median razones muy fundadas, pues la exención debe ser aplicada con criterio restrictivo.*

Para que proceda la exención de costas a la parte vencida, la razón probable para litigar debe estar avalada por elementos objetivos de apreciación de los que se infiera la misma sin lugar a dudas, esto es, cuando por las particularidades del caso pueda estimarse que el litigante vencido actuó sobre la base de una convicción razonable, la que no debe consistir en la creencia meramente subjetiva acerca de la razonabilidad de su postura.

Con tal base y atendiendo a los argumentos por los que se dispuso el rechazo de la acción, considero que no existen razones atendibles para eximir de costas a la parte actora vencida, por lo que deberá revocarse lo decidido en origen en este aspecto e imponerse las mismas al accionante..." (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I, Campos, Oscar Sabino y otros c. E.F.A. Empresa Ferrocarriles Argentinos y otro 18/02/2008 Publicado en: La Ley Online Cita online: AR/JUR/1091/2008)..."

Traídos estos conceptos al caso en estudio, el actor no indica concretamente en que se funda la razón para reclamar, que sólo se limita a alegar.

Y no advirtiendo –a la luz de las pruebas rendidas- que esta causa de eximición se configure, este agravio debe ser igualmente desestimado.

6. En definitiva, por las razones que se han dado para agotar la respuesta jurisdiccional adversa al recurrente, a partir de las cuales se patentiza la insuficiencia recursiva, propongo al Acuerdo la confirmación del fallo apelado en todas sus partes, con costas en la Alzada a cargo de la actora vencida, debiendo procederse a la regulación de los honorarios de conformidad con lo dispuesto en el art.15 LA. TAL MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome en idéntico sentido.

Por lo expuesto, esta Sala I

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia de fs. 616/621 en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 17, Ley N° 921).

3.- Regular los honorarios de Alzada en las siguientes sumas: para el Dr. ..., letrado apoderado de la actora, de pesos ... (\$...); para el Dr. ..., patrocinante de la demandada, de pesos ... (\$...) y para el Dr. ..., apoderado de la misma parte, de pesos ... (\$...) (art. 15, LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

[Volver al índice](#)

[-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"PANOZZO DARIO RUBEN C/ SUCES. DE MENGELLE AUGUSTO LUIS S/ PRESCRIPCION" -
Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I -
(Expte.: 309591/2004) – Sentencia: 204/13 – Fecha: 03/12/2013



DERECHO CIVIL: Derechos reales.

DOMINIO. USUCAPION. CONYUGE COPOSEEDOR. FALLECIMIENTO. LEGITIMACION ACTIVA.

Habrá de revocarse en todas su partes la sentencia que hizo lugar a la demanda de prescripción adquisitiva, ya que si el poseedor fallece antes de haber usucapido, sus sucesores universales como continuadores de su persona lo suceden en la posesión, la que reciben con todas sus ventajas y sus vicios (arts. 3417 y 3418 Cód. Civil). Por ello, antes de ligarse la demandante por ese vínculo de derecho escogió la modalidad de constituirse -ella- como verdadera y única titular de la acción de usucapión. Es decir, en vez de unir su posesión a la ejercida -en vida- por su esposo, de la que hay abundantes acreditaciones, se decide por promover este juicio para adquirir para sí sola con exclusión de los herederos forzosos.

Texto completo:

NEUQUEN, 3 de diciembre de 2013

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "PANOZZO DARIO RUBEN C/ SUCES. DE MENGELLE AUGUSTO LUIS S/ PRESCRIPCION" (EXP N° 309591/2004) venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil Nro. 2 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

I.- A fs. 489/497 los demandados, mediante apoderado, expresan agravios contra la sentencia de fs. 472/477 que acoge la demanda.

Plantean que la sentencia es ilógica y contradictoria, toda vez que se aparta de sus propias premisas y omite realizar un análisis restrictivo de la prueba rendida, la cual, según expresan, no resulta contundente ni clara ni precisa.

En este sentido, afirman que no se ha acreditado en autos la posesión de la actora por el plazo de 20 años. Agregan que la Sra. Salvatori, primigenia accionante que luego cede sus derechos al Sr. Panozzo, invoca ser viuda del Sr. Diego Manuel Flores, sin haber acreditado el vínculo ni que el mismo hubiese finalizado por muerte del supuesto cónyuge, ni la existencia de otros herederos, por no haberse adjuntado partida de matrimonio ni de defunción; máxime teniendo presente que el estado de coposesión limita intelectualmente el "animus possidendi".

Esgrimen que no hay prueba de que la actora poseyera desde 1972, ni ésta justificó en modo alguno como comenzó la posesión y que en la documental acompañada no figura aquella ni su cesionario.

Indican que la propia accionante reconoce que no poseyó el bien sino que supuestamente en 1978 construye una edificación como inquilinato, cediendo la posesión a terceros, no habiéndose adjuntado comprobante alguno de contratos de alquiler ni demostrado que los terceros ocupantes reconocieran que la posesión la realizaban sin ánimo de dueños.

En cuanto a la prueba testimonial, dicen que el único testigo que declara en autos mantenía una relación afectiva con la cedente y que, en todo caso, solo podría testificar desde 1976 a 1980, fecha en que duró el matrimonio con la hija de la Sra. Salvatori.

Agregan que el pago de impuestos no constituye por sí mismo un acto posesorio sino un hecho complementario de la posesión, sin que en el caso se demuestre la posesión *animus domini* o a título de dueño.

A dicho respecto, refieren que la jueza ha creado una presunción no prevista en la norma, por el solo hecho de que el actor tenga en su poder ciertos recibos de pago de tributos. E insisten luego en que el pago señalado resulta insuficiente para comprobar los recaudos de posesión efectiva, quieta, pública, pacífica e ininterrumpida. Reflexionan que un simple tenedor o locatario puede abonar impuestos y ello, por sí solo, no lo convierte en poseedor a título de dueño.

También se agravian por la valoración que realiza la magistrada en punto a la edificación que surge del informe de la Municipalidad de Neuquén y de Catastro, puesto que no hay datos sobre la fecha de obra ni respecto a quien realizó dichas mejoras.

En otro acápite plantean que se ha preterido la manda dispuesta en el art. 427 del CPCC, dado que el juez ordenó indebidamente la declaración de un testigo excluido.

Concluyen que como la prescripción adquisitiva tiende a prevalecer sobre el título de propiedad, debe producirse prueba en forma clara y convincente, sin dejar lugar a dudas de que realmente se ha tenido la posesión continua del bien durante el lapso de la usucapión larga, todo lo cual no se ha acreditado en la causa.

Por tales razones, solicitan que la sentencia de Primera Instancia sea revocada y se rechace la demanda incoada.

II.- Corrido el traslado pertinente, la contraria responde agravios a fs. 500/504 vta., solicitando su rechazo, con costas.



III- Resumidos de este modo los agravios planteados por los sucesores del accionado, estimo necesario comenzar señalando algunos conceptos que hacen al encuadre jurídico de la acción deducida en autos, así como a los recaudos necesarios para su progreso.

La prescripción adquisitiva o usucapión larga es un modo de adquirir el dominio de una cosa por la continuación de la posesión durante el tiempo y con los requisitos exigidos por la ley (art. 3948 C.Civil). En el caso que nos ocupa, el plazo invocado es de veinte años (art. 4015 CC). Esta figura jurídica incumbe no sólo al interés particular sino, especialmente, al interés social. Dicho fundamento –interés social- no reside en la carencia de actos posesorios por parte de los titulares del dominio, sino en la ejecución de tales actos durante cierto lapso por parte de quien quiere prescribir adquisitivamente a su favor (cfr. Highton Elena, *Dominio y usucapión*, TII, Ed. Hammurabi, p. 138 y 149).

Es por ello que, conforme el régimen legal aplicable, para que sea hábil para usucapir, la posesión debe tener los siguientes caracteres: a) poseer la cosa a título de dueño (art. 2351); b) la posesión debe ser continua, no interrumpida (arts. 2481, 3999, 4015 y 4016) y c) debe ser pública y pacífica (arts. 2369, 2384, 2370 y 3959 C.C.).

La necesaria reunión de tales características permite advertir que en el juicio de usucapión, lo neurálgico y decisivo resulta ser la prueba de la posesión con sus elementos: *corpus* y *animus domini*.

Recordemos que el *corpus* es el elemento material: el poder físico que ejerce una persona sobre la cosa, perfectamente discernible para todos, ya que está constituido por signos visibles y públicos como los enunciados en el art. 2384 del Código Civil.

El *animus domini* indica la intención de esa persona de someter la cosa al ejercicio de un derecho de propiedad.

Vemos, entonces, que los extremos requeridos para viabilizar la demanda por prescripción adquisitiva están constituidos por la presencia de una prueba plena y concluyente de la existencia del *corpus*, entendido como el ejercicio del poder de hecho de señorío sobre la cosa, del *animus*, esto es la intención de tener la cosa para sí y el mantenimiento de ambos requisitos durante el plazo requerido por la ley, en forma pública y pacífica.

En cuanto al tratamiento de la prueba, debe tenerse presente la previsión normativa de la ley 14.159 que en su artículo 24 –modificado por el decreto 5756/58- establece: “c) Se admitirá toda clase de pruebas, pero el fallo no podrá basarse exclusivamente en la testimonial. Será especialmente considerado el pago, por parte del poseedor, de impuestos o tasas que graven el inmueble, aunque los recibos no figuren a nombre de quien invoca la posesión”.

Se trata, en definitiva, de una prueba compleja o compuesta, la cual, a su vez, como se señalara, debe ser plena y concluyente.

Con respecto a la primera cuestión se ha señalado que, dada la naturaleza peculiar de este modo de adquisición del dominio, es evidente que cuando se recurre a la justicia en busca de una sentencia que así lo declare, deben ser objeto de plena prueba todos los hechos que han servido de base a la adquisición. Difícilmente un hecho puede ser probado a través de una única prueba. De ahí que la convicción del juez se dará, por lo general, como el resultado de distintas pruebas combinadas. Es lo que se denomina prueba compuesta, que es la que deriva de la composición de pruebas simples, que al ser consideradas aisladamente, no hacen prueba por sí solas, pero al ser evaluadas en conjunto pueden llevar al juez a un pleno convencimiento. No se trata de fracciones de prueba para formar un total, pues la sentencia no es el resultado de un cálculo matemático (Cfr. Alsina, Tratado, pág. 304).

En palabras de Luis Mosset de Espanés: “A modo de conclusión recordemos que el pago de tasas e impuestos a fin de probar la posesión no constituye un elemento de prueba que puede analizarse aisladamente del contexto de elementos que obran en la especie y que en el juicio de usucapión ninguna de las pruebas bastará individualmente para acreditar el cúmulo de hechos, actos y circunstancias conexas que constituyen presupuestos de la adquisición de dominio por usucapión; de allí que deba ocurrirse a la denominada prueba compuesta o compleja, resultando de la combinación de pruebas simples imperfectas, es decir que aisladamente no hacen prueba por sí mismas, pero consideradas en su conjunto llevan al juzgador a un pleno convencimiento” (aut. cit, *Prescripción*, Ed. Advocatus, p. 449).

En lo que refiere al segundo aspecto, esto es a la apreciación de la prueba, hay consenso en considerar que “en los juicios de adquisición del dominio por usucapión deben analizarse los elementos aportados con suma prudencia y sólo acceder a la petición cuando los extremos acreditados lleven absoluta certeza al Juzgador sobre los hechos afirmados, ya que están en juego poderosas razones de orden público, pues se trata de un modo excepcional de adquirir el dominio que, correlativamente, apareja la extinción para su anterior titular en virtud del principio de exclusividad de este derecho real sentado por el art. 2508 del Cód. Civil” (cfr. CNAC, Sala H, LL 2007-C, 228 con voto de la Dra. Areán; CNCivil, Sala F, 28-11-80, ED 93-353; id. Sala D 15-11-77, LA LEY, 1978-A, 520; id. id. 4-4-84, Rep. LA LEY, XLIV-1609; id. id. 4-5-84, ED 111-540; id. Sala A 10-3-76, LA LEY, 1976-C, 381; CNFederal Civil y Comercial, Sala I, 30-6-89 LA LEY, 1990-A-58; CApel. CC Moron, Sala II, 26-6-84, ED 114-694; CApel. CC Santa Fe, Sala I, 22-11-79, Juris, 61-132, entre tantos otros. En idéntico sentido, Sala II de esta Cámara, exptes. 347782/07, 239279/0, entre otros).

De forma tal que el juez debe ser muy estricto en la apreciación de las pruebas, dadas las razones de orden público involucradas. Es un medio excepcional de adquisición del dominio, por lo que la comprobación de los extremos exigidos por ley debe efectuarse de manera insospechable, clara y convincente. La prueba debe reunir las condiciones sustanciales de exactitud, precisión y claridad. Es necesaria la cabal



demonstración de los actos posesorios efectuados por quien pretende usucapir, los cuales deben ser lo suficientemente idóneos como para poner al propietario, que debe haber tenido conocimiento de ellos, en el trance de hacer valer por la vía correspondiente los derechos que le han sido desconocidos (cfr. Bueres-Highton, Código Civil..., T. 6B, Ed. Hammurabi, p.749 y mi voto en EXP N° 427695/10).

IV.- Aplicando estos lineamientos al caso de autos, y luego de analizar la prueba producida, adelanto que el recurso deducido habrá de prosperar.

En primer lugar, los comprobantes de pago de impuestos acompañados por la actora comprenden un período de tiempo acotado: EPAS, años 1985, 1986 y 1999; tasas municipales: años 1967/1973, 1976, 1979, 1985, 1986, 1990/1995 (con el comprobante de fs. 354, contrariamente a lo que se afirma en el fallo recurrido, se afrontan períodos anteriores impagos); impuesto inmobiliario: años 1976, 1979, 1985, 1991/1995 (v. fs. 263/385). Es decir, se acompaña documentación que, en su mayor parte, da cuenta del abono de los tributos respectivos, solo hasta el año 1995, cuando la acción se inicia en el año 2004, sin ninguna explicación acerca de la razón por la cual se discontinuó con el pago, máxime teniendo en cuenta que la actora manifestó en su demanda que “la posesión se mantiene hasta la fecha”.

Más allá de esta circunstancia, debe tenerse presente que el pago de las cargas fiscales es ciertamente una demostración de la intención de adquirir del poseedor, pero no prueba la posesión misma. No prueba el *corpus* de la posesión, sino la intención o ánimo de poseer para sí. Por eso, como se ha dicho, si bien esta prueba reviste considerable importancia, por sí sola no basta.

En ese sentido, la doctrina y jurisprudencia han entendido que aun cuando dichos comprobantes tienen virtualidad como elemento demostrativo del ánimo de poseer, no denotan en sí mismos actos posesorios. Es que, en definitiva, no se trata de un acto material sino jurídico, que por sí sólo no es revelador de la pública decisión de poseer con ánimo de dueño, sino que únicamente constituye una exteriorización del “*animus rem sibi habendi*” o bien una prueba complementaria de su existencia, que debe estar acompañada por otras, para la prueba de la posesión (cfr. Borda, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, T. I, p. 330, núm. 392; Llambías, J. J. - Alterini J. H., *Código Civil anotado*, T. IV-A, p. 125, ap. II, núm. 12; Papaño-Kiper-Dillon-Causse, *Derechos Reales*, T. I, p. 51, ap. A; Areán, B. “Juicio de Usucapión”, p. 315 y sigtes., núm. 349; Kiper, C. en Zannoni-Kemelmajer de Carlucci, “Código Civil comentado, anotado y concordado”, T. 10, p. 289 y sigtes., núm. 2; CNCiv., Sala “B”, del 5/3/63, LA LEY, 110-691; id., Sala “F”, del 15/02/68, LA LEY, 130-645; id., Sala “C”, del 6/11/73, LA LEY, 154-76; id., Sala “H” del 6/2/2001, LA LEY, 2001-E-179, C, CNAC, Sala A, DJ 2008-II, 2079).

“El pago de los impuestos, aún por el plazo de veinte años previsto por la ley, no evidencia por sí, la existencia del poder de hecho sobre la cosa que es inherente a la posesión. Es que para adquirir la posesión *ad usucapionem* es indispensable la realización de actos típicamente posesorios, que importen conductas sobre la cosa y que, por tanto, exterioricen la totalidad de los elementos que integran la posesión (el *corpus* y el *animus*). El cumplimiento de las obligaciones tributarias y el pago de los servicios sólo puede llegar a constituir una exteriorización del *animus domini* del supuesto poseedor, configurando por tanto, un elemento probatorio concurrente o complementario, que necesariamente habrá de integrarse con otras probanzas a fin de crear la necesaria convicción judicial sobre la existencia de la posesión invocada” (CSJTuc sentencia 547 del 29-06-2001).

No debe soslayarse que la posesión se exterioriza y se hace pública por hechos y actitudes del hombre con relación a la cosa. Y ante esa realidad, la testimonial será siempre una prueba decisiva, aunque también deba estar corroborada por evidencias de otro tipo que formen la prueba compuesta respecto de la posesión.

En este caso, solo un testigo ha declarado en la causa (fs. 150 y vta). Dicho individuo estaría alcanzado por la limitación prevista en el art. 427 CPCC, toda vez que dijo haber sido yerno de la actora –originaria, luego cedente-. Y aun cuando no se lo considerara comprendido en tal exclusión, puesto que el parentesco por afinidad no subsistía al momento de declarar (según él mismo aclara, se extendió solo hasta el año 1980), lo cierto es que tampoco su testimonio ha sido elocuente con respecto a la posesión. Sus dichos impiden considerar una posesión exclusiva en cabeza de la Sra. Salvatori, puesto que también menciona al Sr. Flores Giménez en calidad de cónyuge y, además, no brinda precisiones o detalles sobre las “refacciones y mejoras que se realizaban” ni la razón por la cual afirma que la posesión se mantuvo hasta que el inmueble fue adquirido por el actor.

En suma: su declaración aislada no resulta concluyente ni permite corroborar los dichos de la actora en su demanda, en punto a que hace veinte años que ostenta la posesión pública y pacífica del predio.

Sobre la importancia de la prueba testimonial se ha dicho que el usucapiente “debe probar además la antigüedad de su ocupación en el predio. No será suficiente, empero, que los testigos declaren generalidades, sino que su deposición debe referirse a hechos y episodios concretos. La prueba de la posesión debe ser plena e indubitable, no siendo suficientes las declaraciones de testigos en las cuales no se concrete con toda precisión la realización de actos posesorios, ni tampoco la exhibición de documentos que, por sí solos, no acreditan la realización de tales actos” (CNCiv, Sala D, LL 134-467, Tinti, op. cit., p 260).

“La acción por prescripción adquisitiva es improcedente si el actor no logró acreditar, mediante los testimonios ofrecidos, su ocupación pública y pacífica a título de dueño por el lapso requerido por la ley, y si bien acompañó diversos instrumentos que acreditan el pago de tributos



municipales, éstos no constituyen prueba decisiva de la posesión...la testifical debe ser fidedigna, completa y concluyente, sin que pueda dejar dudas sobre los hechos que autoricen a tener por cumplida la usucapión” (CNAC, Sala E, LL 2012-C, 52; Salas - Trigo Represas, Código Civil Anotado, 2ª. ed., Depalma, t. 3 pág. 509 n° 9 y fallos citados en nota 4).

Es que, como sostiene la Corte Suprema de la Nación, dado el carácter excepcional que reviste la adquisición del dominio por el medio previsto en el art. 2524, inc. 7°, del Código Civil (art. 4015 de aquél), la realización de los actos comprendidos en el art. 2373 de dicho cuerpo legal y el constante ejercicio de esa posesión deben haber tenido lugar de manera insospechable, clara y convincente (Fallos: 300:651; 308:1699 y 316:2297), lo cual no puede inferirse de pruebas insuficientes (Fallos: 311: 2842). Es decir: no basta con que se acredite un relativo desinterés por el inmueble por parte del demandado, sino que es necesaria la cabal demostración de los actos posesorios efectuados por quien pretende usucapir y que sean lo suficientemente idóneos como para poner al propietario, que debe haber tenido conocimiento de ellos, en el trance de hacer valer por la vía que corresponda, los derechos que le han sido desconocidos (fallos 326:2048).

A su vez, si bien las constancias de fs. 173/174 (Reporte de Datos Generales de la Dir. Prov. de Catastro) y 177/181 (informe Municipalidad de Neuquén) dan cuenta de la existencia de mejoras en el predio, no hay prueba acerca de su antigüedad ni respecto de sus autores, más allá de la escueta alusión realizada por el testigo López.

A las falencias apuntadas, cabe agregar otra cuestión que dificulta el progreso de la pretensión en los términos deducidos. Así, en varios de los comprobantes que se acompañan en la demanda figura como responsable tributario el Sr. Flores Gimenez (vgr. fs. 262, 289/298). La actora en los alegatos aclara que se trata de su ex esposo, lo cual también es aseverado por el testigo de fs. 150 y surge de la escritura de fs. 43/44.

La falta de acompañamiento de la instrumental idónea para acreditar la existencia y duración del matrimonio, o el fallecimiento alegado (esto es, partidas o actas respectivas), así como la ausencia total de explicación acerca de lo que pareciera haber sido una coposesión inicial entre los nombrados, sin conocerse tampoco la existencia de herederos (lo expuesto por el testigo López indicaría que hubo descendencia) o la eventual interversión del título por parte de la actora, denota lo confuso del caso traído, también desde el prisma de la legitimación activa.

Debe tenerse presente que “si el poseedor fallece antes de haber usucapido, sus sucesores universales como continuadores de su persona lo suceden en la posesión, la que reciben con todas sus ventajas y sus vicios (arts. 3417 y 3418 Cód. Civil). En el supuesto de que hayan sido varias las personas que han poseído en común el inmueble, todas ellas deberán ejercitar la acción. Lo mismo ocurrirá en el supuesto de que el poseedor exclusivo fallezca y deje varios herederos, ya que cuando muchas personas son llamadas simultáneamente a la sucesión, cada una tiene los derechos de su autor de manera indivisible, no sólo en cuanto a la propiedad, sino también en cuanto a la posesión” (art. 3416). Consideramos que tanto en el caso de los condóminos como en el caso de los coherederos se configura un supuesto de litisconsorcio necesario activo...” (cfr. AREÁN, Beatriz, Juicio de Usucapión, Ed. Hammurabi, p.396 y 404).

El Código Civil “exige la exclusividad en la posesión para adquirir por medio de la prescripción, por lo que cuando son varias personas que han poseído en común el inmueble, todas deben ejercer la acción. Lo expuesto se coherente con las previsiones contenidas en el art. 2401 del plexo legal precitado... Un supuesto distinto al de los coposeedores que adquieren por usucapión el condominio, es el del condómino que intervierte su título, comienza a poseer en forma exclusiva la cosa común y termina usucapiendo el dominio de ella. ... Tratándose de coherederos, cuya posesión es común, quien invoque la interversión del título que derive en su posesión exclusiva, debe acreditar actos materiales inequívocos e individuales de exclusión de coherederos” (Ibíd, 407/8 y 412).

Así, también se ha sostenido:

“La demanda da cuenta que la actora se propuso como titular del derecho de usucapir pero, en verdad, deja reconocido que al fallecer su esposo, continuó en la posesión de la chacra ejerciendo actos de verdadera propietaria. También dijo que, allí, nacieron los ocho hijos matrimoniales.

Esta cualidad en la posesión postulada por la actora nos está indicando que los sucesores universales del nombrado y alegado poseedor no hicieron más que continuar la persona del difunto; no comenzaron una nueva posesión sino que continúan la iniciada por el autor (cfr. arts. 2474/2476, 3417, 3418, nota al art. 4005 y cons. del Cód. Civil).

En el sub iudice, antes que ligarse la demandante por ese vínculo de derecho escogió la modalidad de constituirse -ella- como verdadera y única titular de la acción de usucapión.

En vez de unir su posesión a la ejercida -en vida- por su esposo, de la que hay abundantes acreditaciones, se decide por promover este juicio para adquirir para sí sola con exclusión de los herederos forzosos.

Para mí, se produjo la interversión del título invocado por la reclamante y ello deja sin probar que poseyó efectivamente la cosa con *animus domini* por el término que exige la ley material” (Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial III, Chávez de Lencina, Elena c. Propietarios desconocidos, 17/04/1997, LLLitoral 1997, 1128).

Sobre una temática conexa, hemos dicho: “...los actos que habitualmente habilitan la prueba de la posesión para el usucapiente no son suficientes en el caso del condominio, si no se prueba que el condómino ha excluido cualquier acto de posesión de los otros condóminos.



Sucede algo similar al caso del coheredero que pretende usucapir, como dueño exclusivo, un bien del acervo hereditario cuya posesión ostenta frente a sus coherederos. "Un sucesor, para prescribir frente a otros herederos, debe ejercer una posesión exclusiva y excluyente (pro possessore) sobre los bienes del sucesorio, no bastando para ello, la posesión legalmente deferida (pro herede) a que aluden los arts. 3410, 3412, 3414, 3418 y concordantes del Código Civil" (Medina, Graciela, en Código Civil comentado, Rubinzal-Culzoni, t. I, p. 511, y CNAC, Sala F, "Cassinelli, Ulises Andrés y otro c. Mutto, Antonio José", AR/JUR/21313/2010, primer voto del Dr. Eduardo Zannoni, citados en EXP N° 301072/3 de esta Sala I).

Todas estas razones, reafirman mi convicción de que el recurso de apelación deducido resulta procedente. En consecuencia, propongo al Acuerdo, revocar la sentencia de grado y propiciar el rechazo de la demanda.

Las costas de ambas instancias se imponen a la actora perdidosa (art. 68 CPCC).

MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Adhiero al voto que antecede debido a la falta de prueba suficiente de los hechos alegados en la demanda (como la posesión a título de dueña desde 1972, la construcción en el año 1978, la locación a terceros desde ese momento) que hacen a los presupuestos de la acción, conforme lo sostuvo el apelante y desarrollo la Sra. Vocal preopinante.

Por lo expuesto, esta Sala I

RESUELVE:

- 1.- Revocar la sentencia de fs. 472/477 y, en consecuencia, rechazar en todas sus partes la demanda interpuesta.
- 2.- Imponer las costas de ambas instancias a la actora (art. 68, Código Procesal).
- 3.- Diferir los honorarios correspondientes a esta Alzada hasta tanto se cuente con pautas para ello (art. 15, LA).
- 4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

[Volver al índice](#) - [Por Organismo](#)
- [Por Tema](#)
- [Por Carátula](#)

"VIDAL MIRIAN DEL CARMEN Y OTRO C/ GENERAL MOTORS ARG. S.R.L. Y OTROS S/ RESOLUCION DE CONTRATO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 413311/2010) – Sentencia: 203/13 – Fecha: 14/11/2013

DERECHO CIVIL: Responsabilidad civil.

ACCIDENTE DE TRANSITO. APRECIACION DE LA PRUEBA. PRUEBA PERICIAL. AUTOMOVIL. DEFECTO EN PIEZA MECANICA. VICIO DE FABRICA. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. FABRICANTE. CONCESIONARIA. DAÑOS Y PERJUICIOS - DEFENSA DEL CONSUMIDOR. PROCEDENCIA DEL DAÑO MORAL.

La manda del art. 40 de la Ley 24.240 consagra una acción autónoma y principal, a efectos de hacer efectiva la responsabilidad del fabricante y el vendedor, entre otros, por los daños provocados al consumidor como consecuencia del vicio o riesgo de la cosa.

La responsabilidad del fabricante de productos elaborados, por vicios o defectos de las cosas, es de carácter objetiva..., por cuanto podrá liberarse de responsabilidad si prueba que el daño se produjo como consecuencia de un caso fortuito, por la culpa de la víctima o de un tercero.

Ante el carácter objetivo de responsabilidad establecido en el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor poco importa si el defecto se debe a la mala fabricación o la mala calidad de las piezas utilizadas. Lo concreto y relevante es la existencia del vicio y su potencial dañoso.

Frente al defecto del automotor [rotura de la rótula de suspensión del vehículo] eran los demandados quienes debían acreditar la eximente de responsabilidad que invocan (culpa de la víctima por manejo imprudente o a excesiva velocidad), extremo que no han logrado, máxime cuando el informe pericial



descarta expresamente la incidencia del factor humano en el vuelco del automóvil. Ello implica, entonces, que deba confirmarse la condena solidaria [concesionaria y fabricante] dispuesta en el fallo en crisis.

La empresa automotriz y la concesionaria deberán devolver al comprador de un automóvil 0 Km lo pagado en concepto de previo y gastos administrativos, en los términos del art. 10 bis, inc. c), de la Ley 24.240, pues se encuentra acreditado el incumplimiento contractual a raíz del vicio o defecto de fabricación constatado.

No obstante que la procedencia de la indemnización por daño moral se encuentre justificada, teniendo además en cuenta los montos generalmente reconocidos por esta Cámara, el determinado en tal concepto por la Sra. Jueza deba ser reducido a la suma \$10.000,00.- para cada uno de los actores, pues, si bien es cierto que el contexto fáctico con base en el cual se ha responsabilizado a los accionados, sin lugar a dudas ha impactado negativa y disvaliosamente, causando menoscabos que merecen ser reparados en tanto no pueden equipararse a las inquietudes e inconvenientes propios y corrientes del mundo de los negocios (rotura de la rótula de suspensión, vuelco del automóvil, frustración para continuar utilizándolo para los fines previstos, también lo es que no se han acreditado daños físicos ni que estuviese en riesgo la vida de los actores.

Texto completo:

NEUQUEN, 14 de noviembre de 2013

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "VIDAL MIRIAN DEL CARMEN Y OTRO C/ GENERAL MOTORS ARG. S.R.L. Y OTROS S/ RESOLUCION DE CONTRATO" (Exp. N° 413311/2010) venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil Nro. 1 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

I.- La sentencia de fs. 722/731 vta. hace lugar a la demanda y condena en forma solidaria a Sahiora S.A. y General Motors S.R.L. (en adelante, GMA) a restituir lo abonado por la actora en los términos del art. 10 inc. c, de la Ley 24.240 –monto que dispone determinar en la etapa de ejecución de sentencia-, y al pago de los rubros daño moral y privación de uso, con más intereses. Hace extensiva la condena a la citada en garantía, ACE Seguros S.A., con excepción del ítem “devolución del precio”, de conformidad con los límites y condiciones del contrato de seguro.

Contra dicho decisorio se alzan los actores, los demandados y la aseguradora.

La parte actora expresa agravios a fs. 815/818 vta.

Objeta que se haya declarado abstracta la defensa de falta de legitimación del co-actor Muñoz planteada por la codemandada Sahiora, puesto que su accionar generó actividad procesal tanto para su parte como para el juzgado, por lo que correspondía rechazar expresamente la excepción, con imposición de costas.

En segundo término, cuestiona que se le impusieran las costas en la resolución de fecha 28/04/11 y solicita que se establezcan en el orden causado, atento la naturaleza de la causa debatida y las circunstancias que motivaron la conducta de su parte.

A fs. 821/826 General Motors de Argentina S.R.L. presenta su memorial.

Lo agravia que haya sido condenado a la devolución del precio abonado por la actora a Sahiora S.A. por la adquisición del vehículo. Señala que su parte jamás contrató con aquélla por lo que difícilmente podría reintegrar una suma que nunca percibió. Insiste en que la vinculación contractual por la cual la actora compró el vehículo (Sahiora/ Chevrolet) le resulta ajena.

Seguidamente, se agravia de la indemnización otorgada en concepto de daño moral y privación de uso toda vez que, según entiende, no ha existido una adecuada acreditación probatoria respecto de tales rubros.

Por último, objeta que deba soportar el pago de las costas del proceso, en tanto dicha carga es consecuencia de una errónea valoración de los hechos y de la prueba. Afirma que el caso de autos configuraría una excepción al principio objetivo de la derrota, dado que no quedaron comprobados los daños alegados por la parte actora.

Agrega que debieron imponerse a esta última, puesto que su reclamo prosperó en una porción reducida.

La citada en garantía, ACE Seguros S.A., funda su recurso a fs. 828/830.

Se agravia en relación al monto establecido como indemnización por daño moral. Considera que no se han acreditado en autos lesiones físicas ni graves padecimientos emocionales, espirituales o psicológicos de los actores que alteren el orden natural de su vida diaria, por lo que la valoración efectuada por el A-Quo resulta desproporcionada.



Plantea que si bien es entendible que el vuelco pueda significar cierto peligro, en el caso de autos no ha sido de una entidad tal que pusiera en peligro la vida de las personas. Indica que fue acertado el obrar de las accionadas que no accedieron al monto exigido por la actora, el cual era mucho mayor al reconocido en la sentencia.

También cuestiona el monto acogido en concepto de indemnización por privación de uso. En este sentido, refiere que no se trata de un daño “in re ipsa”, por lo que requiere prueba de los presupuestos de hecho que lo hacen viable y la indemnización tampoco puede exceder el tiempo razonable que requieren los arreglos.

La codemandada Sahiora S.A. sostiene su recurso de apelación a fs. 831/856.

Reprocha el fallo dictado por cuanto: a) afirma la existencia de un vicio o defecto de fábrica, y desestima las impugnaciones técnicas de las demandadas; b) incurre en omisión total respecto a la relación causal entre el supuesto defecto, la mecánica de producción, el daño y la incidencia determinante de la conducta del actor en autos; c) afirma que su parte como vendedora tendría responsabilidad solidaria con el fabricante; d) reconoce la procedencia del rubro “devolución de precio” y lo difiere a la ejecución de sentencia; e) reconoce la procedencia de los rubros daño moral y privación de uso, y f) intima a las demandadas a abonar la Tasa de Justicia y contribución obligatoria al Colegio de Abogados sobre el monto de demanda.

Esgrime que su parte articuló una fundada impugnación de la prueba documental acompañada al escrito de inicio, el informe pericial mecánico y las declaraciones testimoniales rendidas al momento de alegar, atacando en forma consistente e integral su eventual valor probatorio. Sin embargo, según entiende, la jueza le restó toda eficacia, sin responder en concreto a los cuestionamientos técnicos introducidos.

Sostiene que la sentencia incurre en un defecto de fundamentación y conclusión al determinar que existió un vicio o falla de fabricación, asignando valor probatorio determinante a prueba con graves defectos técnicos.

Agrega que la Sra. Jueza no ha establecido de ninguna manera la supuesta relación causal que podría haber existido entre el supuesto defecto que atribuye a la rótula, la pérdida de dominio de la unidad, la mecánica del accidente y los daños.

Considera que el vehículo siniestrado, sin el debido mantenimiento, fue conducido a alta velocidad en camino de alto riesgo, con presencia permanente de variados obstáculos geográficos, por lo que los actores deben asumir las consecuencias de su propia impericia. Concluye que el evento dañoso obedece a la exclusiva responsabilidad de las víctimas.

Continúa señalando que existe en el caso un complejo interrelacionado de relaciones jurídicas, ello es: consumidor-proveedor (no fabricante), consumidor-fabricante y fabricante-vendedor. Y sin bien el plexo normativo aplicable, con claros fines tuitivos y “pro-consumidor”, establece la responsabilidad concurrente de todos los intervinientes en la cadena de comercialización, la normativa establece una causal de liberación que su parte invocó, probó y que la sentencia de grado debió admitir.

Indica que no puede ser admitido el rubro “restitución de precio” cuando se funda en el argumento aparente de “vicio de fabricación”, no probado e impugnado. Agrega que la jueza de grado, pese a afirmar que el actor desistió de la prueba pericial contable, incurre en incongruencia al ordenar que se acredite la cuestión en la etapa de ejecución de sentencia.

Luego afirma que el fallo admite el rubro daño moral, pese a señalar que la prueba producida fue insuficiente y que en materia de hipotética responsabilidad contractual, la procedencia es restrictiva.

También cuestiona que se haya admitido el rubro “privación de uso”. Manifiesta que el pronunciamiento acude a meras suposiciones y omite toda referencia objetiva a plazos y parámetros económicos.

En cuanto a la Tasa de Justicia y Contribución al Colegio de Abogados, plantea que el decisorio incurre en dos errores: aplica un porcentual del 30 por mil, cuando por Ley 2689, se dispuso con efecto retroactivo al 1-1-10, que la alícuota debería ser del 20 por mil. Agrega que adicionalmente corresponde aplicar el principio de discriminación proporcional entre actor y demandados.

A fs. 879/898 la actora responde los agravios formulados por las contrarias. Solicita su rechazo, con costas.

2.a).- Previo a analizar las quejas de los apelantes, entiendo pertinente dejar sentado que no se encuentra controvertido en esta instancia que:

a) la Sra. Vidal adquirió a título oneroso un vehículo (marca Chevrolet Corsa 3 puertas City, 1,6N, dominio GND-530) en la concesionaria oficial Sahiora S.A. en el año 2007, efectivizándose la entrega en el mes de agosto; b) el carácter de 0 KM del vehículo adquirido; c) aproximadamente a los ocho meses de la entrega, el 17/03/08, ambos actores sufren un accidente de tránsito, produciéndose el vuelco del rodado.

La acción se funda en la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (arts. 2, 10bis inc. c, 40, 53 y cc.), y dentro de este marco jurídico es resuelta por la Sra. Jueza de Primera Instancia.

2.b).- Por una cuestión de orden, comenzaré con el tratamiento de los agravios formulados por la codemandada Sahiora S.A., puesto que importan una revisión integral del decisorio y resultan comprensivos de las quejas introducidas por la restante demandada y su aseguradora. Sin perjuicio de ello, en el desarrollo que sigue, también se irán tratando los agravios de estas últimas, a medida que aparezcan postulaciones individuales que así lo ameriten.



Tal como he tenido oportunidad de señalar en la causa “SUHS” (EXP N° 402344/9), la manda del art. 40 de la Ley 24.240 consagra una acción autónoma y principal, a efectos de hacer efectiva la responsabilidad del fabricante y el vendedor, entre otros, por los daños provocados al consumidor como consecuencia del vicio o riesgo de la cosa.

Como bien lo señala el precedente jurisprudencial citado en el fallo recurrido, esta responsabilidad es de tipo objetivo y el vicio productor del daño no se identifica con el vicio redhibitorio, por lo que no se requiere que sea oculto ni de causa anterior o concomitante a la adquisición de la cosa. En igual sentido se ha expresado la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en otros precedentes, además del ya citado: autos “Larche c/ Inter-Rep SRL”, sentencia del 21/6/2006; autos “Rusconi c/ Peugeot Citröen SA”, sentencia del 18/6/2008; autos “Di Marco c/ PSA Peugeot Citröen SA”, sentencia del 30/3/2011 (JA 2011-IV, fascículo 1) y Javier Wanjtraub (“Protección jurídica del consumidor”, Ed. LexisNexis-Depalma, 2004, pág. 223).

Asimismo, ha dicho la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A (autos “Soler y otros c/ Coca Cola S.A.”, 11/12/2006, LL 2007-B, pág. 613) que: “La responsabilidad del fabricante de productos elaborados, por vicios o defectos de las cosas, es de carácter objetiva..., por cuanto podrá liberarse de responsabilidad si prueba que el daño se produjo como consecuencia de un caso fortuito, por la culpa de la víctima o de un tercero...”.

Y sobre la entidad del vicio se ha precisado que “una cosa es viciosa ... a fin de determinar la responsabilidad del fabricante cuando la irregularidad que presenta, sea por defecto de fabricación o de mala calidad, la tornan inapta para la función a que está destinada y la transforma en una fuente potencial de daños” (cfr. Cám. Nac. Apel. Comercial, Sala A, “E., S.M. y otros c/ Villalba Hnos. SRL”, 14/4/2000, LL 2000-E, pág. 261).

2.c).- En autos, el apelante controvierte justamente la existencia de un vicio o desperfecto en el automóvil de la actora.

Del informe pericial mecánico obrante a fs. 525/552, surge que “la rótula requiere una carga muy importante para alcanzar la rotura, de valores muy superiores a los que se producen en el uso normal de una unidad. Para alcanzar esos valores se debería constatar además de la rotura de esta rótula la deformación de las piezas que la soportan. Si esas deformaciones no aparecen, el conocimiento general indica como posible causa la fatiga del material ante esfuerzos de mucha menor intensidad pero de tipo alternativos”.

Si bien el perito reconoció que la fractura de la rótula se puede producir por un golpe de suficiente magnitud sobre la cara lateral externa de la rueda contra algún elemento externo, a continuación aclaró que “no existe evidencia física de que la rueda delantera derecha sufrió golpes que podrían haber ocasionado la rotura de la rótula...”.

Puntualmente, dijo: “cabe acotar que en vuelcos de estas características a gran velocidad aparecen ralladuras típicas sobre la pintura de las superficies en las que se apoyó la unidad, que son producidas por el arrastre sobre el terreno, previo a su detención, las que no se observan en este caso, con lo cual es descartable esta hipótesis de vuelco por exceso de velocidad”.

Señaló también que la fatiga es una de las causas principales de la falla de las piezas mecánicas, lo que hace que su estudio y consideración en el dimensionamiento de ellas aparezca como fundamental en la industria.

El experto concluye que la causa basal y eficiente del accidente fue la rotura de la rótula de dirección derecha delantera del automóvil Corsa City, color Gris, Dominio GBD 530, siendo este el agente generador de la pérdida de control de la unidad. Es decir, atribuye la causa del accidente a un desperfecto mecánico, sin incidencia del factor humano.

Esta afirmación, en punto a que el desencadenante de la fractura fue un proceso de falla por fatiga, es coincidente con el informe técnico acompañado por los actores en su demanda (“Análisis Fractográfico” realizado por el Departamento de Mecánica Aplicada de Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional del Comahue –fs. 606/618-).

Ahora bien, no obstante los esfuerzos del apelante en lo que refiere a la valoración de los informes técnicos mencionados, lo cierto es que la pericia realizada en sede judicial no fue impugnada en término durante la etapa probatoria. Y esta situación no puede minimizarse: es fundamental que la pericia sea observada en forma tempestiva, a fin de posibilitar que el perito pueda contestar las refutaciones, aportando los elementos que permitan al juzgador analizar la seriedad y pertinencia de los reparos efectuados.

En este punto debe destacarse, tal como lo señalara el TSJ que: “...si bien es cierto que la falta de impugnación de las partes en ocasión de dárseles vista del dictamen pericial, no les impide formular las observaciones que se estimen convenientes al alegar -oportunidad en que pueden expedirse sobre el valor probatorio de la pericia- lo cierto es que la ausencia del oportuno cuestionamiento incide en la valoración jurisdiccional: como imperativo del propio interés, la falta de impugnación o pedido oportuno de explicaciones puede incidir negativamente en la posición de la parte.

En efecto: si un peritaje sólo puede impugnarse mediante la demostración cabal de la incompetencia técnica, la crítica debe sustentarse sobre bases sólidas demostrativas de la equivocación del experto; la objeción debe contener fundamentos válidos que formen la convicción del magistrado sobre su procedencia, debiendo reunir la suficiente fuerza para lograr evidenciar la falta de idoneidad, competencia o principios científicos del dictamen; en definitiva, debe constituir una “contrapericia” y, por ende, contener una adecuada explicación de los principios científicos o técnicos en los que se la funde: por ello no puede ser una mera alegación de los pareceres subjetivos o de razonamiento genéricos del contenido del dictamen...”



Así se ha dicho que “las observaciones formuladas a la prueba pericial y que importan en definitiva un análisis de ese medio probatorio, deben hacerse en la debida oportunidad procesal... Si la pericia fue agregada en autos y puesta al examen de las partes por el plazo legal, sin haber merecido objeción alguna del recurrente, éste no puede agravarse si el juzgador falló de acuerdo al dictamen pericial... Cuadra insistir en que la oportunidad reglada en el artículo 473 del ordenamiento procesal, es la más adecuada para cuestionar la prueba pericial, al posibilitar un debate con participación del perito, a quien puede entonces pedirse ampliación de su dictamen o, incluso, decretar un nuevo estudio técnico...” (cfr. Morello, Sosa, Berizonce, *Códigos Procesales... Comentados y Anotados*, Tomo V-B, pág. 420).

Desde esta perspectiva, es relevante que la actora guardara silencio durante la etapa probatoria, con la consecuente imposibilidad de que el perito -en su caso- pudiera expedirse sobre los argumentos que recién mencionó en el alegato...” (cfr. Ac. 1614 Autos “Tardugno”, del voto del Dr. Massei).

Coadyuva a lo expuesto la circunstancia de que, para apartarse de las conclusiones del perito, deben existir razones serias con fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos, con las reglas del pensamiento científico o con las máximas de experiencia, la existencia de errores de entidad, o que obren en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (cfr. TSJ Ac. 1.702/09).

En este aspecto, cuadra señalar que si bien es cierto que la ley no confiere a la prueba de peritos el carácter de prueba legal, no lo es menos que, ante la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del experto -técnicamente ajeno al hombre de derecho- para desvirtuarla, es imprescindible ponderar otros elementos de juicio que permitan concluir de un modo certero en el error o en el inadecuado o insuficiente uso que el perito hubiera hecho de los conocimientos científicos de los que por su profesión o título habilitante ha de suponerse dotado.

En autos, estos extremos no se presentan y tampoco existen otros medios de prueba, de relevancia comparable o superior a la que en el caso reviste esta prueba, que persuadan que las conclusiones periciales hubieran debido ser dejadas de lado por la magistrada (cfr. Ammirato, Aurelio Luis, “Sobre la fuerza probatoria del dictamen pericial” publicado en: LA LEY 1998-F, 274).

Tampoco se han arrimado argumentos suficientes para rebatir lo aseverado por la Jueza de grado, en orden a que con el acta notarial de fs. 639/640 (acto al que estuvieron citadas las accionadas conforme llega firme a esta instancia), queda suficientemente demostrado que la pieza analizada por los profesionales de la U.N.C. ha sido extraída del automóvil Chevrolet Corsa, dominio GND-530.

A todo lo expuesto cabe agregar, con referencia al análisis químico efectuado por el Laboratorio de Metalografía de la Universidad Nacional del Comahue -fs. 4/5-, que no obstante que el apelante objeta el material con el que se efectuó el estudio comparativo -concretamente señala que según los planos de la pieza debió serlo con uno bajo norma GM QS514500-, tal reproche no tuvo correlato con la actividad desplegada en la etapa probatoria, toda vez que omitió en su momento acompañar la documentación requerida por la contraria, en orden a las características técnicas, de construcción y materiales de la pieza en cuestión (cfr. fs. 94 y 593 vta.).

En este contexto, debo insistir: la crítica efectuada, no obstante su extensión y esfuerzos argumentales, no aporta razones suficientes para dejar de lado la decisión jurisdiccional de no apartarse de lo dictaminado por la perito mecánico.

Por estas consideraciones, propongo al Acuerdo el rechazo del agravio, el que no habrá de prosperar.

3.- Sobre la base de dicha pericial (y de otros elementos arrimados a la causa, tal como los informes de la UNC, del Ingeniero Baqué, y la declaración testimonial de este último) la sentenciante tuvo por acreditada la relación causal entre el defecto de la pieza mencionada y los daños producidos.

Contrariamente a lo que sostiene el recurrente, no observo que la Sra. Jueza haya omitido tratar dicho presupuesto de responsabilidad, toda vez que expresamente consideró probado que la rotura de la rótula de suspensión del vehículo fue la que causó el accidente, quiebre que se produjo por un proceso de fatiga del material, lo cual demuestra que la pieza averiada no era adecuada para la función que debía cumplir.

Así, luego de resaltar el aporte de los informes técnicos, precisó: “ningún elemento acompañaron los demandados que permita desvirtuar tales afirmaciones, demostrando que no ha mediado defecto de fabricación o vicio de la cosa, y que el accidente y consiguiente destrucción del rodado se produjo por culpa de la víctima o de un tercero por el que no tienen la obligación de responder” (fs. 727).

Y bien, no habiendo aportado los litigantes argumentos suficientes para considerar erróneo tal razonamiento, estimo que éste debe ser confirmado.

Es que, ante el carácter objetivo de responsabilidad establecido en el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor poco importa si el defecto se debe a la mala fabricación o la mala calidad de las piezas utilizadas. Lo concreto y relevante es la existencia del vicio y su potencial dañoso.

Frente al defecto del automotor, eran los demandados quienes debían acreditar la eximente de responsabilidad que invocan (culpa de la víctima por manejo imprudente o a excesiva velocidad), extremo que no han logrado, máxime cuando el informe pericial descarta expresamente la incidencia del factor humano en el vuelco del automóvil.



Como bien ha puesto de resalto la demandante al responder agravios, los accionados tampoco han demostrado que ésta omitiera efectuar los servicios de mantenimiento (vgr. no se requirió intimar a la actora para que presente el Manual del Propietario en su poder, en los términos del art. 388 CPCC, ni se adjuntó legajo del rodado) y que tal omisión, en su caso, sea causa eficiente del siniestro.

Lo hasta aquí expuesto conlleva a rechazar los agravios plasmados en el punto N° 2 del recurso presentado por Sahiora S.A. y también los consignados en el punto N° 3, en tanto se sustentan, básicamente, en la causal eximente de culpa de la víctima.

Ello implica, entonces, que deba confirmarse la condena solidaria dispuesta en el fallo en crisis.

Tal como he citado en otro precedente de esta Sala: "... en la actualidad, la extensión de la responsabilidad a toda la cadena de comercialización ha pasado a ser la regla. Y para quien descrea de tal afirmación, lo invito a refrescar distintos precedentes vinculados exclusivamente con los vicios constatados en vehículos, sin perjuicio de encontrar la aplicación del art. 40 en muchos otros ámbitos. Así, la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, con fecha 9 de junio de 2005, en los autos "Abuin, Alicia Inés c/ Automóviles Gonzalez S.R.L. y otro s / Daños y Perjuicios" RCyS, 2005-981, en los que se debatía la procedencia del reclamo por daños y perjuicios ocasionados a raíz del incendio de un vehículo marca Fiat Marea modelo 425 que la actora adquiriera a Fiat Auto Argentina S.A. por intermedio de la concesionaria Automóviles Gonzalez SRL, y en los que la actora argumentara que el siniestro se había producido como consecuencia de una falla de fabricación y dentro del período de la garantía convencional, sostuvo "...el caso debe ser resuelto a la luz del anteriormente vetado artículo 40 de la ley 24.240 y nuevamente introducido a través la ley 24.999 (B.O. 30/7/1998). (...) El precepto responsabiliza, por los daños que fueran ocasionados a raíz del vicio o riesgo de la cosa, en forma solidaria, a todos los integrantes de la cadena de elaboración, distribución y comercialización. Así, la responsabilidad alcanza al fabricante, importador, distribuidor, vendedor y a quien haya puesto su marca en el producto. La enumeración no es taxativa por lo que también podría incluirse al mayorista. Por otro lado, menciona también al transportista, pero responsabilizándolo sólo "por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio". Si la concesionaria demandada —vendedora directa— se limita a discrepar con tal claro texto de la ley, sin demostrar su contradicción con normas de rango superior, ello trasunta en una mera disconformidad que no puede ser admitida. Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta que si bien el comerciante es un auxiliar autónomo que actúa en nombre y riesgo propio, se desempeña como un empresario que coloca su propia organización comercial al servicio del concedente y, en virtud de ello, responde también por la entrega al comprador del bien adquirido y por su correcto funcionamiento. En este sentido se ha sostenido que "El concesionario no puede eximirse de responder por los defectos de fabricación que tenga un automóvil 0km aduciendo incumplimiento del fabricante, pues dicha defensa alude a cuestiones atinentes a la relación fabricante-vendedor, y son, por ende, inoponibles al adjudicatario" (conf. CNCom., Sala "B", 20/11/2000, "Silva de Buen, Teresa M. y otro c/ Autolatina Argentina SA y otros", La Ley, 2001-C, 47)..." (cfr. Alvarez Larrondo, Federico M., "La relación de consumo y la terminante confirmación de la responsabilidad extendida de la cadena de producción y comercialización. Un avance digno de elogios para nuestra judicatura", publicado en: DJ on line Exclusivo).

Y en similar sentido se indicó: "...la demandada Hyundai señala que ha sido mal aplicado el art. 40 de la ley 24.240, ya que ella no es la fabricante de los vehículos. Sin embargo, dicha norma incluye también al importador, por lo que el agravio carece de asidero. En todos los casos, la responsabilidad es solidaria, "sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan". Además, la Ley del Consumidor establece claramente: art. 5: "Protección al consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministradas o prestadas en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios", e incluso en el artículo siguiente advierte sobre productos que no cumplen con aquella calidad, art. 6: "Cosas y servicios riesgosos. Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos".

Asimismo, más allá de la enumeración legal —que, según creo, es simplemente enunciativa—, la ley quiere responsabilizar a todas aquellas personas físicas o jurídicas que han participado en la concepción, creación y comercialización del servicio, no sólo quien lo provee en forma directa sino también quien lo concibió y quien lo instrumentó y quien puso su marca en él, sin hacer diferencias según que se encuentren o no ligados contractualmente con el consumidor (Picasso, Sebastián — Wajntraub, Javier, Las leyes 24787 y 24999: Consolidando la protección del consumidor, JA, 1998-IV-752; Derecho del consumidor, JA, 1997-III-1103)...". (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, Schoenfeld, Karin S. c. Mitsu Car S.A. y otro 09/02/2005, RCyS 2006, 1355 JA 2006-II, 268, Cita online: AR/JUR/8041/2005, y mi voto en autos "Genesio", EXP N° 390101/9).

Sirva lo anterior también como respuesta al primer agravio introducido por GMA (punto II.2.).

4.- En cuanto al vicio que el apelante alega, con sustento en que la sentencia acoge el rubro "devolución del precio" pero difiere su determinación para la etapa de ejecución de sentencia, no encuentro que la decisión resulte incongruente.

La sentencia encuadró la restitución reclamada en el art. 10 bis, inc. c), de la Ley 24.240. Tuvo por acreditado el incumplimiento contractual a raíz del vicio o defecto de fabricación constatado, de modo que reconoció la procedencia del crédito y fijó los límites de su determinación: devolver lo pagado en concepto de precio y gastos administrativos (aclaratoria de fs. 740).



Como enseña Calamandrei, en un proceso de resarcimiento de daños, la cognición puede ser escindida en dos fases: a) *an debeatur*, destinada a establecer la certeza acerca de si el demandado debe jurídicamente responder del hipotético daño; b) *quantum debeatur*, destinada a establecer en concreto la certeza del importe del daño, del cual el demandado ha sido ya hipotéticamente responsable (cfr. aut. cit., "La condena "genérica" a los daños", apéndice primero de "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares", Ed. Librería El Foro, Bs. As., 1996, pág. 149).

En igual sentido, cabe reflexionar que "cuando la sentencia alude a daños y perjuicios que "se determinarán" en ejecución de sentencia, no puede interpretarse como alusiva a la identidad y composición de esos daños (cuáles y cómo son) sino a su alcance económico, es decir, exclusivamente a su valuación, cuantificación o liquidación.

La apertura de las diligencias para liquidar el monto resarcitorio no entraña un nuevo juicio, no puede tener el efecto de una nueva demanda, que altere o subvierta aquélla que dio origen al proceso. No se concede al actor una instancia más o distinta: se trata de la prosecución de la misma instancia, a través del desdoblamiento de la materia litigiosa. La cognición autorizada para la etapa ejecutoria no es resorte para la resurrección de todo el debate sino un estadio que guarda con el anterior un cordón umbilical y que sólo cubre un vacío residual y circunscripto" (cfr. Sala I, en su anterior composición, "PERDOMO PACHECO c/ TAMARGO s/ RESOLUCION DE CONTRATO" (EXP N° 241489/0) y su cita al Voto de la Dra. ZAVALA DE GONZALEZ, Id. del fallo: 98160695 -16/02/1998- CAMARA APEL CIV. Y COM, "RUIZ BUSTAMANTE E. Y OTRA C/ JUAN FELIPE DE LEON S/ ORDINARIO").

Sobre estas bases, entiendo que lo decidido no resulta incongruente ni afecta el derecho de defensa del apelante, por lo que el punto de agravio analizado también debe ser desestimado.

5.- Sentado lo anterior, corresponde abordar el análisis de las quejas referidas a los rubros por los que progresa la indemnización.

Y para ello, es necesario señalar que "...en el Derecho del Consumidor es posible encontrar dos órbitas distintas —aunque no absolutamente excluyentes— de preocupación. La primera centraliza su atención en la garantía de incolumidad físico psíquica del consumidor, protegiendo su salud y seguridad, o sea preservando su vida e integridad contra los accidentes de consumo. La segunda, en cambio, busca reglar su incolumidad económica. En otras palabras, una afecta el cuerpo y la otra el bolsillo del consumidor..." (Benjamín, Antonio Herman V., "La teoría de la calidad y los accidentes de consumo: Una visión conceptual", en "Derecho del Consumidor", Dir. Gabriel A. Stigliz, Ed. Juris, Santa Fe, 1991, Nro. Uno, p. 58).

Con relación al daño moral, cabe indicar que ninguna de las accionadas cuestiona el encuadre contractual que efectuara la magistrada. Objetan el monto reconocido por considerarlo exorbitante y contradictorio con el criterio restrictivo que debe guiar su admisión en dicha materia, remarcando que la condena no encuentra respaldo en prueba suficiente.

Ahora bien, debe concederse a las accionadas que cuando la responsabilidad tiene naturaleza contractual, ha de ser considerado con rigor y, por lo tanto, es a cargo de quien lo reclama su prueba, no bastando el incumplimiento de las obligaciones contraídas (cfr. Cám. Nac. Apel. Comercial, Sala B, 9/12/1980, "Terrén de Céspedes c/ Even S.A.", LL 1981-B, pág. 409).

Por ello es que no cualquier molestia, desagrado o aflictiva situación derivada del solo incumplimiento de un contrato puede generar de por sí un resarcimiento por daño moral a favor de la víctima, si no se demuestra clara y concretamente que dicho incumplimiento ha producido una lesión directa en los valores más hondos de la personalidad humana, que hacen al mundo de sus afectos íntimos.

Vemos entonces, por un lado, el carácter restrictivo que tanto la doctrina como la jurisprudencia asignan a la reparación de esta clase de daño en materia contractual, criterio que tiende a excluir de este ámbito las pretensiones insustanciales, basadas en las simples molestias que puede ocasionar el incumplimiento (cfr. Guillermo A. Borda "La reforma de 1968 al Código Civil" p. 203; SCBA; Ac. 57.978, "Dos Santos, José Luis contra Laboratorios Hetty S.R.L. Daños y perjuicios") pero, por el otro, ello no puede erigirse en un obstáculo insuperable cuando la lesión a las afecciones legítimas, entre otras la paz y la tranquilidad del espíritu, tiene seriedad suficiente y base sólida en los antecedentes de la causa (art. 522 CCivil).

Tan es ello así que la procedencia del reclamo de daño moral efectuada por el consumidor ha sido admitida por distintos tribunales (vgr. CNACyCde Junín "Ratto, Rubén Darío c. Peugeot Citroën Argentina S.A. y otro" 08/06/2010, RCyS 2010-VIII , 226; CNACom, sala C, Oribe, Elisa c. Alra S.A. y otro s/ ordinario, RCyS 2013-III, 174, JA 2013-I, JA 2013-03-20, 99; CNACom, sala A, Rodríguez, Marcelo Alejandro c. Fiat Auto Argentina S.A. y otro s/ ordinario, DJ 15/02/2012, 80, CNACom, sala D, Di Marco Rómulo Dellmo c. PSA Peugeot Citroën Argentina S.A., RCyS 2011-VIII, 233, JA 05/10/2011, 57), entre los que se halla también esta Sala I (cfr. "Suhs", expte. N° 402344/9, ya citado y "Dijkstra", expte. N° 398675/09).

En forma coincidente, la doctrina ha entendido que dada la amplitud de la responsabilidad del proveedor frente al consumidor y usuario, llegado el caso, está comprendida la indemnización por daño moral (Farina, "Defensa del Consumidor y del Usuario", pág. 481).

En definitiva, y como se viene señalando, este reconocimiento siempre estará determinado, no solo en cuanto a su procedencia sino también en cuanto a su extensión, en función de las particularidades del caso. Porque el daño moral se establece en relación con la entidad que asume la



modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y por la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima, que resulta anímicamente perjudicial. Las circunstancias del caso tienen una gran significación para la determinación objetiva del daño moral experimentado por el damnificado y, al mismo tiempo, para facilitar la concreción de una solución equitativa (cfr. Pizarro, Ramón Daniel, “Daño Moral” Ed. Hammurabi, pág. 428).

Aplicando estos lineamientos a los presentes, coincido con las apelantes en que el monto otorgado por este concepto resulta elevado.

Es que si bien es cierto que el contexto fáctico con base en el cual se ha responsabilizado a los accionados, sin lugar a dudas ha impactado negativa y disvaliosamente, causando menoscabos que merecen ser reparados en tanto no pueden equipararse a las inquietudes e inconvenientes propios y corrientes del mundo de los negocios (rotura de la rótula de suspensión, vuelco del automóvil, frustración para continuar utilizándolo para los fines previstos –ver testimonios de fs. 486 vta., 487 vta., 579), también lo es que no se han acreditado daños físicos ni que estuviese en riesgo la vida de los actores, como se afirma en el decisorio recurrido.

Aún cuando los tres testigos indicados declaran respecto de los padecimientos espirituales de los actores, ninguno de ellos menciona cómo era su vida con anterioridad al suceso que motiva los presentes ni brinda mayores detalles que permitan dimensionar el quantum reparatorio del modo en que se hiciera en la instancia anterior.

De ello se deriva que no obstante que la procedencia de la indemnización por daño moral se encuentre justificada, teniendo además en cuenta los montos generalmente reconocidos por esta Cámara, el determinado en tal concepto por la Sra. Jueza deba ser reducido a la suma \$10.000,00.- para cada uno de los actores.

6.- En lo que atañe a la indemnización por privación de uso del automotor, comparto el criterio sentado por la Sala II de esta Cámara sostenido en autos “Ludueña c/ García Barreiros” (Sala II P.S. 2011-V, f° 1026/1030) en cuanto a que *“...no resulta necesario acreditar fehacientemente los perjuicios sufridos como consecuencia de no poder utilizar el vehículo. En efecto, se entiende que quien adquiere un rodado, lo hace para usarlo, sin que nos tenga que importar la finalidad de ese uso (trabajo, estudio, recreación, etc.). Por ende, la imposibilidad de utilizar el vehículo para los fines previstos, en atención al tiempo que demanda su reparación, debe ser reparada por quien fue responsable de esa privación de uso, dado que el traslado que se realizaba mediante el auto necesariamente debe ser hecho a través de un medio sustituto. Esta es, por otra parte, la posición mayoritaria de la jurisprudencia. Así se ha dicho que “la imposibilidad de disponer del vehículo durante el tiempo de duración de los arreglos origina un perjuicio per se indemnizable como daño emergente, que no requiere pruebas concretas y para la fijación del monto debe atenderse, tanto a la falta de comodidad en cuanto elemento de esparcimiento o recreo, como a las erogaciones efectuadas por la utilización de otros medios de transporte, así como que la privación del rodado implica, necesariamente, que no se realizó desembolso alguno en gastos de combustible ni de mantenimiento” (Cám. Nac. Apel. Civil, Sala J, 20/12/2005, “Barrientos c/ Autopistas del Sol”, LL on line AR/JUR/6688/2005; en similares términos, Trib. Col. Resp. Extrac. N° 4, Santa Fe, 31/5/1996, “Scalco c/ Ocampo”, LL on line, AR/JUR/1387/1996)”*.

Luego, no observo la imprecisión que denuncian los quejosos, toda vez que la sentencia en definitiva acoge la estimación contenida en la demanda, pieza en la cual se explicitan los parámetros para el cálculo de este rubro (v. fs. 90).

Desde esta perspectiva, analizados los extremos considerados por la sentenciante de grado, no se advierte que el monto establecido resulte desproporcionado, por lo que ha de ser confirmado en lo que refiere a la indemnización por privación de uso.

7.- Con respecto a la apelación deducida contra el punto 4 del decisorio que intima al recurrente al pago de la Tasa de Justicia y Contribución al Colegio de Abogados, entiendo que tal cuestión no puede ser dirimida en esta instancia.

Conforme lo ha sostenido esta Alzada en casos análogos (EXP N° 367872/8 - QUE-35-12 y QUE-18-13, EXP N° 427491/10, EXP N° 459292/11, EXP N° 411950/10, EXP N° 418806/10, entre otros): *“...El agravio relativo a las cuestiones atinentes al pago de la tasa de justicia no puede ser canalizado por vía del recurso de apelación, en tanto excede las facultades jurisdiccionales revisoras de esta Alzada, siendo su tratamiento propio de la instancia administrativa, ante la Oficina de Tasas del Poder Judicial y que la cuestión netamente jurisdiccional se limita a la imposición de costas, siendo éste el único punto de enlace con la obligación de carácter tributario administrativo, tal es el pago de la tasa.*

De hecho, su determinación debe ser hecha por la Actuaría, correspondiendo únicamente al magistrado, intimar al pago en las oportunidades debidas.

Si contra esta determinación existiere un reparo, corresponderá formar incidente y la cuestión será analizada en vía administrativa la cual, agotada, permitirá el control jurisdiccional, pero por vía de las acciones de naturaleza procesal administrativa.”

En apoyo de lo expuesto, nos remitimos entonces al Reglamento aprobado por Ac. 4701, punto 6, conforme al cual la Oficina de Tasas Judiciales tiene como funciones y responsabilidades, la de *“...Recibir las actuaciones originadas en la oposición al pago o a las determinaciones de las tasas de justicia realizadas de conformidad con el artículo 307 del Código Fiscal y otorgarles el trámite previsto en el presente reglamento... Dirigir el trámite de las actuaciones administrativas que se produzcan con motivo de la oposición al pago o a las determinaciones de las tasas de justicia, de conformidad con la Ley 1284 y el presente reglamento... Controlar las gestiones concernientes a la correcta determinación y percepción de las Tasas de Justicia por parte de los organismos jurisdiccionales y registros públicos respectivos, velando por el estricto cumplimiento de las normas fiscales...”*



Se insiste, entonces, en que la cuestión debe canalizarse por dicha vía, lo que así deberá realizarse...” (cfr. Sala I, “ROJAS SANDRA MONICA Y OTROS C/ RETHANZ ARTURO ANDRES Y OTROS S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE”, EXP N° 367872/8, 24/07/12, y EXP N° 421097/10, entre otros).

También hemos sostenido que: “Lo propio acontece con relación a la contribución al Colegio de Abogados. Recientemente, el TSJ ha resuelto: “...Cabe precisar que el determinar la obligación tributaria importa concretar la indeterminación genérica y abstracta de la norma correspondiente, a fin de aplicarla a la situación particular de cada sujeto pasivo, para lo cual se emite un acto de naturaleza administrativa que declara la existencia y la cuantía del crédito tributario.

De allí que la determinación realizada por esta persona pública (cfr. Art. 28, Ley 685) debe calificarse como un acto administrativo, en tanto por su naturaleza responde a la actividad espontánea de la autoridad fiscal. Por ello, el procedimiento empleado para la determinación de una obligación tributaria carece de carácter jurisdiccional (cfr. VILLEGAS, Héctor B., *Ibíd.*, p. 355/357. Igual concepto sostienen los autores Carlos M. GIULIANI FONROUGE en *op. cit.*, p. 427/259 y Francisco MARTÍNEZ, “Lo contencioso tributario”, publicado en *Derecho Fiscal*, XIX-B, enero/julio de 1970, Ed. Contabilidad Moderna S.A., Buenos Aires, p. 633 y s.s.).

Al respecto, no debe perderse de vista que es atribución exclusiva del Colegio, entre otras, administrar sus fondos y recursos (cfr. Art. 29, inc. 12, Ley 685). Puntualmente, el Consejo Directivo es quien administra los recursos (cfr. Art. 46, inc. 9, Ley 685).

Además, el artículo 83 de la citada Ley establece que el Colegio respectivo tendrá el derecho de verificar en los expedientes judiciales el cumplimiento de lo dispuesto en el ya citado artículo 57.

..Todo ello lleva a concluir: cuando en el Art. 60 de la Ley 685 se exige al Tribunal interviniente que constate que se haya pagado la contribución al Colegio de Abogados, su actividad es de contralor, mas no de agente fiscal.

Cabe agregar, además, que al formular dicho control no ejercita actividad jurisdiccional... Ahora bien, en la especie, si el obligado al pago no se encuentra conforme con la determinación realizada, debe reclamar frente a quien tiene a su cargo dicha determinación y percepción del tributo. Y en el caso del titular de la contribución, deberá instrumentar las herramientas a su alcance para controlar y cobrar su recurso por la vía legal apropiada, evitando de tal forma la paralización de los procesos judiciales con cuestiones incidentales que no hacen a su objeto.

Finalmente, ha quedado delimitada en forma clara la naturaleza administrativa de la función del Colegio de Abogados. De allí que la discusión suscitada en los presentes entre el sucesor y el Colegio de Abogados de Zapala, excede el ámbito del proceso sucesorio, tanto por las personas involucradas, como por los derechos que se debaten, por lo cual la controversia debió transitar por las vías administrativas acordadas...” (cfr. Ac. 29/13 “FALCIONI BAUER GUILLERMO S/ SUCESIÓN AB-INTESTATO”, Expte. Nro. 84 - año 2009)...” (cfr. “QUIROGA JOSÉ W. Y OTROS C/ QUISLE LUIS ENRIQUE Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO DE AUTOMOTOR” Expte. N° 448299/11), Sala III integrada por los Dres. GHISINI y PAMPHILE”).

Como se advierte, las consideraciones son plenamente aplicables en la especie, toda vez que tratándose de una oposición al pago de la Tasa de Justicia y Contribución al Colegio de Abogados, la cuestión debe canalizarse por la vía tributaria-administrativa.

8.- En cuanto al recurso de apelación deducido por la actora, considero que el primer agravio debe ser desechado.

A mi juicio, lo que la coaccionada señaló en su responde es que el Sr. Muñoz carecía de legitimación para reclamar ciertos rubros. Así lo dijo expresamente a fs. 330 vta. y lo reiteró a fs. 334, pero no introdujo una excepción de falta de legitimación activa para el total demandado.

Ello tuvo sustento, también a mi entender, en que la demanda no fue lo suficientemente clara con respecto a cual de los sujetos demandantes titularizaba cada uno de los distintos ítems reclamados.

Nótese que en el capítulo X de la demanda se solicita “que la indemnización que se conceda coloque a mis mandantes en la misma situación patrimonial que hubieran tenido de no acaecer el evento dañoso.” y a continuación se ejerce la facultad resolutoria requiriendo la devolución del precio, más sin indicar expresamente si se trataba de un pedido individual de la Sra. Vidal o de ambos actores en conjunto; cuestión que recién la parte aclara a fs. 346 y luego del planteo de Sahiora S.A.

Teniendo en cuenta entonces los términos de sendos escritos mencionados, no corresponde hacer lugar a este tramo del recurso.

9.- Igual suerte correrá el segundo agravio formulado, toda vez que la imposición de costas contenida en la resolución de fs. 466/467 se ajusta al principio objetivo de la derrota, sin que se aprecien razones suficientes para apartarse de la regla general prevista en el Código adjetivo (arts. 68 y 69 CPCC).

La Jueza entendió que no se estaba frente a un supuesto en que la información exigida al organismo oficiado estaba “titulada” en forma diferente, sino que lo requerido directamente excedía el objeto probatorio de la causa, de modo que la distribución de costas se corresponde con dicho criterio.

10.a).- Por último, corresponde abordar el tratamiento del agravio en punto a las costas.

La regla general contenida en el artículo 68 del C.P.C.C. establece que las costas deben imponerse de conformidad al resultado obtenido por los litigantes con relación a las pretensiones deducidas en la causa: la parte vencida es condenada al pago de todas las costas generadas por el



juicio, a menos que el Juez encuentre mérito para eximirla total o parcialmente; en este caso, deberá brindar los fundamentos suficientes para sustentar esa decisión, bajo pena de nulidad.

El principio objetivo de la derrota, entonces, determina la condena en costas en el proceso civil.

Ahora bien, si el resultado del pleito fuere parcialmente favorable a ambas partes, es decir, si hubiese éxitos y fracasos recíprocos, de conformidad a las pautas brindadas por el artículo 71 del Código Procesal, las costas deberán imponerse prudencialmente a cada una de ellas, según el éxito obtenido en las pretensiones deducidas.

Tales reglas, sin embargo, deben ser tamizadas por la naturaleza eminentemente resarcitoria del proceso de daños, lo cual ha llevado a una parte de la doctrina y de la jurisprudencia nacional y local a sostener que las costas deben ser soportadas en su integridad por el causante del menoscabo, aunque no prospere la totalidad del monto pretendido, sino solamente una parte de él.

Sirva a modo de ejemplo:

a) la posición de Orgaz en cuanto a que "...el principio de reparación integral impone que las costas del procedimiento necesario para la declaración de la responsabilidad y para la fijación del monto de la reparación, sean a cargo del responsable" (cfr. ORGAZ, Alfredo, "El daño resarcible", Lerner, 1980, p. 157 y -- ss.).

b) "...la reparación integral a la que la víctima tiene derecho no debe verse mermada por una imposición parcial de costas, salvo exceso manifiesto en la petición. En esta clase de juicios, el demandado debe asumir las costas totales, aún cuando la pretensión no triunfe en su integridad. El fundamento esencial de esta orientación radica en el carácter indemnizatorio de las costas, la injusticia que significaría que el actor viera mutilada la plenitud de su derecho resarcitorio con motivo de la asunción de las costas parciales y la circunstancia de que el demandado que niega su responsabilidad ha hecho necesaria la prosecución del juicio. De admitirse una solución contraria, el derecho que la sentencia reconoce al actor quedaría menoscabado con infracción del fundamento mismo de la institución de las costas... Cuando la demanda prospera parcialmente, las costas deben imponerse en su totalidad al demandado, adhiriendo así al criterio de la reparación integral que informa que se satisface la función social encomendada a la jurisdicción, consistente en restablecer en lo más exactamente posible la situación patrimonial de la víctima a aquella en la que se hubiera encontrado de no acontecer el hecho imputable al condenado. Dicho postulado se vería malogrado si se hiciera cargar costas a la víctima ya que traería aparejada una disminución de la indemnización justa apropiada para satisfacer el perjuicio real comprobado. La víctima debe salir indemne del proceso de daños..." (cfr. C7°CCCba., Sentencia n° 12 del 6/3/07, "Leo Cesar Augusto c/ Institución Técnico Parroquial San Roque y otros-Ordinario", Semanario Jurídico, n° 1609, 2007-A, p. 743CNCiv, Sala D, 20-10-88, ED, 133-97; CNCiv Sala L, 27-10-89, JA, 1990-I- Síntesis; CNCiv Sala C, 19-4-78, Rep. LL, XXXI-A-I-540, I11-S, entre muchos otros).

c) La posición es receptada por la Sala II, al indicar en el precedente "Montecinos", entre otros, que "...tratándose de la reparación de daños y perjuicios, la circunstancia de que la pretensión prospere en forma parcial ante la existencia de una ruptura del nexo causal por culpa concurrente de la víctima, no quita al accionado su carácter de vencido (cfr. CSJ Bs. As., "V.M. c/ Colavitta", Lexis n° 1170060965-6). Además, teniendo en cuenta la especial naturaleza de estos procesos tendientes a la reparación de daños injustamente sufridos, las costas deben imponerse a la parte que con su proceder dio motivo al pedido resarcitorio, de acuerdo con una apreciación global de la controversia y con independencia de que las reclamaciones hayan progresado parcialmente en relación con la totalidad de los rubros o montos pretendidos (cfr. Cám. Nac. Apel. Comercial, Sala C, "Noel c/ Banco Hipotecario", LL on line AR/JUR/39144/2010)...".

10.b).- No obstante ello, tal posición no es unánime y ha sido atemperada, desde una perspectiva, si se quiere, más acorde a la justicia distributiva:

"...si la pretensión se admite parcialmente -porque sólo se reciben algunos de los ítems indemnizatorios o porque se admiten por montos inferiores a los pedidos- el peticionante debe asumir proporcionalmente las gabelas causídicas del proceso resarcitorio entablado, pues en tales supuestos su éxito no fue total sino meramente parcial... Ahora bien, la imposición distributiva que propiciamos no puede sostenerse de manera radical y absoluta, ofrece matices que inexorablemente deben atenuar su rigor, siempre relacionados con las particularidades fácticas de cada caso concreto.

Resulta imposible en esta materia sostener reglas a priori o en abstracto aplicables de modo indiscriminado a todos los eventuales e hipotéticos supuestos que puede presentar la variada realidad procesal en materia de daños.

Y además, la admisión o el rechazo parcial de la demanda tampoco puede implicar una distribución automática, objetiva y matemática de las costas entre las partes contendientes. El criterio matemático debe sustituirse por el jurídico que bajo la prudencial mirada del juez compute diversas circunstancias que pudieron incidir en el resultado parcialmente exitoso o adverso del pleito, para una o para ambas partes.

El reparto no estriba en mensurar cuanto se demandó y cuanto prosperó sino, más bien, en analizar la entidad de las pretensiones deducidas y acogidas y, conforme a ellas, fijar la imposición.

Los arts. 71 y 132 de los códigos procesales aludidos, enrolados en esta tendencia, brindan dos parámetros o directrices de orientación en la labor judicial de distribuir las costas: uno de naturaleza objetiva: el éxito obtenido en el reclamo; y otro de índole subjetiva: la prudente interpretación judicial de los hechos que sustentan ese diseño de asignación..." (cfr. Freytes, Alejandro, "Algunas reflexiones acerca de la imposición de las costas en el proceso de



daños y perjuicios” Publicado en: LLC 2012 (mayo), 369. Ver en este sentido, también: “Mosset Iturraspe, Jorge “Sobre temeridad y malicia y acerca de las costas en las derrotas parciales”, publicado en: LA LEY 01/07/2009, 4 - LA LEY 2009-D, 310, Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños 3, El proceso de daños, pág. 390 y ss.).

10.c).- Lo cierto es que no siempre es sencillo establecer quien es el vencedor y quien el vencido en un juicio: a veces, pasa por la simple verificación de que la demanda ha sido acogida; en otros, no lo es tanto; hay casos en que si bien globalmente prospera la demanda, el reclamo no es receptado en forma íntegra, ya sea porque no han sido acreditados los presupuestos para que determinados rubros se acojan o porque los que han prosperado, lo han sido en forma ínfima, presentándose como pretensiones desmesuradas.

“De lo que se trata, entonces, es de medir el éxito de la pretensión que es llevada a juicio. Sin embargo, a nuestro modo de ver, no se trata de efectuar una medición cuantitativa y aislada de cada una de las cuestiones decididas sino de valorar la trascendencia de lo admitido y lo desestimado tomado en su conjunto para, de tal modo, considerar la forma como habrán de distribuirse las costas entre los distintos protagonistas del litigio.

No es determinante, para exponerlo de un modo gráfico, que se haya reclamado una indemnización derivada de daños y perjuicios por un monto de pesos diez mil (\$10.000.) y que la sentencia sólo la haya admitido en pesos dos mil (\$2000). Es que, como se ha entendido, la proporcionalidad con la cual deben distribuirse las costas en caso de vencimientos recíprocos, debe ponderarse con criterio jurídico y no meramente aritmético. Entonces, si en una demanda de daños y perjuicios ninguno de los litigantes ha obtenido la satisfacción íntegra de sus pretensiones o defensas, pues ambos resultaron parcialmente vencidos, corresponde aplicar el mentado art. 71 que establece que las costas se compensarán o distribuirán prudencialmente en proporción al éxito obtenido por cada una de ellos.

La distribución debe hacerse en proporción al éxito obtenido en el pleito. Debe determinarse quien resultó sustancialmente vencedor o vencido, haciendo mérito en cada caso de la medida e importancia de las pretensiones que fueron favorablemente acogidas o rechazadas.

De seguir estos pasos estarán dadas las condiciones para arribar a una decisión que consagre un resultado justo y equitativo. Claro que ello dependerá de las circunstancias particulares del supuesto que se decide y, en especial, de la prudencia del juzgador en su valoración...” (cfr. Pettis, Christian R. “Las costas y el vencimiento parcial y mutuo (art. 71 del Código Procesal)”, publicado en: DJ 2007-III, 519 - LA LEY 28/11/2007, 8 - LA LEY 2007-F, 669).

Sobre estas bases, no comparto el apego irrestricto a la primera posición señalada, la cual sólo cedería ante los supuestos de pluspetición inexcusable (de difícil concreción práctica, en los términos en los que se encuentra contemplada en el C.P.C.C) o los casos en que el progreso parcial de la demanda sea consecuencia de la concurrencia de culpas.

Por el contrario, entiendo que corresponde efectuar un análisis particularizado y conforme a las circunstancias del caso, con las siguientes prevenciones iniciales: a) tanto para la configuración del vencimiento recíproco, como para su evaluación cuantitativa, no corresponde computar aquellos rubros en los que la determinación de la indemnización depende del exclusivo y prudente arbitrio judicial, salvo excepcionales casos de notoria desproporción; b) la ponderación del equilibrio con que cabe aplicar las costas, en consideración a los vencimientos recíprocos, debe practicarse con criterio más jurídico que aritmético; c) en esta última línea, evaluar si el condenado a resarcir negó su responsabilidad y dio causa a la promoción de la acción y si la demasía en el reclamo pudo evitarse (aspectos éstos últimos que se encuentran relacionados con el regular ejercicio de los derechos).

En suma y como señala la ya citada Matilde Zavala de González, en cita de Estevez Brasa “...la equidad -principio sustancial que impregna todo el ordenamiento jurídico- no puede dejar de inspirar también la carga de las costas, atenuando el principio del vencimiento objetivo: la equidad debe funcionar en materia de imposición de costas como medio valedero de asegurar a los justiciables no sólo la verdad de sus pretensiones sino la comprensión de sus respectivas posturas. En definitiva: ésta es la esencia del derecho aplicado por obra del juez...” (cfr. op. cit. pág.

10.d).- En consecuencia: si, conforme lo expusiera, entiendo que las costas no pueden fijarse bajo un parámetro aritmético, la prudencialidad con la que los jueces debemos evaluar la distribución de ellas significa que la proporción con el éxito no puede ser la estrictamente matemática y hay un margen de flexibilidad decisoria, acorde a las particularidades del caso.

En tal orden de ideas y sobre la base de las premisas dadas, entiendo que un análisis de las circunstancias del caso determina que la parte actora no pueda ser condenada en función de las diferencias existentes en orden al monto por el que prospera el daño moral, al estar éste librado al exclusivo y prudente arbitrio judicial.

En los restantes aspectos, y fundamentalmente en lo que refiere al daño punitivo, no puedo dejar de sopesar que su rechazo (en virtud del criterio restrictivo que impera en la materia y a la falta de vigencia de la norma en que se apoyaba la pretensión), quedó firme.

Es que, en definitiva, quien demanda está obligado a estudiar seriamente su pretensión, sin poder luego alegar su propia torpeza: es que aún cuando no se tomen en cuenta netamente los parámetros aritméticos, la discordancia entre lo reclamado y por lo que prospera la demanda, existe.

Pero si, como ya se señalara parafraseando a Zavala de González, dicha "prudencialidad" significa que la proporcionalidad puede no ser rigurosamente objetiva y matemática en relación al éxito alcanzado en el juicio sino que existe un margen de flexibilidad que permite distribuir



las costas atendiendo a las peculiaridades de la causa, no puede dejar de valorarse que los demandados y su aseguradora intentaron eludir el pago de toda indemnización. Y esta posición fue desestimada.

Por estas consideraciones, entiendo que prudencialmente estimadas todas las constancias de la causa, las costas correspondientes a la instancia de origen deben ser soportadas en la proporción del 20% a cargo de los actores y el 80% restante a los demandados y citada en garantía.

Finalmente, respecto de las costas de Alzada, aprecio que éstas deben ser impuestas en el orden causado.

Por estas razones, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por la actora, así como el de las demandadas y citada en garantía, a excepción de lo que refiere a: a) el monto reconocido en concepto de daño moral, que se reduce a la suma de \$10.000,00.- para cada uno de los actores y, b) las costas de primera instancia que se fijan en un 20% a cargo de los actores y en un 80% a cargo de las demandadas y aseguradora. MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto:

SE RESUELVE:

- 1.- Confirmar la sentencia de fs. 722/731 en lo principal, modificándola con respecto al monto reconocido en concepto de daño moral, que se reduce a la suma de \$10.000,00.- para cada uno de los actores y las costas de primera instancia que se fijan en un 20% a cargo de los actores y en un 80% a cargo de las demandadas y aseguradora.
- 2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 71 del CPCC).
- 3.- Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes en esta Instancia para cuando se cuenten con pautas para ello.
- 4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

[Volver al índice](#)

[-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"MORALES CARLOS ANTONIO C/ TOMAS DE CARRIO TERESA S/ POSESION VEINTEAÑAL" -
Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I -
(Expte.: 392346/2009) – Sentencia: 216/13 – Fecha: 27/12/2013

DERECHO CIVIL: Derechos reales.

DOMINIO. USUCAPION. REQUISITOS. PLANO DE MENSURA. PRUEBA DE LA POSESION.

Corresponde confirmar la sentencia que rechazó la demanda de prescripción adquisitiva veinteañal, pues los planos acompañados con la demanda no cumplen con los datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble y de quien pretende usucapir (art. 14, Ley Provincial N° 2217), tampoco ha quedado acreditada la posesión de la antecesora del actor, y la sola mención en torno a la posesión que se realiza en la cláusula 4° in fine, del boleto de compra-venta transcrito en la escritura que obra agregada a autos, resulta insuficiente para tener por acreditado lo expuesto en la misma.

Tiene dicho esta Sala, que: “La Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló: “En los procesos de prescripción adquisitiva la prueba de la posesión debe ser plena e indubitable en lo que respecta a la individualización del bien, dimensiones y linderos y los testigos deben ser categóricos, en cuanto a los actos posesorios que se dicen realizados. La prueba debe ser concluyente y los actos posesorios inequívocos” (A y S, 1971, II, página 493)”, (“OBERHOLZER JORGE EDUARDO C/ GARCIA JOSE LUIS S/ PRESCRIPCION”, EXP N° 299472/3).

Texto completo:

NEUQUEN, 27 de diciembre de 2013.

Y VISTOS:



En acuerdo estos autos caratulados: “MORALES CARLOS ANTONIO C/ TOMAS DE CARRIO TERESA S/ POSESION VEINTEAÑAL” (EXP N° 392346/2009) venidos en apelación del Juzgado Civil N° SEIS a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Daniela GARCIA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 131/136 el actor expresó agravios contra la sentencia de fs. 122/124 vta., que rechazó la demanda de prescripción adquisitiva veinteañal respecto de los Lotes 10 y 11 incoada por Carlos Antonio Morales contra Teresa Tomás de Carrio, y le impuso las costas.

En primer lugar, se queja porque la *A-quo* entendió que no se encontraba cumplido el plazo para usucapir. Agrega, que no adquirió por Boleto de Compra-Venta, sino que lo hizo a través de una cesión de derechos y acciones con firmas certificadas por escribano, que fue acompañada a la demanda.

Dice, que el modo de transmisión del dominio entre la titular registral, la cedente, y el recurrente, permite sostener que estamos en presencia del instituto de la *accessio possessiones*, dado que ambas posesiones, la de la sucesora particular y del actor, son idóneas para la usucapición. Agrega, que de los documentos surge claramente que son continuas, no existiendo interrupciones entre ellas, como así también el requisito de la buena fe.

Manifiesta, que la primera transmisión del dominio cumplió con el requisito de publicidad necesario, con la protocolización, inscripción y fecha cierta del Boleto de Compra Venta ante el Registro de la Propiedad inmueble.

En segundo lugar, se agravia porque la Sra. Jueza dice que no se hallan debidamente individualizados los lotes que se pretende usucapir.

Sostiene, que adjuntó el boleto de compra-venta con firmas del vendedor y comprador debidamente certificadas, protocolizado e inscripto ante el Registro de la Propiedad Inmueble, el cual expresa que se adquieren dos fracciones de terreno ubicados en esta Ciudad, Chacra 47 del plano oficial, y que de acuerdo al plano de subdivisión que sirve de base para su venta se designan como lotes 10 y 11 de la Manzana B.

Alega, que ese boleto fue protocolizado ante el registro de la propiedad inmueble, bajo las matrículas N° 63303 y 63304 del Departamento Confluencia. Que además, los datos son coincidentes con los informes de dominio.

Afirma, que de la cesión de derechos y acciones surge claramente la identificación de los lotes y sus nomenclaturas catastrales, los cuales, a su vez coinciden con el boleto de compra-venta como con las condiciones de dominio mencionadas.

También señala, que los testigos son contestes en afirmar que el actor posee dichos bienes desde el año 1993 y que la ubicación de los mismos es en calle Saturnino Torres 161 y 171 de esta Ciudad.

El tercer agravio, se relaciona con la falta de consideración del pago de impuestos provinciales y municipales. Dice, que todos fueron abonados en tiempo y forma desde el inicio de la posesión y que prueba de ello, lo constituyen los certificados de libre deuda que se encuentran agregados.

Agrega, que del informe de Camuzzi Gas del Sur surge que el actor se encuentra dado de alta desde el año 1995, más precisamente desde el 12 de Octubre de ese año y a fs. 101 CALF informa que posee el servicio de energía eléctrica desde el 27 de Octubre de 1993.

Por otro lado, analiza las testimoniales, y dice que no se puede pretender que los testigos afirmen con exactitud los metros cuadrados que poseen los inmuebles o sepan los números de lotes, porque en ese caso el testimonio sería armado y disminuiría la fuerza de las declaraciones.

Por último, se agravia por lo expuesto por la Sra. Jueza de primera instancia en cuanto a la falta de adjunción de los planos que exige el art. 24 de la ley 14.159, y dice que los mismos fueron acompañados al momento de interponer la demanda, y que a fs. 96 y sgtes., la Municipalidad de Neuquén adjuntó copia certificada de los planos de mensura y reportes catastrales de ambas nomenclaturas catastrales. Que además, posteriormente se agregaron las copias certificadas de los planos adjuntados por la Dirección Provincial de Catastro.

II. Ingresando al análisis del recurso, por una cuestión de orden lógica, corresponde tratar en primer lugar el agravio referido a la individualización de los lotes. Si bien en la demanda se identificaron mediante las nomenclaturas catastrales N° 09-20-75-9147 y 09-20-75-9047, correspondiente a los lotes diez y once de la Manzana B de la Chacra N° 47 respectivamente, la falta de acompañamiento del plano especial de mensura, impide determinar con exactitud la superficie poseída, medidas, linderos y la coincidencia del aspecto físico con el título que pudiera surgir de la sentencia (cfr. Sala I, en autos “ARRIETA LILIANA LAURA Y OTRO C/ DOVIO Y CAMUSSO S.A.C.I.F.A. Y OTRO S/ POSESION VEINTEAÑAL”, EXP N° 369341/8).

Es que el plano acompañado a fs. 22 y los que obran a fs. 93 y 114, no cumplen con los requisitos exigido por el artículo I, inc. b del Decreto-Ley 5756/58.



Tal norma, sustitutiva del Art. 24 de la Ley 14.159, dice: “b) Con la demanda se acompañará plano de mensura, suscripto por profesional autorizado y aprobado por la oficina técnica respectiva, si la hubiere en la jurisdicción”.

Dicha norma se ve complementada con la Ley Provincial N° 2217, que en su artículo 14 establece los requisitos del plano de mensura, entre otros se exigen datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble y de quien pretende usucapir.

Elo debe complementarse con lo dispuesto por la ley citada en su artículo 20, respecto a la registración provisional de los planos de mensura destinados a la adquisición del dominio por prescripción adquisitiva, como en el caso de autos. El plano adjuntado carece de tal registración.

Además, atento que los planos de mensura de fs. 93 y 114 poseen una antigüedad mayor a 30 años (año 1961), y el de fs. 22 resulta ilegible al respecto, no puede tenerse por cumplido el objetivo del requerimiento que establece la ley en relación al mismo.

Al respecto, tiene dicho esta Sala, que: “La ley de catastro territorial requiere un plano de mensura especialmente destinado a la adquisición del dominio por prescripción adquisitiva (arts. 14 y 20), de modo que constituye un acto preparatorio de la demanda”. “Según el régimen aplicable, entonces, no puede presentarse cualquier plano de mensura, sino uno especialmente confeccionado para el juicio, en el que consten todos los datos exigidos legalmente (cfr. Areán, Beatriz, Juicio de usucapión, Ed. Hammurabi, p. 456). Sobre la necesidad de un plano de mensura especial, también se ha expedido esta Cámara de Apelaciones en distintos precedentes, vgr. RI del 05/05/09, Exp. 381732/08, Sala II; sent. Del 21/05/09, Exp. 325175/05, sala III”.

“Esta exigencia no resulta inocua sino que, por el contrario, constituye un requisito insustituible y condicionante del progreso de la acción. Ello así, por cuanto se relaciona con la delimitación precisa del objeto de la usucapión; por su intermedio se especifica en forma exacta la superficie poseída, que puede o no coincidir con los títulos existentes”. “[...] Así lo ha entendido la jurisprudencia y doctrina mayoritaria: “El plano de mensura tiene que confeccionarse especialmente para el juicio que persiga una usucapión, a fin de individualizar el inmueble, determinando con exactitud la superficie poseída, sus medidas y linderos, de modo que haya coincidencia entre el bien en su aspecto físico y el título que surja de la eventual sentencia a dictarse (art. 679, cod. procesal y su doc.)” (Cc0001 Lz 61185 Rsd-33-6 S. 16/03/2006. Juez: Basile (sd) Moyano, Anastasia Nelida C/ Pena de Gomez, Maria Dolores S/ Usucapión. Publicaciones: LLBA 2006, 649. Mag. Votantes: Basile-Igoldi)”. “El plano de mensura constituye una exigencia ineludible, pues se vincula con la identificación del objeto de la usucapión, por cuanto puede ocurrir que la fracción prescripta no coincida con las medidas que surgen del título de propiedad registral” (cfr. Bueres- Highton, Código Civil, T. 6B, Ed. Hammurabi, p. 746 y jurisprudencia citada)”. “Con este plano se individualiza y describe el inmueble en cuanto a superficie, medidas, linderos y ubicación. Es indispensable el plano de mensura y no puede suplirse con referencia a los títulos del propietario inscrito, pues no se adquiere del mismo por título sino en forma independiente y según la posesión; con este plano se especifica en forma exacta lo poseído, que puede o no coincidir con los títulos existentes e inclusive formar parte de dos o más inmuebles distintos o ser menor a uno de ellos” (Highton Elena, Dominio y usucapión, segunda parte, Ed. Hammurabi, p. 203)”, (Sala I, del Voto de la Dra. Pamphile, en autos “ARRIETA LILIANA LAURA Y OTRO C/ DOVIO Y CAMUSSO S.A.C.I.F.A. Y OTRO S/ POSESION VEINTEAÑAL”, EXP N° 369341/8).

Asimismo, es necesario mencionar que la omisión de acompañar el plano de mensura pudo haberse subsanado en una etapa liminar del proceso, conforme el requerimiento de fs. 25, atento que se trata de un requisito de admisibilidad de la demanda.

A mayor abundamiento, tampoco resultan procedentes los restantes agravios. En primer lugar, el recurrente se queja porque la A-quo señala que el actor no ha cumplido el plazo de posesión de veinte años, cuando ello, a su entender, surge a partir de considerar la accesión de posesiones que alega.

Al respecto, tiene dicho esta Alzada que: “Ahora bien, en los arts. 2474, 2475 y 4005 del Código Civil se regula la posibilidad de acceder al tiempo requerido para la usucapión a través de la accesión de posesiones. Esta accesión, o suma de dos o más posesiones, difiere cuando se trata de sucesores universales y de sucesores a título singular”.

“En efecto, la sucesión de la posesión es un fenómeno distinto de la unión de posesiones o acceso posesionis. La primera se produce a favor del sucesor universal en una sucesión por causa de muerte, y no da lugar a una nueva posesión. La segunda se configura cuando el causahabiente del poseedor lo es por título inter vivos o cuando lo es por causa de muerte, pero no con carácter universal, y nace una nueva posesión, que es susceptible simplemente de unirse a la anterior (cfr. Kiper, Claudio, “Código Civil Comentado”, dirig. Por Aída Kemelmajer de Carlucci, Claudio Kiper, Félix A. Trigo Represas, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, T. “Privilegios – Prescripción”, pág. 483)”. “Los sucesores particulares no continúan, entonces, la persona de su antecesor (ver nota al art. 4005 del Código Civil). Por ello, si el actor aduce ser cesionario de un anterior poseedor del bien –conforme sucede en autos– necesariamente debe probar la existencia de los actos posesorios ejecutados por su antecesor y, luego, por él mismo, pues el fundamento sobre el que reposa la figura de la accesión de posesiones es que el autor traspa a su sucesor a título singular los derechos y ventajas emergentes del estado de hecho de su posesión, y así, mediante la accesión, el segundo puede completar el plazo legalmente requerido para la prescripción adquisitiva a su favor (cfr. Cám. I° Civ. y Com. La Plata, Sala I, 15/9/1992, “Mendeguía cl Díaz de Sousa”, Lexis n° B100279; Cám. Civ. y Com. Morón, Sala II, 9/2/1996, “Artuso cl



Berrotarán de Reyes”, Lexis n° B2351011)”, (“NELDORET S.A. C/ SUCESTORES DE DEHAIS JULIO Y OTROS S/ PRESCRIPCION”, Expte. N° 328773/5).

En autos, como sostuvo la A-quo a partir de la prueba de aportada no ha quedado acreditada la posesión de la antecesora del actor. Así, el testimonio del Sr. Raúl Mauricio Pareja, como lo señala la Sra. Jueza, no podrá ser valorado en virtud de lo dispuesto por el art. 427 del C.P.C. y C., y los restantes nada dicen de la Sra. Crespo de Bordone. La Sra. Estela Maris Benitez sólo se refirió al actor y, dijo: “yo a ella la conozco en el año 90, así que mas o menos en el 93, 94” (fs. 83) y la testigo Baeza al ser preguntada respecto a la compra del inmueble expresó que: “en el 1994, porque me comenta siempre Susi cuando charlamos y porque la conozco de hace rato” (fs. 86/87).

Tampoco los informes adjuntados se refieren a la mencionada antecesora Bordone, y lógicamente a la realización de actos posesorios por parte de la misma. El informe de Calf dice que “en la calle Saturnino Torres 161/165 en la actualidad existe un servicio de energía eléctrica conectado a nombre del asociado Morales Carlos Antonio –DNI 6.931.695, desde el 27/10/93”, y que “En la calle Saturnino Torres 171, en la actualidad existe un servicio de energía eléctrica conectado a nombre del asociado Zamora Juan Manuel, D.N.I. N° 25.624.195, desde el 16/11/11”. (fs. 101), y el de Camuzzi Gas del Sur “que según nuestros registros, figura una persona con nombre y apellido Morales Carlos, DNI 6.931.695, con fecha de alta el 12-10-1995, en el siguiente dominio: Sat. Torres 171, Neuquén (8300) cuenta abierta. Asimismo informamos que según nuestros registros, actualmente no contamos en la calle Saturnino Torres N° 171 de la Ciudad de Neuquén, con suministro de gas” (fs. 102).

Además, la sola mención en torno a la posesión que se realiza en la cláusula 4° *in fine*, del boleto de compra-venta transcrito en la escritura que obra a fs. 5/7 vta., resulta insuficiente para tener por acreditado lo expuesto en la misma.

Tiene dicho esta Sala, que: “La Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló: “En los procesos de prescripción adquisitiva la prueba de la posesión debe ser plena e indubitable en lo que respecta a la individualización del bien, dimensiones y linderos y los testigos deben ser categóricos, en cuanto a los actos posesorios que se dicen realizados. La prueba debe ser concluyente y los actos posesorios inequívocos” (A y S, 1971, II, página 493)”, (“OBERHOLZER JORGE EDUARDO C/ GARCIA JOSE LUIS S/ PRESCRIPCION”, EXP N° 299472/3).

III. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por el actor fs. 131/136, y en consecuencia confirmar la sentencia de fs. 123/124 vta. en todo aquello que fue materia de recurso y agravios, sin imposición de costas atento que no hubo oposición de la contraria (art. 68 del C.P.C. y C.). Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos por mi colega preopinante, adhiero al mismo expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por el actor a fs. 131/136, y en consecuencia confirmar la sentencia de fs. 123/124 vta. en todo aquello que fue materia de recurso y agravios.
2. Sin imposición de costas por no haber mediado oposición de parte (art. 68 del C.P.C. y C.).
3. Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).
4. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Daniela GARCIA - SECRETARIA

[Volver al índice](#)

[-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"JAQUE HAYDEE Y OTRO C/ HERMOSILLA SOTO JUAN EDUARDO Y OTRO S /D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 386428/2009) – Sentencia: 218/13 – Fecha: 26/12/2013

DAÑOS Y PERJUICIOS: Accidente de tránsito.

RESPONSABILIDAD DEL TITULAR REGISTRAL. DENUNCIA DE VENTA. LEGITIMACION PASIVA. ASEGURADORA. EXCLUSIÓN DE COBERTURA. EXCESO DE VELOCIDAD. EMBRIAGUEZ. EXTEMPORANEIDAD DEL PLANTEO. DAÑOS Y PERJUICIOS. INDEMNIZACION DEL DAÑO. MUERTE DE UN HIJO. PÉRDIDA DE LA CHANCE. DAÑO PSICOLOGICO. FALTA DE AUTONOMIA. DAÑO MORAL. LEGITIMACIÓN. DAMNIFICADO INDIRECTO.



HERMANOS. PRUEBA DEL DAÑO MORAL.

Cabe confirmar la resolución dictada en una acción por daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito en el cual dos adolescentes perdieran la vida y que rechaza la demanda contra el codemandado en su carácter de titular registral del vehículo, en tanto no cabe achacar responsabilidad a éste, dado que con anterioridad al lamentable suceso que origina los presentes había efectuado la “denuncia de venta” ante el Registro de la Propiedad Automotor, en los términos previstos en el art. 27 del Dec/Ley. 6582/58 (conf. ley 22.977). (del voto de la Dra. Pamphile, en mayoría)

Nos guste o no, el legislador ha admitido la posibilidad de que el titular registral sea exonerado de responsabilidad civil si ha hecho tradición del automóvil con anterioridad al hecho dañoso: el medio previsto, es la llamada “denuncia de venta”. (del voto de la Dra. Pamphile, en mayoría)

Todo daño ocasionado con el automotor o por el riesgo o vicio de este, luego de la denuncia de venta, no es imputable a su dueño (titular inscripto), si la comunicación hubiera sido realizada con anterioridad al hecho que motive su responsabilidad. (del voto de la Dra. Pamphile, en mayoría)

Por aplicación del nuevo artículo 15 estimamos que durante los primeros diez días desde que se celebró el contrato de venta, aunque todavía no se haya tomado razón en el registro, el enajenante, que dejará de ser propietario al inscribirse el acto, y que ya hizo entrega del automotor, no está obligado a responder por los hechos de ese tercero. Adviértase que no afirmamos que la “inscripción” -modo constitutivo del derecho real- obre retroactivamente, sino que durante ese plazo que la ley ha fijado como “etapa inscriptoria”, el dueño no responde por los hechos de ese tercero, a quien le entregó el vehículo para cumplir una de las obligaciones que surgen del contrato de transferencia. (del voto de la Dra. Pamphile, en mayoría)

Sin desconocer que en los últimos años la doctrina y jurisprudencia ha venido pregonando una reforma legislativa que ponga a salvo las situaciones de injusticia que suelen configurarse con motivo de las restricciones a la legitimación activa que determina el art. 1078 Cód. Civil cuestionado, creo que mientras esto no ocurra y de conformidad a la actual normativa vigente en derecho civil argentino, no puede interpretarse que la exclusión resarcitoria de los hermanos sea “directamente” inconstitucional: todo dependerá de la casuística y prueba concreta que se aporte en cada caso. El hermano que pretende indemnización, debe probar la realidad de su daño moral; en su defecto, queda en pie la razonabilidad de la exclusión del art. 1078, y devendría abstracta una descalificación por inconstitucional, pues, aunque procedente en otras hipótesis, no lo será en el caso sometido a juzgamiento. (del voto de la Dra. Pamphile, en mayoría)

No se advierten razones que justifiquen acordar derecho resarcitorio a los hermanos a despecho de la negativa que fluye del art. 1078, con excepción de uno de ellos -que ha probado con rigor su menoscabo y respecto del cual se aprecia un empeoramiento existencial- resultando inconstitucional [sólo para éste] la actual restricción, pues, es inadmisibles la indiferencia jurídica ante perjuicios reales e injustos, que infringe la directiva del alterum non laedere, con apoyo en el art. 19 de la Constitución Nacional; además, ello lesiona la igualdad jurídica (art. 16) respecto de los damnificados indirectos en su patrimonio, que sí tienen acción resarcitoria (art. 1079 CC). (del voto de la Dra. Pamphile, en mayoría)

Si durante el transcurso del plazo de diez días que dispone el adquirente para efectuar la transferencia (art. 15) se causa un daño a un tercero con el automotor, como regla, deberá responder el titular registral por aplicación del art. 27 [del Dec/Ley. 6582/58 conf. ley 22.977], sin perjuicio de la acción de regreso que pueda ejercitar ulteriormente contra el adquirente (guardián). (del voto en minoría del Dr. Pascuarelli)

Para que se produzca la exoneración de la responsabilidad del propietario enajenante deben cumplirse dos condiciones: una, que la comunicación de haber efectuado la tradición se realice con anterioridad al evento dañoso; y la otra, que también antes de ese hecho se haya operado la revocación de la autorización para circular, para lo cual debe haber transcurrido el plazo fijado en el art. 15, es decir, el plazo de 10 días computado desde la celebración del acto. (del voto en minoría del Dr. Pascuarelli)

Cabe rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por la aseguradora citada en garantía y fundada en el incumplimiento del asegurado con las condiciones de la cobertura fijadas en la



póliza de auto-scoring, en tanto no se acreditó que se hubiera tomado en consideración al establecer el precio del seguro la condición de conductor habitual. (del voto del Dr. Pasquarelli)

La exclusión de cobertura opuesta por la compañía aseguradora basada en que el demandado conducía a excesiva velocidad y en estado de embriaguez, debe ser rechazada, toda vez que no rebate el fundamento de la A-quo respecto a que la declinación de cobertura deviene extemporánea, en los términos del art. 56 de la ley 17.418. “[...] "en principio", "si el asegurador, teniendo en su poder la información necesaria y la posibilidad de verificar el siniestro y la 'extensión de la prestación a su cargo' no lo hace y deja transcurrir el plazo que le impone el art. 56 de la ley 17.418, debe soportar las consecuencias que la última parte de esta norma le impone" (CNCom., sala B, 18/12/1986, Badell, Jacinto. c. Unión de Comerciantes Cía. de Seguros, LA LEY, 1989-A, 49 y JA, 1987-III-107. Aclaro, sin embargo, que en el caso se trataba de un supuesto de caducidad --falta de pago de las primas-- y no de exclusión del riesgo) [...]”. (del voto del Dr. Pasquarelli)

Para otorgar la indemnización por el rubro pérdida de chance de los padres, si no se acreditó ni el ingreso de los hijos ni la situación patrimonial actual de los actores que permitiera, mediante un "pronóstico póstumo" (como lo denominaba Isidoro Goldenberg) apreciar en perspectiva la entidad de esa frustración de apoyo material y espiritual”, (RC J 15024/13), se pueden extraer distintos indicios de las causas, como la edad de los hijos fallecidos (19 y 16 años), la de los progenitores (44 y 45; 42 y 43), de lo que se infiere la juventud de los hijos para -en la plenitud de su vida- afectar ingresos a la atención de sus progenitores. [...] “Los montos otorgados, y -pese a que cuantificar la vida humana es "una materia indócil por su naturaleza"- (art. 1083 Cód. Civ.; arts. 163 inc. 5 y 384 C.P.C.) se ajustan al principio de la reparación plena o completa del daño, en base a los parámetros objetivos ya señalados y acudiendo a pautas de prudencia y experiencia, conforme lo que sucede de ordinario y según el curso natural de las cosas [...]”, (RC J 15024/13). (del voto del Dr. Pasquarelli)

Cabe rechazar la pretensión autónoma de daño psicológico siguiendo los lineamientos del Tribunal Superior de Justicia que adhirió a la postura acuñada por la Corte Federal en cuanto: “Corresponde rechazar el reclamo por daño psicológico si no se demostró que la afección psíquica denunciada asuma un carácter patológico perdurable que proyecte sus efectos sobre la entera personalidad del sujeto...” - Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Juan Carlos Maqueda- -fallos 328:2546- (cfr. Ac. 27/10, Secretaría Civil) [...], “SAN MARTIN ROSA DEL CARMEN C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Exp. N° 2556/08, Ac. N° 76/12 de la Secretaría de Demandas Originarias).

Tratándose de personas que sin alcanzar la calidad de sucesores han experimentado un daño patrimonial o espiritual grave, derivado de la muerte de otro, la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos se inclina por otorgar legitimación activa. Tal es el caso de los hermanos, a quienes permite considerarlos legitimados activamente para reclamar daño moral sin que ello obste, por cierto, a la exigencia de demostración del perjuicio por parte de aquéllos. En consecuencia, a tenor los argumentos expuestos, entiendo que los hermanos de Franco se encuentran legitimados para reclamar la reparación de la afección de esta naturaleza, que a partir de la demostración de un perjuicio cierto y la relación causal adecuada con el hecho lesivo, como acontece respecto a los hermanos que convivían con la víctima, conforme la facultad del art. 165 del C.P.C. y C., se estima prudencialmente en la suma de \$ 10.000 para cada uno, con más los intereses fijados en la sentencia de grado para los restantes rubros. (del voto en minoría del Dr. Pasquarelli)

Texto completo:

NEUQUEN, 26 de Diciembre de 2013.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “Jaque Haydee y Otro c/ Hermosilla Soto Juan Eduardo y Otro s/ D. y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE” (EXP N° 386428/2009) venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil N° CUATRO a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASQUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Daniela GARCIA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASQUARELLI dijo:



I. En la sentencia de fs. 693/721 de los autos “JAQUE HAYDEE Y OTRO C/ HERMOSILLA SOTO JUAN EDUARDO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS P. X USO AUTOMOTOR C/ LESION O MUERTE” (EXP. N° 386428/9) se hace lugar a la demanda deducida por Haydee Jaque Ortega y José Miguel Araya y condena a Juan Eduardo Hermosilla Soto y HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. a abonarles la suma de \$ 233.600 a cada uno, más intereses y costas. También se hace lugar a la demanda de Alejandro César Castro y Victoria Griselda Villegas contra Juan Eduardo Hermosilla Soto y HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. y se los condena a abonar la suma de \$ 221.000, a cada uno más intereses y costas. En otro punto, se rechaza la demanda contra José Luis Bouche, con costas a los actores. Asimismo, se desestima el planteo de inconstitucionalidad alegado por Agustín, Luciano, Facundo y Vanina Castro, rechazando la demanda, con costas en el orden causado.

A fs. 762/769 vta., expresan agravios los actores Haydee Jaque Ortega y José Miguel Araya. Se quejan por el rechazo del daño económico por pérdida de la chance, el daño psicológico y la desestimación de la demanda contra el titular registral del automotor Sr. José Luis Bouche.

En punto a esto último, dicen que si bien no desconocen lo prescripto por el art. 27 del decreto/ley 6582/58, consideran que la Sra. Jueza no logró aplicar dicho precepto a las particularidades del caso, donde el siniestro acaeció dentro de los diez días de efectuada la denuncia de venta, por lo cual Hermosilla Soto circulaba con autorización del titular registral que le había entregado la tarjeta verde y la constancia de cobertura asegurativa.

Alegan, que para que la denuncia de venta opere como mecanismo que exonera la responsabilidad del titular deben darse determinadas circunstancias que no ocurrieron en el caso. Expresan, que el accidente se produjo dentro de los diez días de la venta del automotor dominio EEI-709, denunciado ante el Registro del Automotor el 19/09/2008, la prohibición de circular y pedido de secuestro opero a partir del 18/11/2008, por lo que la denuncia de venta no es apta para eludir la responsabilidad conforme los arts. 15 y 27 del decreto/ley 6582/58.

En el punto siguiente, abundan respecto a los derechos humanos y la reparación integral, sostienen que la posición de la Sentenciante de eximir de responsabilidad al titular registral colisiona con ellos, porque las víctimas se ven frustradas de acceder a una reparación plena.

Luego, critican el rechazo del rubro pérdida de la chance. Señalan, que de la prueba surge la formación de la hija lograda a partir del esfuerzo de los padres y que ello llega directamente a considerar que los asistiría, por lo que corresponde la indemnización por pérdida de la chance.

Posteriormente, se quejan por el rechazo del daño psicológico. Dicen, que a partir de la pericia psicológica, se probó la existencia de un daño psíquico que excede el moral y se proyecta como un cuadro patológico crónico que ocasiona a los padres una incapacidad psicológica del 60%.

Alegan, que repercute en los planos material y moral, que su rechazo implica el desconocimiento de la reparación integral y que pese a que se reconoció su existencia no se ponderó en los aspectos patrimonial o extrapatrimonial. Agregan, que aún de considerarse como un daño no autónomo se debe incrementar el daño moral y reconocer su incidencia en el patrimonial.

Sostienen, que sin perjuicio de lo anterior, el daño psicológico también configura un daño a la salud.

A fs. 770/773 expresa agravios la citada en garantía HSBC La Buenos Aires Seguros S.A.

En primer lugar, se queja por el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa por no seguro deducida por esa parte con fundamento en el incumplimiento por parte del asegurado de las condiciones de cobertura establecidas en la póliza de *auto scoring*. Dice, que del certificado de cobertura surge que el codemandado Bouche había declarado ser conductor habitual del rodado, circunstancia que se vio modificada al venderlo al demandado Hermosilla Soto el 19/9/2008.

Agrega, que la Sentenciante no se puede apartar de los términos de las contestaciones a la excepción y que se excedió al rechazarla.

Alega, que el límite del seguro obligatorio del art. 68 ley 24449, no se corresponde con el límite de la cobertura de responsabilidad civil y a la fecha del evento era de \$ 30.000. Entiende, que no deberá ser condenado a abonar suma alguna que exceda ese importe del seguro obligatorio.

En segundo lugar, se agravia por el rechazo de las exclusiones de cobertura fundadas en que el demandado Hermosilla Soto conducía a excesiva velocidad y en estado de embriaguez. Dice, que envió dos cartas documentos, la primera el 1/10/2008, fundada en que el vehículo no era conducido por su conductor habitual y la segunda, del 9/10/2008 ampliando la exclusión por la excesiva velocidad y el estado de embriaguez.

Luego, como tercer agravio, critica los montos otorgados en concepto de indemnización. Dice, que se aparta de las pautas de casos similares y que otorgar la suma de \$ 200.000 a cada progenitor excede la adecuada reparación del daño moral.

A fs. 774/780 vta., expresan agravios los representantes de los actores Alejandro César Castro y Victoria Griselda Villegas, así como de los hermanos Agustín, Luciano, Facundo y Vanina Castro.

En primer lugar, se agravian porque se consideró que los hermanos Agustín, Luciano, Facundo y Vanina Castro no tenían legitimación activa en los términos del art. 1078 del Código Civil.

Dicen, que no es justo excluir la resarcibilidad del daño moral indirecto por el hecho de que la ley establece un límite a la legitimación y que en la sentencia no se consideró el daño psicológico comprobado en autos que padecen todos los hermanos es un elemento más que suficiente para determinar un importante daño moral.

Agregan, que los hermanos son damnificados indirectos, art. 1079 del C.C., y que el perjuicio excede el daño moral. Solicitan que se haga lugar al reclamo por este rubro.



Luego, se agravia por el rechazo del reclamo por daño psicológico de los hermanos, sufrido como consecuencia de la pérdida de su hermano.

En otro punto, se agravia por el monto en que prospera el daño psicológico a los progenitores. Dice, que se otorgó la suma de \$ 21.000 para cada uno cuando la experta estimó el costo para todo el grupo familiar era de \$ 85.000. Agrega, que constituye un daño a la salud que debe ser reparado. Alegan, que se les debe otorgar un monto en base a los porcentajes de incapacidad establecidos en la pericia.

En cuarto lugar, se quejan por el rechazo del reclamo por pérdida de la chance. Sostienen, que no es prematuro pretender una indemnización y que se probó que la víctima cursaba sus estudios secundarios, realizaba otras actividades y pensaba continuar una carrera universitaria.

Posteriormente, se quejan por el acogimiento de la defensa del codemandado José Bouche. Dicen, que si bien no desconocen los prescripto por el art. 27 del decreto/ley 6582/58, no se consideraron las particularidades fácticas de la causa, dadas porque el accidente ocurrió dentro de los diez días de efectuada la denuncia de venta.

La citada en garantía HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. contesta la apelación de Haydee Jaque y José Araya a fs. 782/784 vta. y a fs. 785/788 la de los restantes actores. Solicita se rechacen, con costas.

Los apoderados de la Sra. Haydee Jaque y del Sr. José Araya contestan el recurso de la citada en garantía a fs. 780/802 y 803/804. Entre otros puntos, plantean la inconstitucionalidad, por irrazonable, de la cláusula de limitación de la responsabilidad civil a la suma de \$ 30.000. Solicitan se rechace la apelación, con costas.

A fs. 805/809 y 810/814 contesta el apoderado del codemandado Sr. José Luís Bouche los recursos de los actores, peticona que se desestimen.

II. Liminarmente es necesario señalar que no se encuentran controvertidas las circunstancias fácticas que sustentan la pretensión, como tampoco el factor de atribución objetivo por el carácter riesgoso del rodado y la relación de causalidad.

Los recurrentes critican la desestimación de la responsabilidad del titular registral, el rechazo del daño por pérdida de la chance, la consideración del daño psicológico, la desestimación de la inconstitucionalidad del art. 1078 del C.C.; a su vez la aseguradora critica el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva, la exclusión de cobertura y los montos.

I. Ingresando al análisis de las cuestiones planteadas corresponde comenzar por los agravios de las partes actoras referidos a la desestimación de la demanda contra el titular registral del automotor Sr. José Luís Bouche. Al respecto, entiendo que les asiste razón por cuanto en autos se presentan particularidades que llevan a adoptar una posición restrictiva respecto a la interpretación de la eximición de responsabilidad civil regulada en el art. 27 del decreto/ley 6582/58 (v. Monjo, Sebastián, *Responsabilidad del titular del automotor*, LLC 2011 marzo, 213).

Estas circunstancias particulares están dadas porque la denuncia de venta se efectuó el viernes 19/09/2008 (fs. 578), el mismo día que la tradición (fs. 97), pudiendo haber realizado la transferencia, el accidente ocurrió a las 5,15 hs., del domingo 21/09/2008 y en la denuncia del siniestro a la aseguradora, agregada a fs. 257/258 y que no se encuentra desconocida, consta que el asegurado había vendido el vehículo el viernes 19/09/08 y que había quedado con el comprador en tener el seguro hasta fin de mes por los tramites del traspaso de titularidad (recuadro en fs. 257).

Al respecto, sostiene Pizarro, que: *“La ley, acertadamente mantuvo el principio general que ya existía en el decreto-ley 6582/58, al disponer que “Hasta tanto se inscriba la transferencia, el trasmite será civilmente responsable por los daños y perjuicios que se produzcan con el automotor en su carácter de dueño de la cosa ...”. Tal solución guarda plena armonía con lo dispuesto por el art. 1113 del Cód. Civil, en cuanto responsabiliza de manera concurrente al dueño y al guardián del automotor que causa el daño, sin perjuicio de las acciones de regreso que puedan luego corresponder entre ellos. Desde esta perspectiva la reforma fue positiva pues -rectamente interpretada debería haber puesto fin a una equivocada corriente interpretativa -anterior a la ley 22.977- que, apartándose de la letra y espíritu de la normativa entonces vigente pretendía eximir de responsabilidad civil al titular registral de un automotor cuando acreditaba haber transmitido la guarda del vehículo a un adquirente, sin realizar la correspondiente transferencia.”*

“Dentro de un sistema de inscripción registral constitutiva (art. 1, dec.-ley 6582/58), que consagraba en forma concurrente la responsabilidad del dueño y del guardián de un automotor (sin subordinar la primera a una eventual condición de guardián del vehículo), la solución no podía ser otra que la plena responsabilidad del titular registral frente a la víctima.”

“2) La inaceptable causal de liberación del artículo 27. La denuncia de transferencia del automotor.”

“Sin embargo, la razonable directiva del primer párrafo (primera parte) del art. 27 se desvirtúa totalmente con la infortunada causal de liberación que a continuación prevé dicha norma, al disponer: “... No obstante, si con anterioridad al hecho que motive su responsabilidad, el trasmite hubiere comunicado al Registro que hizo tradición del automotor, se reputará que el adquirente o quienes de este último hubiesen recibido el uso, la tenencia o la posesión de aquél, revisten con relación al trasmite el carácter de terceros por quienes él no debe responder y que el automotor fue usado en contra de su voluntad. La comunicación prevista en este artículo operará la revocación de la autorización para circular con el automotor, si el titular la hubiese otorgado, una vez transcurrido el término fijado en el art. 15 sin que la inscripción se hubiere petitionado, e importará el pedido de secuestro si en un plazo de treinta días el adquirente no iniciare su tramitación ...”.



“Se trata de una modificación lamentable, apta para trastocar la rigidez aparente del sistema, dejando peligrosamente desprotegida a la víctima. De allí la necesidad de una interpretación restrictiva de la norma como único modo de protegerla adecuadamente y de evitar que en una materia tan relevante como es el daño causado por automotores se diluya la tutela del art. 1113 del Cód. Civil.”

“Coincidimos con Zavala de González cuando sostiene que la ley: “Inserta un régimen híbrido, sin sustento racional, y atentatorio incluso contra el principio de igualdad ante la ley, pues tratándose del dueño de un automotor que se ha desprendido voluntariamente de la guarda, habrá que distinguir en adelante entre enajenaciones u otro tipo de actos encaminados a la transferencia dominial y las demás hipótesis de entrega del bien. No se advierte razón suficiente para admitir la eximición de la responsabilidad sólo en el primer caso, o, a la inversa, y más propiamente, para que el dueño no deba responder en todos”, (Pizarro, Ramón D., La responsabilidad del titular registral de un automotor en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, LA LEY 12/12/2005, 12/12/2005, 1 - LA LEY 2005-F, 1220 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2007, 1203).

Respecto a la eximición de responsabilidad del art. 27 agrega: *“En caso de duda, habrá que estar siempre a favor de la víctima (argum. art. 1113, Cód. Civil) y mantener la responsabilidad del titular registral del automotor, sin perjuicio de las acciones de regreso que puedan corresponderle.”*

Y en relación con el supuesto de autos, que denomina como una situación especial, sostiene: “¿Qué sucede si durante el transcurso del plazo de diez días que dispone el adquirente para efectuar la transferencia (art. 15) se causa un daño a un tercero con el automotor?”.

“La ley nada dice al respecto, por lo que será menester acudir a los principios que rigen la materia para brindar una respuesta razonable.”

“Pensamos que, como regla, deberá responder el titular registral por aplicación del art. 27, sin perjuicio de la acción de regreso que pueda ejercitar ulteriormente contra el adquirente (guardián).”

“Sin embargo, es dable formular una excepción a dicho criterio: cuando con anterioridad al hecho generador del daño se hubiere solicitado y expedido el certificado previsto por el art. 16 del decreto 6582/58 (modificado por ley 22.977) y efectuado la tradición del automotor al adquirente, el titular registral se liberará de toda responsabilidad si la inscripción se produce dentro del plazo de vigencia del certificado. Es una consecuencia lógica de la reserva de prioridad que consagra el art. 16 y del carácter retroactivo que en tales supuestos asume la inscripción registral”, (ob. cit., LL 2005-F, 1220), en el presente no se da la excepción de este último párrafo al no constar que se haya solicitado el certificado, como tampoco se realizó la transferencia posteriormente, por lo que entiendo aplicable el criterio anterior.

Agrega, Ghersi respecto del artículo 15 de la ley 22977, que: *“Debemos admitir como premisa que de la conjunción del art. 1113 del Cód. Civil y el art. 1º de la ley 22.977, el titular del dominio es el soporte de aplicación de la responsabilidad, recordando nuestros párrafos iniciales, son dos cosas distintas, la primera presupuesto de la segunda.”*

“Cuando un titular pretende transmitir su derecho de dominio, debe hacerlo mediante un contrato (causa), la entrega en tradición y su inscripción registral (modo), para lo cual la ley prevé: que si lo hace él, por aplicación del art. 15, se efectivizará en 24 hs. el cambio de registración y se liberará de toda responsabilidad.”

“Supongamos que acaeciera un daño durante ese corto lapso, la inscripción registral operaría a la fecha de celebrado el acto, por ende el titular es el adquirente.”

“En cambio si el adquirente es quien realizara la inscripción, su obligación por disposición del art. 15, será modal a plazo, durante 10 días de celebrado el acto.”

“La fecha de celebración surgirá del documento privado o del formulario “08” obviamente sellado, certificadas las firmas como prevé la normación de la ley.”

“Si acaeciera alguna situación dañosa durante ese lapso y el adquirente solicitara la inscripción en el término previsto, él será el titular, ya que la inscripción operará retroactivamente a la celebración del acto.”

“En cualquiera de las situaciones hasta aquí descritas se puede apreciar claramente el presupuesto de análisis de la responsabilidad: la titularidad del dominio”, (Ghersi, Carlos A., Responsabilidad del dueño del automotor. ¿El artículo 27 de la ley 22.977 constituye un eximente de responsabilidad?, LA LEY 1984-D, 1370 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2007, 1163), en el presente el titular no realizó la transferencia sino que se supedita a que la realizara el adquirente.

Señala Prospero, citado por los recurrentes, que desde producida la tradición del automotor el transmitente esta facultado para comunicar dicha circunstancia al Registro a los fines del art. 27 y como la revocación de la autorización para circular opera una vez vencido del art. 15 se pregunta ¿si puede entenderse que ha sido usado contra la voluntad del propietario? y ¿si el adquirente reviste la calidad de tercero por el cual el titular no debe responder?, sostiene: *“ [...] el último párrafo del art. 1113 solo es aplicable una vez operada la revocación de la autorización para circular y no antes de ese hecho, dado que exige que la cosa sea usada contra la voluntad expresa o tácita del propietario, extremo que no se configura si el adquirente cuenta con autorización para circular con el rodado [...]”.*

“Consecuentemente, para que se produzca la exoneración de la responsabilidad del propietario enajenante deben cumplirse dos condiciones: una, que la comunicación de haber efectuado la tradición se realice con anterioridad al evento dañoso; y la otra, que también antes de ese hecho se haya operado la



revocación de la autorización para circular, para lo cual debe haber transcurrido el plazo fijado en el art. 15, es decir, el plazo de 10 días computado desde la celebración del acto”.

“De tal manera, en los casos en que la comunicación registral se efectúe antes del vencimiento del plazo del art. 15 (v. gr., cuando la comunicación de venta se realiza al día siguiente de haber efectuado la tradición del rodado) y hasta que dicho vencimiento se produzca, el titular registral continuará siendo responsable por los daños que pueden producirse con el automotor enajenado.”

“En definitiva, la única posibilidad del propietario de quedar al margen de toda cuestión de responsabilidad, es hacer la tradición del automotor en forma simultánea con la inscripción registral de la transferencia, ya que, como dijimos, aun cuando realice la denuncia de venta el mismo día que entregó el automotor, continuará siendo responsable por un lapso de 10 días”, (Prósperi, Fernando F., Régimen legal de automotores, pág. 419/421, Edic. La Rocca, Buenos Aires 1997).

Incluso, de adoptar una posición distinta como la desarrollada por Luís Mosset de Espanés la exención tampoco operaría porque la venta no fue seguida de la inscripción dentro de los diez días y de la denuncia del siniestro no surge que el vehículo se estuviera utilizando contra la voluntad del titular. Sostiene el autor que: “La exención de responsabilidad del propietario basada en el “hecho de un tercero por quien no debe responder” solamente puede funcionar si ha existido venta, seguida de inscripción durante los diez días que fija la ley, y el accidente se produce en ese lapso.”

“Vencidos los diez días sin que el adquirente inscriba el dominio a su nombre, el titular registral ya no podrá continuar amparándose en el “hecho del tercero”, genéricamente, si no prueba que está haciendo uso de la cosa “en contra de su voluntad expresa”, por aplicación del mecanismo de “denuncia” que regula el artículo 27: “...si con anterioridad al hecho que motive su responsabilidad, el transmite hubiere comunicado al registro que hizo tradición del automotor, se reputará que el adquirente o quienes de este último hubiesen recibido el uso, la tenencia o la posesión de aquél, revisten con relación al transmitente el carácter de terceros por quienes él no debe responder, y que el automotor fue usado en contra de su voluntad. La comunicación prevista en este artículo, operará la revocación de la autorización para circular con el automotor, si el titular la hubiese otorgado, una vez transcurrido el término fijado en el artículo 15 sin que la inscripción se hubiere peñonado, e importará su pedido de secuestro, si en un plazo de treinta (30) días el adquirente no iniciare su tramitación”.

Estamos aquí frente a la segunda causal de exención, “uso contra la voluntad”, que opera desde el momento de la “comunicación de entrega”, que puede efectuarse a partir de los diez días de la venta, si el adquirente no la ha hecho inscribir, y que entraña una manifestación de voluntad “contraria al uso del vehículo”, (Moisset de Espanés, Luís, Responsabilidad del titular registral, Revista de Derecho de Daños, 1998 – I. Accidentes – I, RC D 942/2012).

En consecuencia, entiendo que corresponde hacer lugar al agravio de los actores, modificar la sentencia recurrida en este aspecto y condenar al codemandado titular registral del vehículo.

2. Luego, en relación con los agravios de la aseguradora citada en garantía, entiendo que no resultan procedentes.

Así, respecto al primero, referido a la queja por el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva fundada en el incumplimiento del asegurado con las condiciones de la cobertura fijadas en la póliza de *auto-scoring*, la recurrente alega que la *A-quo* se excedió en sus atribuciones al rechazar su defensa porque entendió que no estaba acreditado que se hubiera tomado en consideración al establecer el precio del seguro la condición de conductor habitual.

Sin embargo, entiendo que no es así porque se trata del análisis de un presupuesto de hecho de su defensa. Es que, al plantear la cuestión la recurrente sostuvo que bajo esta modalidad se consideraban tres circunstancias para delimitar el riesgo y por lo tanto el precio de cotización del seguro, entre ellas las características personales del conductor del rodado (fs. 81 vta. y 82; fs. 133 vta. y 134 autos “Castro”), entonces ante la negativa de las contrarias la *A-quo* debía analizar si se encontraba probado (art. 377 del C.P.C. y C.) y, como se sostuvo en el fallo, ello no se acreditó (incluso en esta etapa la recurrente no hace ninguna mención respecto a la prueba).

En cuanto a la queja por el límite de la cobertura de \$ 30.000, atento a la solución propiciada en el punto anterior (II-I) deviene improcedente.

Luego, en punto al segundo agravio referido al rechazo de la exclusión de cobertura porque el demandado Hermosilla Soto conducía a excesiva velocidad y en estado de embriaguez, tampoco resulta procedente.

La recurrente sostiene en la apelación que el rechazo de cobertura no fue extemporáneo porque de la pericia contable surge que envió cartas de rechazo en fecha 01/10/08 (fs. 537) donde informaba de la exclusión porque el vehículo no era conducido por el conductor habitual y otra de fecha 9/10/08 (fs. 538) informando la ampliación del rechazo porque el vehículo era conducido por una persona en estado de ebriedad y con exceso de velocidad, dice que por carta del 3/12/08 ratificó las anteriores.

Empero, no rebate el fundamento de la *A-quo* respecto a que la declinación de cobertura deviene extemporánea, en los términos del art. 56 de la ley 17.418, porque se produce por carta documento agregada a fs. 638/639 y recibida por el asegurado el 30/12/08.

Ello, debido a que la carta documento que menciona la recurrente, de fecha 09/10/08, no fue acompañada al momento de contestar la demanda en ninguno de los dos expedientes, solamente se encuentra una copia simple a fs. 538 que no fue incorporada como prueba documental sino que fue acompañada por el perito contador al presentar su informe. Tampoco se encuentra en el informe de OCA agregado a fs. 482, donde sí se informa sobre las otras cartas documento.



Además, lo sostenido en la expresión de agravios (respecto a que por carta de fecha 9/10/08 comunicó la ampliación del rechazo porque el vehículo era conducido por una persona en estado de ebriedad y con exceso de velocidad) difiere de lo que sostuvo al contestar la demanda, donde expresó que tomó conocimiento de esas causales el 3/12/08 al acceder al expediente penal y que comunicó la exclusión por carta documento que fue recibida el 30/12/08 "[...] o sea dentro del plazo de 30 días de haber tomado conocimiento de la existencia de estas dos nuevas causales de exclusión", (fs. 83 y fs. 135 de autos "Castro").

A mayor abundamiento, cabe considerar que: "[...] tratándose el seguro de un contrato por adhesión a condiciones generales, su contenido se halla igualmente disciplinado por la LDC (arts. 38, 39). (Conf. María Fabiana Compiani, "El Contrato de Seguro y la protección del Consumidor", en la La Ley de Defensa del consumidor comentada y anotada, Directores Picasso, Vazquez Ferreyra, T. II, pág. 432/438)."

"El contrato de seguro constituye un contrato de consumo cuando se celebra a título oneroso, entre un consumidor final y una persona jurídica, que actuando profesionalmente, se obliga mediante el pago de una prima, a prestar un servicio cual es la asunción del riesgo previsto en la cobertura asegurativa: el resarcimiento del daño o el cumplimiento de la prestación convenida."

"Es obvio que la aseguradora, por su carácter de profesional, debió haber advertido al asegurado no titular del vehículo, que adhirió al contrato de cláusulas predisuestas [...]", (SCMendoza, Sala I, causa N° 102.327, caratulada: "SEGUROMETAL COOP. DE SEGUROS LTDA. EN J° 133.811/32.854 CASTRO PEDRO RAMON C/ SEGU-ROMETAL C.S.L. P/ D. Y P. (CON EXCEP. CONTR. ALQ.) S/ INCONST.").

Y además que: "[...] "en principio", "si el asegurador, teniendo en su poder la información necesaria y la posibilidad de verificar el siniestro y la 'extensión de la prestación a su cargo' no lo hace y deja transcurrir el plazo que le impone el art. 56 de la ley 17.418, debe soportar las consecuencias que la última parte de esta norma le impone" (CNCom., sala B, 18/12/1986, Badell, Jacinto. c. Unión de Comerciantes Cía. de Seguros, LA LEY, 1989-A, 49 y JA, 1987-III-107. Aclaro, sin embargo, que en el caso se trataba de un supuesto de caducidad -falta de pago de las primas- y no de exclusión del riesgo) [...]"

"En efecto, el seguro es un contrato de adhesión, el poder negociador del asegurado está tremendamente restringido; consecuentemente, no puede afirmarse:

- que el asegurado sabía que estos riesgos estaban excluidos.

- que la admisibilidad del silencio producirá un desequilibrio en la técnica económica de la contratación. El argumento de que la admisibilidad del silencio implicaría un enriquecimiento sin causa no es decisivo; con el mismo criterio podría afirmarse que hay enriquecimiento de la aseguradora si, no obstante haber recibido las primas, no soporta el siniestro porque el asegurado no lo denunció en término legal o convencionalmente previsto [...]", (SCMendoza, Sala I, 21/12/1995, "Triunfo Coop. de Seguros Ltda. c. Intraguillermo, Víctor", LA LEY 1996-D, 182 - DJ1996-1, 872, AR/JUR/3412/1995).

En relación con el tercer agravio formulado por la aseguradora, el mismo no contiene una crítica y razonada conforme, por cuanto se queja genéricamente respecto de los montos indemnizatorios sin considerar cada actor ni cada rubro en particular, como tampoco los fundamentos que sustenten su posición ni los aspectos analizados en la sentencia, lo que sólo refleja una disconformidad con lo decidido pero no cumple la carga establecida en el art. 265 del C.P.C. y C., (cfr. "PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ ARETOLA MABEL BLANCA S/ APREMIO, EXP N° 463034/12, entre otros).

3. En relación con los agravios de las partes actoras referidos al rechazo de la indemnización por pérdida de la chance de los padres (fs. 465/469 autos "Jaque" y fs. 776 vta./780 autos "Castro"), para su análisis cabe partir de los fundamentos desarrollados por el Doctor Galdós, en cuanto sostuvo que: "Existe coincidencia en la doctrina y jurisprudencia que el daño patrimonial en examen es el daño cierto consistente en la pérdida de chance de ayuda futura de los padres de que en la vejez serán asistidos económica y espiritualmente por sus hijos, en caso de necesidad. Esta Sala resolvió reiteradamente que "cuando se trata de la muerte de los hijos, especialmente menores o incapaces, o solteros y sin descendencia se presume a favor de los padres la existencia de un daño material, cierto y actual, que consiste en la pérdida de una chance. Esta consiste en la razonable expectativa y probabilidad de que de vivir el hijo en la ancianidad de sus padres o en su estado de necesidad, éste contribuiría a su asistencia material y moral, perjuicio cierto y no meramente hipotético" (esta Sala, causa n° 39345, 11/8/98, "Saloiña", causa n° 39541, 8/9/98, "Luján" y causa N° 47221 17/12/04 "Giacoboni"). De modo que el daño resarcible es la pérdida misma de la chance (arts. 1066, 1067, 1079, 1083, 1084, 1085 y concs. Cód.Civ.), ya que "cuando muere un menor los padres ven tronchada una esperanza económica" (Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", T.2b, pág. 242; esta Sala, causa n° 37517, 7/4/97, "Cabrera de Quin"). Y la chance es la probabilidad objetiva y cierta -y no la mera posibilidad- de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, a condición de que esa probabilidad -que no es certeza- sea "suficiente", como se ha señalado en forma reiterada. La probabilidad debe superar el terreno de la conjetura o hipótesis y el requisito de la certidumbre del daño -actual o futuro- se configura en base al acontecer regular de los hechos -el llamado "principio de regularidad"- es decir lo que sucede "según el curso natural y ordinario de las cosas", como lo expresó Vélez Sarsfield en el art. 901 del Código Civil. (sobre el tema ver: Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible" p.97; S.C.B.A., Ac.6957, 29/6/65 "Minutta", voto de la mayoría, A. y S., 1965-II- 324, L.L., 119-394; Cazeaux, Néstor P., "Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance" en "Temas de responsabilidad civil". En Homenaje a Augusto M. Morello, p. 28; Piaggio, Anibal N., "Azar y certeza en el derecho de daños", E.D., 152-812 (cap.IV); Iribarne, Héctor P., "De los daños a las personas", p.128; esta Sala, causas N° 42469, 26/6/2001, "Cerdeiro"; N°51084, 06/11/2007 "E.R.D. c/E.R.D. s/ Ds. y Pjs." E.D.228-417). Se añadió en ese precedente que es inherente a la condición humana, y por ende marcadamente probable, que el hijo asista



económicamente a sus padres, no sólo en sus necesidades materiales futuras de la vejez, sino también en el cuidado personal que también tiene contenido económico. Se conectan e interrelacionan la sobrevivencia del hijo a los padres, la necesidad de ayuda de los progenitores, la posibilidad del hijo de prestarla y su concreción efectiva, lo que se encuentra comprendido en lo que puede rotularse como "standard de buen hijo" (arts. 901 y 906 Cód. Civ. y 384 C.P.C.). "Lo reparable no es el beneficio esperado sino la probabilidad perdida" (Mayo Jorge A. "La pérdida de 'chance' como daño resarcible" LL.1989-B-106) que, en el fondo, trasunta un criterio cuantitativo y no cualitativo de ponderación (conf. "in extenso" Piaggio Anibal "Azar y certeza en el derecho de daños" cit. E.D.152 815; causas N°48.073, 1215/2005 "Zarza"; 4 2.976, 6/9/2001 "Testa"). En síntesis, es suficiente la probabilidad objetiva de asistencia material futura" (esta Sala causa cit. N° 51084 "E.R.D."; causa N° 55340, 13/03/12 "P.,C. y otros c/ A., A.R."; R.C.y S.2012-V, 181 con nota de Edgardo López Herrera "Sobre la responsabilidad civil del autor de homicidio en estado de emoción violenta"; LL.B.A. 2012 pág. 401 con nota de Marcos Ernesto Giles "Acerca del resarcimiento por pérdida de chance de ayuda económica futura por la muerte de un hijo") [...]; (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul Buenos Aires Sala II, 27/03/2013, P. N. y otros vs. Z. S. s. Daños y perjuicios, RC J 15024/13).

Estas consideraciones resultan aplicables a estos autos. Sin embargo, también corresponde señalar que no se realizó una suficiente actividad probatoria tendiente a fortalecer la presunción de la probabilidad de asistencia futura para los actores por parte de los hijos (arts. 377 y 386 del C.P.C. y C.), es que "No se acreditó ni el ingreso de los hijos ni la situación patrimonial actual de los actores que permitiera, mediante un "pronóstico póstumo" (como lo denominaba Isidoro Goldenberg) apreciar en perspectiva la entidad de esa frustración de apoyo material y espiritual", (RC J 15024/13).

Empero se pueden extraer distintos indicios de las causas, como que Sonia Belen Araya tenía 19 años al momento del accidente, su padre 44 y su madre 45; Franco Castro 16, su madre 42 y su padre 43 (fs. 67 vta.); de lo que se infiere la juventud de los hijos para -en la plenitud de su vida- afectar ingresos a la atención de sus progenitores.

En autos "Jaque", del informe de fs. 295 surge que la Sra. Haydee Araya se ocupa de trabajos domésticos y el Sr. José Miguel Araya de changarín; las declaraciones de Chort (fs. 370), García (fs. 372), Lacaste (fs. 374) y Corvalan (fs. 376), refieren a que Belen vivía con sus padres, colaboraba con ellos y no tenía hermanos, que había terminado el secundario, estudiaba inglés y daba clases de idioma; a fs. 384 se reconoce el certificado de estudios secundarios y a fs. 402 contesta el instituto de inglés.

En el expediente "Castro", María Fernández, quien fuera profesora de Franco, destaca sus esfuerzos y las actividades que realizaba en el colegio (fs. 229); a fs. 236/239 se agrega un informe del Colegio San José Obrero respecto a su rendimiento y tareas; también destacan su actividad escolar los testigos Espinoza (fs. 257) y Manso (fs. 259). Además, de la entrevista de la perito psicóloga surge que el Sr. Castro se encuentra desempleado de Indalo y que la Sra. Villegas es ama de casa.

A partir de las características de cada grupo familiar, la edad de los hijos fallecidos (19 y 16 años), la de los progenitores (44 y 45; 42 y 43) la fecha del hecho; así como la ausencia de prueba certera sobre los ingresos probables de los hijos y de la situación socio económica de los padres (arts. 377 y 386 del C.P.C. y C.), corresponde tener en cuenta otros antecedentes de esta Alzada, como "ALVAREZ ALEJANDRA EDITH C/ PIUTRIN LUIS ADOLFO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", (EXP N° 277560/2), de la Sala III de fecha 17/10/2006 (donde la víctima contaba con 17 años de edad, cursaba tercer año de la escuela secundaria técnica, trabajaba y tenía buenas relaciones socio-familiares, se otorgó una indemnización por \$ 40.000), resulta ajustado al parámetro de la reparación plena fijar para cada uno de los actores y por el fallecimiento de cada hijo: para Haydee Jaque Ortega y José Miguel Araya la suma de \$ 60.000, para cada uno de ellos; y para Alejandro César Castro y Victoria Griselda Villegas la suma de \$ 50.000, para cada uno de ellos; en concepto de pérdida de la chance (arts. 1066, 1068, 1083, 1084 y 1085 Código Civil), con más los intereses determinados en la sentencia de grado para los restantes rubros. Al respecto, cabe considerar que "Los montos otorgados, y -pese a que cuantificar la vida humana es "una materia indócil por su naturaleza"- (art. 1083 Cód. Civ.; arts. 163 inc. 5 y 384 C.P.C.) se ajustan al principio de la reparación plena o completa del daño, en base a los parámetros objetivos ya señalados y acudiendo a pautas de prudencia y experiencia, conforme lo que sucede de ordinario y según el curso natural de las cosas [...]", (RC J 15024/13).

A mayor abundamiento, resulta útil mencionar como argumento a favor del razonamiento anterior, que el Proyecto 2012 de Código Civil y Comercial propicia que la reparación del daño debe ser plena (art. 1740) en el sentido de que debe lograrse su satisfacción en la mayor medida posible (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, VI - Libro tercero: Derechos Personales, Título V - Otras fuentes de las obligaciones, Capítulo I - Responsabilidad civil, I. Sistema y funciones).

4. En punto a los agravios referidos al daño psicológico cabe partir de considerar que el Tribunal Superior de Justicia ha sostenido que: "[...] vale señalar que este Cuerpo, en anterior composición, ha hecho referencia a la ausencia de uniformidad doctrinaria y jurisprudencial en torno al tratamiento a acordar al daño psicológico o psiquiátrico (cfr. causa "Palacios", Ac. 772/01)."

"Se postularon allí dos posiciones: una primera visión que otorga al "daño psiquiátrico y/o psicológico" una entidad autónoma a los fines reparatorios, aprehendiéndolo entonces como "una categoría de daño que se configura mediante la perturbación profunda del desequilibrio emocional de la víctima, que guarda adecuado nexo causal con el hecho dañoso, que entraña una significativa descompensación que altera su integración en el medio social" y, para una segunda postura -opuesta a esta multiplicidad-, debe ser subsumido en las categorías de daño material o moral, afirmando que no se trata de rubros



resarcibles independientemente, sino de que el daño psíquico va a ser un factor de intensificación del daño moral o material –según los casos-, que incrementará el resarcimiento.”

“Expone Kemelmajer de Carlucci: “...Se ha señalado, que aún cuando sea aceptable el distingo intelectual entre el daño psicológico y el daño moral, y pese a que la salud consista en una situación de equilibrio psicofísico del individuo, cuya afectación puede ocurrir desde uno u otro ángulo, en el plano concreto de los daños resarcibles, aceptar el reclamo por el daño psicológico sería computar los nuevos aspectos ya tenidos en cuenta para indemnizar el daño moral, duplicando las consecuencias económicas del caso juzgado, ello en detrimento del valor justicia” (cfr. “Breves reflexiones sobre la prueba del llamado daño psíquico. Experiencia jurisprudencial.” Revista de Derecho de Daños, Nro. 4, pág. 131 y ss).”

“Luego, más allá de la postura que se adopte, y aún cuando se adhiera a la última posición, ello no determina que estas lesiones (si existen) no deban ser indemnizadas, sino que deben ser valoradas y calculadas dentro del daño moral (o material, según el caso)”.

“En el precedente citado, se analizó la procedencia del rubro en cuestión unitariamente con el daño moral, sin mengua de tomar en consideración a ese fin, los daños a la integridad psicofísica del demandante.”

“Y más recientemente, este Tribunal adhirió a la postura acuñada por la Corte Federal en cuanto: “Corresponde rechazar el reclamo por daño psicológico si no se demostró que la afección psíquica denunciada asuma un carácter patológico perdurable que proyecte sus efectos sobre la entera personalidad del sujeto...” -Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Juan Carlos Maqueda- -fallos 328:2546- (cfr. Ac. 27/10, Secretaría Civil) [...]”; “SAN MARTIN ROSA DEL CARMEN C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Exp. N° 2556/08, Ac. N° 76/12 de la Secretaría de Demandas Originarias

Entonces, conforme las pautas expuestas y los elementos de prueba agregados en las causas, considero que corresponde rechazar el agravio contra la sentencia porque no se indemnizó el daño psicológico como pretensión autónoma.

Es que, en autos “Jaque” los recurrentes sostienen que se probó que el daño excede el moral, que se proyecta como una enfermedad, es decir como un cuadro patológico crónico que produce una incapacidad psicológica del 60% (fs. 767). Sin embargo, entiendo que la pericia psicológica no resulta suficiente para determinar la capacidad señalada porque se sustenta únicamente en la anamnesis, entrevista y psicodiagnóstico de Rorschach (fs. 295) para determinar una capacidad perdida del 60% (fs. 298), sin abundar respecto a los elementos que permitan corroborar esa determinación, como tampoco consta si se realizó una o varias entrevistas y sus características, ni la producción de otros test o pruebas, o las razones de que no fuera necesario. Además, respecto a la cronicidad, la perito remite a un punto donde señala el tratamiento y su duración (fs. 298), y luego, al responder sobre si la afección afectó irreparablemente el proyecto de vida de los actores estima de una forma ambigua que “[...] se trata de una afección irreparable pero sí posible de ser paliada [...]” (fs. 299).

Estas conclusiones, más allá de las observaciones formuladas, también fueron objetadas por la demandada (pedido de aclaraciones de fs. 328 y vta., y de fs. 332/334), que motivó las aclaraciones de fs. 354/355 y 357/360, sin aportar más datos que los ya contenidos en la pericia.

Lo mismo aconteció en autos “Castro”, donde el informe se apoya únicamente en la anamnesis, entrevista y psicodiagnóstico de Rorschach (fs. 276), solo respecto a la pregunta formulada en el punto a) y d) se refiere individualmente a los actores, no así en los restantes, se indican distintos grados de incapacidad (del 45% para la madre, 35% para el padre, 10% para los hermanos Vanina y Luciano, 20% para Jeremías y 0,5% para Agustín) sin exponer un fundamento; informa de tratamientos rehabilitantes y no se refiere a la cronicidad y permanencia de la afección (fs. 279); así en este caso tampoco se abunda respecto a los elementos que permitan corroborar esa determinación, ni consta si se realizó una o varias entrevistas y sus características, respecto al punto que se solicita una batería de test que considere necesarios la perito se limita a decir que ya fue respondido, no analiza la integración del grupo familiar ni menciona quienes convivían con el menor Franco.

También estas conclusiones fueron objetadas por las contrarias a fs. 283/286 vta. y 295/296 vta., produciéndose las aclaraciones de fs. 299/301 y 303/305 que tampoco aportan más datos a los anteriores, a su vez la respuesta fue nuevamente criticada por la aseguradora a fs. 307/308 vta.

Al respecto, cabe considerar que la pericia médica puede considerarse científicamente fundada si el especialista explicó en forma clara cuáles son las distintas secuelas que dejó el hecho, así como el método utilizado para verificarlas y para graduar la minusvalía que ocasionan, todo lo cual evidencia que su opinión está basada en razones objetivas y científicamente comprobables (cfr. CNTrab., Sala IV, “Jaime, Amilcar Emanuel c. Cotecsud S.A.S.E. y otros s/ accidente - acción civil”, 28/02/2013, AR/JUR/4702/2013)

Entonces, tal como se adelantó, las conclusiones periciales no resultan suficientes para considerar la queja respecto a la pretensión autónoma de daño psicológico, sino que, como sostuvo la A-quo a fs. 715, puede ser comprendido en los restantes rubros, conforme el precedente del T.S.J. citado.

5. En relación con el agravio de los actores por el rechazo del planteo de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, en cuanto niega la legitimación de los hermanos para reclamar la reparación del daño moral por el deceso del menor Franco, entiendo que la queja es procedente. En primer lugar, es conveniente señalar que se acepta el concepto de daño moral con amplitud “[...] daño al considerar que se trata de un perjuicio que no queda reducido al clásico *pretium doloris* (sufrimiento, dolor, desesperanza, aflicción, etc.) sino que, además, apunta a toda lesión e intereses (jurídicos) del espíritu cuyo trasunto sean unas alteraciones desfavorables en las capacidades del individuo de sentir *lato sensu*, de querer y de entender



(Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general", en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Rubinzal Culzoni, N° 1, págs. 237/259)."

"El daño moral importa una minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, o con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, lo que se traduce en un modo de estar diferente de aquél en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial (Pizarro, Ramón D., Vallespinos, Carlos, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Hammurabi, t. 2, pág. 641; ver mis votos in re "De Ferrari, Horacio c/ Gauna, Adrián s/ Ds. y Ps.", Expte. N° 13.880/2.008; idem, "Luciani, Nelly c/ Herszague, León y otros c/ Ds. y Ps.", Expte. N° 21.920/2006, del 13/8/2010; "Peralta, Daniel Oscar c/ Transportes Metropolitanos General San Martín y otro s/ Ds. y Ps.", Expte. N° 33.299/2005, del 10/5/2010; "Burcez, Elizabeth Graciela c/ Aguas Argentinas S.A s/ Ds. y Ps.", Expte. N° 115.335/2005, del 22/4/2010, entre muchos otros)."

"Asimismo, recuerdo que en materia de daño moral también rige el "principio de la reparación plena", puesto que se trata de un noción que constituye simplemente un capítulo más dentro del amplio espectro de los llamados "daños injustamente sufridos" que deben ser resarcidos (ver el interesante análisis que sobre este tópico practican Pizarro y Vallespinos en su obra citada, págs. 188/209 [...]), (CNCiv., Sala I, 12/04/2012, "Soria, María Ester y otros c. Gatti, Santiago Tomás y otros s/ Daños y Perjuicios", RCyS 2012-XII, 91, con nota de Graciela B. Ritto; Sabrina M. Berger; AR/JUR/14044/2012).

En autos "Castro" de la pericia psicológica de fs. 273/289 entiendo que surgen acreditadas las alteraciones en los individuos, y si bien se entendió que esta prueba no alcanza para sostener la autonomía del daño psicológico reclamado, corresponde su consideración a los fines de la determinación del daño moral.

Además, debe considerarse que a fs. 6/9 se agregan copias de los actas de nacimiento de Agustín Ezequiel, Luciano César, Facundo Geremías y Vanina Estefanía.

Ezequiel tenía cinco años y Facundo diecinueve al momento del accidente (cumplió años dos días antes del hecho), de las testimoniales de fs. 229, 257 y 259 surge que se encontraba cursando el colegio secundario, al igual que Franco, los cual constituyen indicios que permiten presumir que convivían junto con sus padres, lo que sumado al contenido del informe pericial permite tener por cierta la afección causada por la pérdida del hermano. Es necesario señalar esto porque no se ha producido prueba respecto a si los hermanos mayores convivían con su hermano Franco, es que Luciano tenía veinticinco años al momento del accidente y Vanina veintitrés, los testigos no se expiden sobre este punto, la perito psicóloga tampoco e incluso informa que Vanina es empleada, soltera y Luciano es empleado, casado y con dos hijos (fs. 275).

Entonces, a partir de la demostración de un perjuicio cierto y la relación causal adecuada con el hecho lesivo, como acontece respecto a los hermanos que convivían con Franco, entiendo que resulta trasladable al presente la doctrina de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en cuanto recientemente sostuvo: "[...] ingresando en el análisis acerca de la constitucionalidad del precepto normativo en cuestión, cabe sostener que el art. 1078 del Código Civil en cuanto limita la legitimación para reclamar el daño moral a los damnificados directos, resulta inconstitucional al vedar legitimación para obtener la reparación del daño moral de aquellos damnificados indirectos (como los hijos menores dependientes de quien padece una incapacidad parcial y permanente producto de una mala praxis médica; fs. 1529/1531)."

"Así, tal como sostuvo el doctor Roncoroni en el precedente C. 85.129, sent. del 16-V-2007, dominando este escenario en donde se enseña el inmenso dolor espiritual de los familiares, se encuentra el art. 1078 del Código Civil, norma que en su último párrafo adoptó un sistema cerrado de legitimados activos habilitados para reclamar la reparación del agravio moral. Acorde con dicho precepto, solamente el damnificado directo tiene acción para reclamar la indemnización de dicho daño. Si la víctima sobrevive a las lesiones sufridas, por más real, intenso y profundo que fuere el sufrimiento espiritual sufrido por otras personas, como en este caso la hija (que era menor al tiempo de los hechos), carecen de legitimación por ser ellos damnificados indirectos. Dicho en otros términos, si el señor M. hubiera fallecido como consecuencia de la infección hospitalaria padecida, sus hijos hubieran podido reclamar la reparación del agravio moral que la pérdida del padre hubiera producido."

"Ninguna de las excepciones al cerrojo que impone la norma jurídica permite superar el escollo que advertimos. La primera, porque se refiere al supuesto de la muerte de la víctima inmediata, caso en el que quedan legitimados para accionar iure proprio por el daño moral sus herederos forzosos (art. 1078). El segundo, porque se refiere al supuesto concreto de injurias contra familiares (art. 1080)."

"Así, dos normas, ambas del Código Civil, resuelven con distinto criterio la situación de los damnificados indirectos. El art. 1078, consagrando, en la esfera del daño moral, que los únicos que pueden reclamar su resarcimiento son los perjudicados directos. El art. 1079, esta vez en el ámbito del daño patrimonial, tematizando la legitimación de los damnificados indirectos. Bien señalan Bueres y Highton ("Código Civil", Hammurabi, Buenos Aires, 1ª edición, tomo III-A, pág. 180, n° 9 y nota n° 30 de la pág. 181) que esta disparidad de tratamiento implica una desigualdad ante la ley y que por ello no debería superar con éxito el control de constitucionalidad (art. 16, Const. nacional; en el mismo sentido, Ghersi, Carlos A., "Daño moral y psicológico", Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 140)."

"Se trata en efecto de un caso de incompatibilidad material entre la norma inferior y la norma superior (art. 31, Constitución citada), al establecer la primera una diferenciación para la categoría de damnificados indirectos que no es razonable, pues si el daño es moral carecen ellos de la legitimación que



sí se les concede cuando el daño sufrido es patrimonial (arts. 1078 y 1079, Cód. Civil). La ley, tal como lo ha expresado la Corte Suprema, debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias (conf. C.S.J.N., Fallos: 16:118; id. 200:424; id. 1198:112; id. 312:826; id. 200:428; conf. Quiroga Lavié, FE. y otros, "Derecho Constitucional Argentino", Rubinzal Culzoni, 1ª edición, Buenos Aires, tomo I, pág. 376; Gelli, M. A., "Constitución de la Nación Argentina", LLBA 2003, pág. 136; González, J. V., "Manual de la Constitución Argentina", LLBA 2001, pág. 70), resultando arbitrario el criterio empleado al radicarse en la necesidad de evitar la proliferación de acciones que pudieran proponerse, como si ello pudiera ocurrir sólo cuando el daño es moral."

"El principal argumento utilizado para defender la norma en cuestión no tiene entidad de cara al reclamo axiológico que el conflicto mismo exige. Por otra parte, el criterio propuesto en modo alguno habrá de constituirse en un portalón que facilite la cascada de reclamos indemnizatorios de damnificados indirectos. La existencia de un daño cierto, la relación causal adecuada y las circunstancias de cada caso resultan suficientes para poner coto al desmadre que se quiere evitar desconociendo legitimación activa en casos como el que nos ocupa y que se nos presenta como un supuesto de especial gravedad que no puede ser resuelto sin más bajo el principio restrictivo indicado (conf. Pizarro, Ramón D., "Daño moral", Hammurabi, Buenos Aires, 1996, págs. 212-213). Así, si los perjudicados indirectos poseen acción en la esfera patrimonial, pero la misma no puede alcanzar la reparación de los agravios morales que pudieran padecer (arts. 1078 y 1079, Cód. Civil), las razones esgrimidas para dicha distinción carecen de la razonabilidad suficiente que justifique el tratamiento normativo diverso."

"Es descalificable la solución que preconiza el art. 1078 del Código Civil atento a su irrazonabilidad, lo que conforma violación de lo dispuesto en el art. 28 de la Constitución nacional. El art. 14 de la Carta Magna dispone que los habitantes gozan de sus derechos "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio" y el art. 28 establece: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

"Citaba el doctor de Lázari en sus fundamentos concurrentes en el mencionado precedente (C. 85.129, sent. del 16-V-2007), que debía entenderse por razonabilidad de las leyes la relación según la cual deben conformar medios aptos para el cumplimiento de los fines estipulados por la Constitución. Si carecen de aptitud para lograr el fin que se propuso esta última, pueden ser descalificadas por carentes de razonabilidad. Los medios adoptados han de ser rectamente apropiados en todas las circunstancias. La reglamentación legislativa no debe ser infundada o arbitraria sino justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido. Lo razonable en sentido jurídico político supone equilibrio, moderación, armonía. Lo razonable, en fin, quiere decir lo axiológicamente válido según las circunstancias del caso, lo oportuno, lo conveniente en función de todos los valores (conf. Linares Quintana, "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", ed. Alfa, t. III, pág. 355 y sigtes.).

"La impugnación de inconstitucionalidad de las leyes reglamentarias de derechos individuales impone la consideración de su razonabilidad por cuanto, si fueran ellas arbitrarias, alterarían los derechos referidos por vía de reglamentación, en los términos del artículo 28 de la Constitución nacional" (Fallos: 249:252)."

"Luego, en todo caso serán los jueces quienes sabrán apreciar y afrontar ese posible desborde litigioso, constatando rigurosamente la reunión de los presupuestos necesarios para la admisión de la responsabilidad y ejercitando activamente sus atribuciones para marginar abusos (art. 1071, Cód. Civil), o en su caso morigerar equitativamente las indemnizaciones en consideración a la situación patrimonial del deudor (art. 1069, 2º párrafo, Cód. Civil)."

"Por otro lado, la norma del art. 1078 del Código de fondo también se opone al principio establecido en el art. 19 de la Carta Magna, por el que se prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, el alterum non laedere. Ese arraigo constitucional ha sido reconocido por la Corte Suprema de la Nación (Fallos: 308:1118, 1144, 1109; ED, 120-649). La violación de este principio naturalmente depara como consecuencia una reparación, que debe ser plena o integral, vale decir justa, porque no sería acabada indemnización si el daño quedara subsistente en todo o en parte (Fallos: 283:213, 223)."

"En consecuencia, por lo sostenido hasta aquí, juzgo que el art. 1078 del Código Civil es inconstitucional al confrontar materialmente con los arts. 16, 19 y 28 de la Constitución nacional, portando una iniquidad ostensible, irrazonable y atentatoria del derecho de propiedad de la víctima [...]", (SCBA, Ac. 2078 del 02/05/2013, en la causa C. 102.284, "M. , E. y otros contra Hospital Municipal Vicente López y otros. Daños y perjuicios"). Entiendo que estos fundamentos resultan aplicables al presente caso.

Puntualmente respecto a la inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód. Civil al establecer la limitación de los hermanos para reclamar por el daño moral se expidió el 12/04/2012, la Sala J de la Cámara Nacional Civil en autos "Soria, María Ester y otros c. Gatti, Santiago Tomás y otros s/ Daños y Perjuicios", (RCyS 2012-XII, 91, con nota de Graciela B. Ritto; Sabrina M. Berger; AR/JUR/14044/2012).

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sostuvo una posición distinta en autos "Blasco de Arias y otra c. Corso, Manuel y otros", 20/11/2006, (DJ2007-I, 214 - LLGran Cuyo2007 (febrero), 47 - LLGran Cuyo 2007 (mayo), 409, con nota de Horacio Cuervo; AR/JUR/7421/2006), aunque para ello la Doctora Kemelmajer de Carlucci señaló que no se encontraba planteada la inconstitucionalidad del art. 1078 del C.C. y que "[...] no existe prueba pericial ni de otro tipo que acredite daño a la integridad psicofísica de los hermanos. Los actores se han limitado a señalar que éste es un daño in re ipsa y que no debe victimizarse a los niños sometiéndolos a pericias psicológicas", por lo que difiere del presente.



Por otro lado, el Tribunal Superior de Justicia se pronunció respecto a la inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód. Civil en relación con la legitimación de la concubina del fallecido en autos “VAZQUEZ NINFA ROSA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTRO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Exp. N° 1344/04, Ac. N° 66/12, del 22/08/2012.

Además, respecto a la constitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil, Galdós expresa que: “Con relación al caso de los hermanos, participo de la tesis que sostiene, por principio, la constitucionalidad del art. 1078 Cód. Civ. Así: la regla general y abstracta que no admite la legitimación activa de los hermanos como damnificados indirectos no es incompatible con la Constitución Nacional; y la regla especial que podría, en casos particulares, determinar en concreto su inconstitucionalidad requiere de un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso que deberá tener especialmente en cuenta diversos parámetros. Así, y entre otros: la edad y relaciones afectivas de los hermanos; su convivencia; la existencia o no de otros hermanos; los especiales vínculos de unión, el rol económico del hermano de acuerdo con la estructura y situación económica de la familia; la dependencia de hermanos enfermos o discapacitados; la dependencia de hermanas solteras o viudas; la dependencia recíproca de hermanos adultos o ancianos, en general solteros o carentes de autonomía familiar materializada con convivencia y conjunción de recursos propios. En definitiva, el caso de los hermanos requiere el particular esfuerzo de alegación y prueba de la existencia del daño como presupuesto previo para conferirles legitimación”.

Por su parte, Messina de Estrella Gutiérrez sostiene que: “Los mismos argumentos se utilizaron sobre la procedencia del resarcimiento del daño moral infligido a los hermanos de la víctima, donde se dijo: “...así como el reconocimiento del daño moral sufrido por los padres como consecuencia de la muerte de su pequeña hija no requiere prueba específica alguna, pues ha de tenerse por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica lo mismo cabe decir con respecto a los hijos del matrimonio, quienes siendo aún pequeños han debido sobrellevar el profundo dolor que representa la pérdida de su hermana menor de un año y medio de edad, con quien convivían [...]”.

Sebastián Picasso directamente afirma que “No me cabe duda de que el art. 1078 del Código Civil, en tanto restringe la legitimación activa para reclamar la reparación del daño moral, es inconstitucional” y que “La razón que suele proporcionarse para fundar la referida restricción a la legitimación activa en materia de daño moral extracontractual estriba en evitar la existencia de una “catarata de damnificados”, constituida por familiares lejanos, amigos, socios, colegas, etc., de la víctima directa. A mi entender, el argumento es pueril y no resiste el menor análisis. En primer lugar, porque el hecho de afirmar que todo el que haya sufrido un daño extrapatrimonial debe tener derecho a reclamar su reparación no es equivalente a avalar la indemnización de daños ficticios, irrisorios, o cuya relación causal con el hecho generador es más bien difusa. No debe confundirse la cuestión de la legitimación para reclamar la reparación de un daño con otra enteramente distinta, como lo es que el perjuicio invocado debe ser cierto y no meramente hipotético o conjetural, y debe poder imputarse al hecho generador según los parámetros de la causalidad adecuada. Los reclamos superfluos o infundados no tendrían mejor suerte si, por hipótesis, la legitimación para reclamar la reparación del daño moral estuviera equiparada a la del perjuicio patrimonial, pues aun en ese caso los jueces contarían con toda esa otra serie de herramientas para cerrar el grifo de la tan temida “catarata” [...]”.

“Por último, la limitación a la legitimación activa para reclamar el daño moral que trae el art. 1078 del Código Civil tampoco es compatible con diversos tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. En particular, diversas normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran el derecho a una reparación integral del daño. Así, su art. 5 inc. 1 establece: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, y su art. 63 inc. 1 dispone que cuando hubiere violación de los derechos garantizados por la convención procede “el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. Debe subrayarse, sobre el punto, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es muy amplia al admitir la reparación del daño moral, y reconoce legitimación activa incluso a quienes sin ser ascendientes, descendientes ni cónyuges de la víctima directa han experimentado un daño moral grave, como ocurre con los hermanos. Forzoso es, entonces, coincidir con Pizarro cuando señala que la limitación que en la materia consagra el art. 1078 del Código Civil deviene hoy en muchos casos (en todos, diría yo) inconstitucional, al consagrar un tratamiento irrazonablemente distinto del que surge de las pautas supranacionales”.

Pizarro, también sostiene que se debe analizar caso por caso, al igual que Galdós, y agrega que: “Para valorar si la limitación contenida en el art. 1078 Cód. Civil, respecto de los legitimados activos, es o no ajustada a la constitución, puede resultar sumamente útil tener en cuenta la normativa vigente en el plano supranacional, particularmente los tratados sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional. El art. 63 inc. 1 de la Convención Americana sobre derechos humanos, aprobada por ley 23.054 y la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en materia de daños a la persona, son muy amplios y flexibles, especialmente en lo referido a los sucesores (ascendiente, descendiente, cónyuge) de la víctima, cuyo daño moral presume de manera *iuris tantum*. Tratándose de personas que sin alcanzar la calidad de sucesores han experimentado un daño patrimonial o espiritual grave, derivado de la muerte de otro, la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos se inclina por otorgar legitimación activa. Tal es el caso de los hermanos, a quienes permite considerarlos legitimados activamente para reclamar daño moral sin que ello obste, por cierto, a la exigencia de demostración del perjuicio por parte de aquéllos. Una cosa es la legitimación activa para accionar y otra, muy distinta, es la existencia y prueba del daño. Los criterios internacionales en esta materia no coinciden con nuestra legislación de fondo, pues el art. 1078 Cód. Civil niega legitimación activa a los hermanos [...]”, (el resaltado me pertenece), (Galdós, Jorge Mario Gil Domínguez, Andrés Grosman, Lucas S. Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela Picasso, Sebastián Pizarro, Ramón D. Saux, Edgardo I. Trigo Represas, Félix A.; Diálogos de doctrina sobre Daño Extramatrimonial, RCyS2013-IV, 5).



A partir de lo expuesto y considerando las particularidades del caso señaladas al comienzo de este punto, entiendo que corresponde hacer lugar a la apelación y declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil en cuanto limita la legitimación para reclamar por el daño moral.

“La limitación que trae dicha norma degrada el derecho a la reparación integral del daño injustamente sufrido que reviste jerarquía constitucional. La aplicación lisa y llana al caso del derecho positivo vigente conduce al extremo de desconocer el explicable dolor de quien como el padrastro (comprobado padre de crianza desde los 7 años de vida de Víctor Maximiliano) como sus hermanos también han visto zozobrar su patrimonio espiritual, con clara afectación de los valores de paz, seguridad y tranquilidad.”

“En palabras de Pizarro y Vallespinos, no estamos frente a una mera reglamentación razonable de un derecho constitucional a la reparación del daño injustamente sufrido, sino ante una grotesca conculcación de la esencia misma de dicho derecho que torna inconstitucional la solución normativa vigente (Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, t. IV, Ed. Hammurabi, p. 347; en el mismo sentido véase Zavala de González, Matilde, Tratado de daños a las personas, t. 2, Ed. Astrea, 2009, p. 442 y ss.)”, (CNCiv., Sala J, 12/04/2012, “Soria, María Ester y otros c. Gatti, Santiago Tomás y otros s/ Daños y Perjuicios”, RCyS 2012-XII, 91, con nota de Graciela B. Ritto; Sabrina M. Berger; AR/JUR/14044/2012).

En tal sentido, y como argumento a favor del razonamiento expuesto, el Proyecto 2012 de Código Civil y Comercial otorga legitimación para reclamar por la indemnización de las consecuencias no patrimoniales, en caso de muerte o discapacidad, según las circunstancias a quienes convivían con aquél recibiendo trata familiar ostensible (art. 1741) y en los fundamentos del Anteproyecto se dijo que se “[...] amplía la legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales que acogen la visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia. Por esta razón, si del hecho resulta la muerte o una gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con él recibiendo trato familiar ostensible.”

“El mismo texto recoge la opinión mayoritaria en el sentido de que esta indemnización tiene una función satisfactiva y compensatoria”, (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, VI - Libro tercero: Derechos Personales, Título V - Otras fuentes de las obligaciones, Capítulo I - Responsabilidad civil, 10. Daño resarcible).

En consecuencia, a tenor los argumentos expuestos, entiendo que los hermanos de Franco se encuentran legitimados para reclamar la reparación de la afección de esta naturaleza, que a partir de la demostración de un perjuicio cierto y la relación causal adecuada con el hecho lesivo, como acontece respecto a los hermanos que convivían con la víctima, conforme la facultad del art. 165 del C.P.C. y C., se estima prudencialmente en la suma de \$ 10.000 para cada uno, con más los intereses fijados en la sentencia de grado para los restantes rubros.

“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” (causa cit.). Con estas bases conceptuales -que son las recogidas por el art. 1741 del Proyecto 2012 del Código Civil y Comercial-, siguiendo incluso antecedentes de esta Sala que adoptó esa postura (conf. causas causa N° 51.466 “A, H.”, Causa N° 51.467 “G. de S., M.” y Causa N° 54.530 “Torres”), el resarcimiento en dinero permitirá a los actores acceder a bienes de consumo y de esparcimiento que podrán paliar (al menos) el hondo padecimiento extrapatrimonial sufrido (art. 384 CPCC y arts. 1068, 1078, 1083 y concs. Cód.Civ. [...]), (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul Buenos Aires Sala II, 27/03/2013, P. N. y otros vs. Z. S. s. Daños y perjuicios, RC J 15024/13).

5. Luego, en punto al agravio por monto otorgado en concepto de daño por el tratamiento psicológico de los progenitores, no le asiste razón al recurrente por cuanto el monto de \$ 84.000 que reclama, a fs. 776, corresponde al que en la pericia psicológica se estableció para todo el grupo familiar, fs. 279, no solo de los progenitores, y la suma determinada por la A-quo se corresponde con la cantidad de horas de tratamiento para el padre y la madre y el valor de la hora considerado, sobre el cual la parte no se agravia, por lo cual corresponde su desestimación.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por la citada en garantía a fs. 770/773; hacer lugar parcialmente a la apelación de los actores deducidas a fs. 762/769 vta., y fs. 774/780 vta., en relación con que corresponde condenar al codemandado titular registral del vehículo Sr. José Luis Bouche, estimar el rubro pérdida de la chance por el fallecimiento de cada hijo: para Haydee Jaque Ortega y José Miguel Araya la suma de \$ 60.000, para cada uno de ellos y para Alejandro César Castro y Victoria Griselda Villegas la suma de \$ 50.000, para cada uno; declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil por las particularidades del caso y estimar prudencialmente (art. 165 del C.P.C. y C.) el daño moral los hermanos convivientes de Franco Castro, Facundo y Ezequiel Castro en la suma de \$ 10.000 para cada uno; sobre los rubros que prosperan en esta etapa corresponde aplicar los intereses conforme lo determinado en la sentencia de grado. Imponer las costas de la Alzada a los demandado perdedores (art. 68 del C.P.C. y C.) y diferir la regulación de honorarios para cuando se cuente con pautas para ello.

Tal mi voto.

La Dra. CECILIA PAMPHILE dijo: Disiento parcialmente con la solución propuesta por mi colega.



I.- En primer término considero que la sentencia ha rechazado correctamente la demanda contra el codemandado Bouche, a quien no cabe achacar responsabilidad en su carácter de titular registral del vehículo, dado que con anterioridad al lamentable suceso que origina los presentes había efectuado la "denuncia de venta" ante el Registro de la Propiedad Automotor, en los términos previstos en el art. 27 del Dec/Ley. 6582/58 (conf. ley 22.977).

Sostienen los apelantes que la recta interpretación del los arts. 15 y 27 del régimen en cuestión conduce a sostener que durante los diez días posteriores a celebrado el acto de venta, el conductor contaba con autorización del titular para circular y utilizar el automotor, ergo, no puede decirse que el auto fue usado en contra de la voluntad de este último. De allí que, por derivación del principio lógico de no contradicción, a su entender, no existe posibilidad de acordar en el caso la liberación de responsabilidad civil que prevé el citado art. 27.

No comparto este razonamiento.

Sin desconocer que existen voces en doctrina que critican severamente la reforma introducida al régimen jurídico del automotor -entre los que se encuentra Pizarro, citado tanto por los actores como por mi colega preopinante-, lo cierto es que, nos guste o no, el legislador ha admitido la posibilidad de que el titular registral sea exonerado de responsabilidad civil si ha hecho tradición del automóvil con anterioridad al hecho dañoso: el medio previsto, es la llamada "denuncia de venta".

La reforma ha fijado, a partir de su vigencia, un procedimiento especial, mediante el cual el titular registral que ha enajenado su automotor puede hacer pública y oponible a terceros tal circunstancia. Esta comunicación del enajenante es el procedimiento aceptado por la ley para poner de manifiesto que los actos imputables al adquirente o a quienes de él tuvieron el uso, tenencia o posesión, resultan ajenos al titular registral, considerándose demostrada de tal forma que el adquirente es un tercero por quien no debe responder o que la cosa ha sido usada en contra de su voluntad (cfr. CNACiv, sala I, R., T. A. c. Bottindari, Fernando y otros, LL 1996-C, 612).

En igual sentido, ha dicho esta Alzada: "conforme el régimen legal vigente, el dueño del automotor es el titular registral ya que la ley 22.977 ratificó el carácter constitutivo de la inscripción. Pero, a su vez, el nuevo ordenamiento separó los problemas relativos al dominio y a la responsabilidad. Ello por cuanto quien enajenó, mientras el automotor siga figurando a su nombre sigue siendo propietario pero no responde de la obligación que el art. 1.113 del Código Civil pone sobre su cabeza por ser el dueño si ha cumplido con el trámite previsto en el art. 27. (JUBA -NQN- Q0005183)" (PS.1999-T° III-F° 534/535-N° 163-SALA II).

Todo ello, en consonancia con la siguiente jurisprudencia:

"Quien en principio aparece como responsable en razón de su calidad de propietario, tiene la posibilidad de esgrimir una causal eximente proveniente de la mentada comunicación de venta y entrega de la posesión del rodado, que cumplido cierto plazo provocará la revocación de la autorización para circular. Así, la presunción legal según la cual, formulada tal comunicación ante el registro, cabe reputar al adquirente o a quienes de este último hubiesen recibido el uso, la tenencia o la posesión de aquél, como terceros ajenos por quienes no debe responder y que el automotor ha sido usado en contra de la voluntad del titular registral, viene a quedar enmarcada -por imperio de la ley- dentro de las causales de eximición previstas por el art. 1113 del Código Civil" (SCBA, sent. de fecha 15-7-2009: C91373- C92566- C89758- C86572- C84154- C85361- C86939- C87845- C89427- C91092- C96303, C 83469, C 102670 C 96517, C 103420, C 112791, entre muchas otras).

En definitiva, el legislador ha atendido la opinión de un gran sector de la doctrina y de la jurisprudencia, al que le resultaba "injusto" que quien ya no tenía el poder de "dirección" sobre la cosa, a veces desde mucho tiempo atrás, continuase sujeto a una responsabilidad por los daños que con ella se ocasionasen y, para liberarlo le ha reclamado que obre con diligencia, haciendo conocer que se desprendió de la guardia material del automotor (cfr. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Revista de Dcho de Daños, Rubinzal Culzoni, Año 1998- I : 277-304).

En la lógica de la modificación introducida, todo daño ocasionado con el automotor o por el riesgo o vicio de este, luego de la denuncia de venta, no es imputable a su dueño (titular inscripto), si la comunicación hubiera sido realizada con anterioridad al hecho que motive su responsabilidad.

En tal sentido, explica Trigo Represas: "...El adquirente a quién se le hizo entrega de la posesión del automotor enajenado, y que desde entonces lo utiliza por las suyas con ánimo de dueño, a partir de ese momento ha pasado a ser un tercero extraño con relación al primitivo propietario y todavía titular registral; razón por la cual respecto de este último, el daño que de ahí en más se pueda causar con dicho vehículo, habrá de resultar de un uso del automotor contrario a su voluntad expresa o presunta, efectuado a mayor abundamiento por un tercero por quien no debe responder..."

"Esta última solución fue receptada en el nuevo art. 27 del dec.-ley 6582/58, según la reforma introducida por la ley 22.977 (Adla, XLIII-D, 3962), que ahora dice: "Hasta tanto se inscriba la transferencia el transmitente será civilmente responsable por los daños y perjuicios que se produzcan con el automotor, en su carácter de dueño de la cosa. No obstante, si con anterioridad al hecho que motive su responsabilidad, el transmitente hubiere comunicado al Registro que hizo tradición del automotor, se reputará que el adquirente o quienes de este último hubiesen recibido el uso, la tenencia o la posesión... (del vehículo), revisten con relación al transmitente el carácter de terceros por quienes él no debe responder, y que el automotor fue usado contra su voluntad".



“O sea que en este nuevo régimen legal, si bien se mantiene en principio "hasta tanto se inscriba la transferencia", la responsabilidad civil del titular registral como dueño de la cosa, por los daños y perjuicios que se ocasionen con el automotor; de otra parte se le brinda al mismo el medio para exonerarse de toda responsabilidad, con el simple recurso de una comunicación al Registro de la Propiedad del Automotor: o bien de que hizo tradición de su vehículo -art. 27 antes citado-, la cual puede formalizarse el mismo día de la transferencia, o de que revocó expresamente la anterior autorización concedida expresa o tácitamente al adquirente, para circular con el vehículo, cuando éste no inició el trámite de la inscripción registral dentro de los diez (10) días de operada la transferencia -art. 15, ref. por la ley 22.977-. Por otra parte, la comunicación cursada por el transmitente al Registro, importa además el pedido de secuestro del automotor transferido y entregado, "si en un plazo de treinta (30) días el adquirente no iniciare" el trámite de inscripción de la nueva titularidad dominial (art. 27, primer apartado in fine, ref. por ley 22.977)" (aut. cit., "Exención de responsabilidad del titular registral del dominio de un automotor después de la ley 22.977". L.L. 1996-C, 611, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 1197, el resaltado es propio).

En el caso de autos, el accidente se produjo durante el transcurso de los diez días que dispone el adquirente para efectuar la transferencia (art. 15). Con respecto a la situación que se genera en este período, explica Moisset de Espanés:

"...el legislador no fue insensible a la realidad del tráfico jurídico y, en ciertas circunstancias, exime al dueño de responsabilidad por el hecho de la cosa, aspecto que es contemplado de manera genérica por el artículo 1113 del Código Civil, cuando admite que el propietario no responda si el daño ha sido provocado por el hecho de un tercero extraño, o cuando la cosa fue usada contra la voluntad de su dueño..."

"...Las modificaciones introducidas al régimen de propiedad de automotores por la ley 22.977 no crean, en realidad, nuevas eximentes de responsabilidad del propietario, sino que se limitan a regular las ya previstas por el artículo 1113 del Código Civil, que en sus párrafos finales hace referencia al hecho "de un tercero por quien no debe responder", y al uso de la cosa "contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián".

"Parece conveniente diferenciar las dos causales porque la primera es genérica, y la segunda se reduce a los casos en que la cosa es usada por el tercero en contra de la voluntad del guardián".

"Si el titular registral entrega el automotor al adquirente, junto con toda la documentación y una autorización para conducir el vehículo (sea expresa, o se reduzca a entregar la tarjeta verde que lo habilita para manejarlo), no puede hablarse de "uso contra la voluntad del propietario", como erróneamente se ha hecho en algunos fallos, sino que estamos frente al "hecho de un tercero", autorizado a usar la cosa, y es menester determinar -en el caso concreto- si el titular registral tiene o no que responder por el hecho de ese tercero".

"Por aplicación del nuevo artículo 15 estimamos que durante los primeros diez días desde que se celebró el contrato de venta, aunque todavía no se haya tomado razón en el registro, el enajenante, que dejará de ser propietario al inscribirse el acto, y que ya hizo entrega del automotor, no está obligado a responder por los hechos de ese tercero. Adviértase que no afirmamos que la "inscripción" -modo constitutivo del derecho real- obre retroactivamente, sino que durante ese plazo que la ley ha fijado como "etapa inscriptoria", el dueño no responde por los hechos de ese tercero, a quien le entregó el vehículo para cumplir una de las obligaciones que surgen del contrato de transferencia".

"Nuestro sistema jurídico acepta como válido y lógico que se efectúe la entrega del automotor, y que se autorice al adquirente a conducirlo, durante los diez días que el artículo 15 le fija como plazo para efectuar la inscripción. No sería justo, en consecuencia, que durante ese período el propietario respondiera por los hechos de ese tercero, ya que recién vencido el plazo legal puede revocarle la autorización de conducir, como expresa la norma que hemos citado: "...el adquirente asume la obligación de solicitarla (la inscripción) dentro de los diez (10) días de celebrado el acto, mediante la presentación de la solicitud prescripta en los artículos 13 y 14. En caso de incumplimiento de esta obligación, el transmitente podrá revocar la autorización para circular con el automotor que, aun implícitamente mediante la entrega de la documentación a que se refiere el artículo 22, hubiere otorgado al adquirente, debiendo comunicar esa circunstancia al registro a los efectos previstos en el artículo 27"..."

"..En resumen, entendemos que si ha habido una transferencia efectiva deben distinguirse dos etapas:

- 1°) Los diez días que van desde la celebración del acto de venta, previstos en el artículo 15 para que el adquirente efectúe la inscripción, período en el cual aunque todavía el vendedor sigue siendo titular registral, y ha prestado conformidad expresa o tácita para que el adquirente use el vehículo, funciona la primera causal de exención "hecho de un tercero por quien el propietario no debe responder";
- 2°) vencido dicho plazo el titular sólo podrá eximirse probando, mediante la "comunicación de entrega" efectuada al registro, que el vehículo se "usó contra su voluntad" (ob. cit.).

Aplicando estos lineamientos, al supuesto que aquí nos convoca, debe colegirse que, al haber realizado el codemandado Bouche la denuncia de venta exigida por el régimen legal aplicable, con anterioridad al accidente que originara estas actuaciones, no debe responder por los daños que reclaman los actores.

Por tales razones, el agravio de los accionantes debe ser desestimado.

2.- Otro aspecto con el que discrepo es el referente al daño moral invocado por los hermanos de Franco Castro.



Nuestro Código Civil, dispone en su art. 1078 CC, segundo párrafo, que "(...) La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".

Por razones de política legislativa, se ha colocado un cerco a los legitimados activos para reclamar el daño moral.

Nuestros tribunales, a fin de reparar las situaciones de injusticia que pudieran llegar a plasmarse ante la aplicación terminante del art. 1078 Cód. Civil, han adoptado distintas posturas. Así, algunos han concedido, en diversos pronunciamientos, legitimación activa para reclamar el daño moral a personas que no revestían el carácter de herederos forzosos (vgr. concubina ante el fallecimiento de su pareja) invocando para ello el art. 1079 Cód. Civil que determina la legitimación para reclamar el daño material. Otros, han declarado directamente inconstitucional al art. 1078 Cód. Civil y a partir de ello han concedido indemnizaciones por este rubro a damnificados indirectos (cfr. CALVO COSTA, Carlos A. El daño moral y la inconstitucionalidad del art. 1078 Cód. Civil, DFyP 2013, 220).

Sin desconocer que en los últimos años la doctrina y jurisprudencia ha venido pregonando una reforma legislativa que ponga a salvo las situaciones de injusticia que suelen configurarse con motivo de las restricciones a la legitimación activa que determina el art. 1078 Cód. Civil cuestionado, creo que mientras esto no ocurra y de conformidad a la actual normativa vigente en derecho civil argentino, no puede interpretarse que la exclusión resarcitoria de los hermanos sea "directamente" inconstitucional: todo dependerá de la casuística y prueba concreta que se aporte en cada caso.

Dentro de esta línea de pensamiento, existen a su vez dos vertientes, que llegan, sin embargo, como explicaré luego, a una misma consecuencia práctica.

Una primera posición entiende que la regla general y abstracta que no admite la legitimación activa de los hermanos como damnificados indirectos no es a priori incompatible con la Constitución Nacional y en definitiva, el caso de los hermanos requiere el particular esfuerzo de alegación y prueba de la existencia del daño como presupuesto previo para conferirles legitimación (ver opinión Dr. Galdós, en "Diálogos de doctrina sobre Daño Extramatrimonial", Galdós, Jorge Mario Gil Domínguez, Andrés Grosman, Lucas S. Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela Picasso, Sebastián Pizarro, Ramón D. Saux, Edgardo I. Trigo Represas, Félix A.; RCyS 2013-IV, 5).

Otra corriente enfoca el problema desde otro punto de partida: la inconstitucionalidad de la norma en cuestión emerge a partir de la exclusión absoluta y tajante del daño sufrido por hermanos del extinto —o sea, con abstracción de la prueba que pudiera rendirse en tal sentido—, según resulta de circunscribir la legitimación sólo a los herederos forzosos y no simplemente a título de principio que siente salvedades. Son compatibles con este razonamiento las aseveraciones según las cuales: a) no siempre los hermanos no sufren un menoscabo de aquella clase; b) sólo puede concluirse en que lo experimentan cuando así se pruebe de manera cierta, clara e indubitada, y c) eventualmente, serán limitados los supuestos en que logre brindarse esta puntualizada acreditación (cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Daño Moral por muerte*, Ed. Astrea, p. 448).

Sin embargo, como anticipara, pese a tales discrepancias en el enfoque conceptual, existe una innegable coincidencia práctica: el hermano que pretende indemnización, debe probar la realidad de su daño moral; en su defecto, queda en pie la razonabilidad de la exclusión del art. 1078, y devendría abstracta una descalificación por inconstitucional, pues, aunque procedente en otras hipótesis, no lo será en el caso sometido a juzgamiento (Ibíd., p.449).

Señala la autora que vengo citando: "si bien son diferentes los temas atinentes a la legitimación y a la prueba del perjuicio, sucede que reconocer sin más como titulares a los hermanos, con equiparación a familiares más próximos, podría trasladar a aquéllos presunciones normativas o judiciales sobre daño moral sólo pertinentes para estos últimos, por la habitualidad y estrechez de una vinculación en la realidad acompañando la legal. Por eso, se impone diferenciar ambas situaciones en lo que atañe a la carga probatoria, pues ésta incumbe al actor toda vez que se confiere legitimación a sujetos distintos de los hijos, cónyuge y padres del fallecido". Y agrega mas adelante: "la hermandad puede no trascender la pura y abstracta relación de parentesco, o bien exteriorizarse como sólida unión y amistad, vivenciada en los hechos con gran cohesión y firmeza. Ésta es la exclusiva situación en que procede conferir indemnización por el perjuicio existencial derivado de la muerte de un hermano, que en cambio no puede admitirse en aras de pálidos afectos que eventualmente emanan de recuerdos de la niñez o del puro lazo biológico" (p. 447 y 249).

Sentada, entonces, la necesidad de que el pretensor acredite la sustancia de la vinculación con el extinto mediante datos fácticos que evidencien esa proximidad espiritual, se impone examinar la prueba que en tal sentido consta en autos.

Y bien, a poco de analizarla (testimoniales y pericial psicológica) concluyo que el único hermano que ha probado con rigor su menoscabo y respecto del cual se aprecia un empeoramiento existencial, susceptible de inferirse a partir de la confrontación entre su estado previo y el posterior al hecho lesivo, es Facundo Jeremías.

Esto surge de las declaraciones de los directivos de la escuela donde concurrían Franco y Facundo que relatan las dificultades que ha tenido el joven para continuar sus estudios (fs. 257/8, 259 y vta), detrimento que se ve reflejado también en la pericia de fs. 273/286 vta. que sitúa a la madre, al padre y al joven Facundo como los tres familiares mas afectados (aunque los dos primeros en mayor medida).



El informe en cuestión, es elocuente al indicar el buen desempeño de los hijos, a excepción de Facundo, quien además del stress postraumático, sufriera problema adaptativo con depresión (fs. 280/1).

Las impugnaciones que recibiera dicha pieza no logran desvirtuar su contenido, el cual permite ilustrar la minoración en la subjetividad de los involucrados, sin perjuicio de que no se sigan todas sus conclusiones ni lo referente a los porcentajes de incapacidad peritados.

Ahora bien, ninguno de elementos obrantes en la causa, en cambio, logra dar cuenta acabada de las características concretas del vínculo entre Franco y el resto de los hermanos, de una íntima relación afectiva, ni de un cambio radical de vida para éstos con motivo del deceso, mas allá de la genérica referencia en punto a que “la familia quedó destrozada” o del puro amor fraternal que generalmente existe entre estos lazos, lo cual resulta insuficiente para derribar la barrera instituida por el art. 1078.

No se produjo prueba relativa a la convivencia de los hermanos mayores con el resto de la familia. Y aún cuando pueda inferirse que los mas jóvenes (Agustín Ezequiel y Facundo Jeremías) si lo hacían, lo cierto es que la única alusión concreta al primero de ellos, surge de la pericia psicológica, la cual menciona al mas pequeño como el menos perjudicado de modo directo (responde a los intereses propios de un niño de su edad, desafección de la situación de pérdida de su hermano, buen nivel intelectual, actividad lúdica normal), sin que se observen elementos suficientes como para poder dimensionar los eventuales efectos de la sobreprotección materna que allí se indica.

Por todo ello, no se advierten razones que justifiquen acordar derecho resarcitorio a los hermanos a despecho de la negativa que fluye del art. 1078, con excepción de Facundo, respecto del cual resulta inconstitucional la actual restricción: es inadmisibles la indiferencia jurídica ante perjuicios reales e injustos, que infringe la directiva del *alterum non laedere*, con apoyo en el art. 19 de la Constitución Nacional; además, ello lesiona la igualdad jurídica (art. 16) respecto de los damnificados indirectos en su patrimonio, que sí tienen acción resarcitoria (art. 1079 CC).

Así, “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 laedere*” 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...” (TS), Ac. 66/12).

Y también: “... no sólo la garantía constitucional de la reparación integral se ve vulnerada como consecuencia del escollo que en este caso implica la aplicación del art. 1078 del C. Civil, sino también la de igualdad ante la ley (art. 16 C. Nacional recibido en el art. 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por ley 23.054), ya que discrimina injustamente a quienes sufren indirectamente en su espíritu, frente a la amplia legitimación de los damnificados indirectos en sus intereses patrimoniales —conf. doctrina emanada del art. 1079 del C. Civil... Atendiendo a estos lineamientos se torna explicable la corriente jurisprudencial que ha juzgado disvaliosa la solución legal que priva de indemnización a quien, en un nexo causal con el obrar ilícito imputado al demandado, da muestras de la existencia de un menoscabo espiritual serio, grave y relevante”.

A similar conclusión arribaron las otras dos Salas de esta Alzada en autos “Nahuelcheo” (Exp. N° 374186/8) y “Maidana” (Expte. N° 353226/07).

Teniendo, entonces, en cuenta las características del caso, la juventud de la víctima y de su hermano Facundo, considero prudente fijar la suma de \$20.000,00.- en concepto de daño moral a favor de este último.

En los demás aspectos, adhiero a los fundamentos del voto que antecede. TAL MI VOTO.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO quien manifiesta, por compartir los fundamentos vertidos por la Dra. Cecilia Pamphile, adhiero al mismo expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta Sala I POR MAYORIA,

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por la citada en garantía a fs. 770/773.
2. Hacer lugar parcialmente a la apelación de los actores deducidas a fs. 762/769 vta., y fs. 774/780 vta., en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 693/721 y estimar el rubro pérdida de la chance por el fallecimiento de cada hijo: para Haydee Jaque Ortega y José Miguel Araya en la suma de \$ 60.000, para cada uno de ellos y para Alejandro César Castro y Victoria Griselda Villegas en la suma de \$ 50.000, para cada uno; declarar, por las particularidades del caso, respecto a Facundo Jeremías Castro, la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil y estimar prudencialmente (art. 165 del C.P.C. y C.) el daño moral del mismo en la suma de \$ 20.000; con más los intereses conforme la tasa determinada en la sentencia.
3. Imponer las costas de la Alzada a los demandados perdidosos (art. 68 del C.P.C. y C.).
- 4.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).
5. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO

Dra. Daniela GARCIA - SECRETARIA



[Volver al índice](#) - [Por Organismo](#)
- [Por Tema](#)
- [Por Carátula](#)

"MAGGIO LAUREANA C/ VILU S.R.L. Y OTRO S/ D. y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"

- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I
- (Expte.: 371884/2008) – Sentencia: 01/14 – Fecha: 04/02/2014

DERECHO CIVIL: Accidente de tránsito.

TRANSPORTE DE PASAJEROS. PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA. PLAZO TRIENAL. DEFENSA DEL CONSUMIDOR. RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD. CRITERIO RESTRICTIVO. DAÑOS Y PERJUICIOS. DAÑO MATERIAL. DAÑO MORAL.

En materia de prescripción de la acción de daños y perjuicios entablada por un pasajero con motivo de la prestación del servicio de transporte terrestre, se aplica el plazo trienal previsto en el art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Debe responder el transportista de pasajeros por las consecuencias del evento dañoso ocurrido en momentos en que el colectivo propiedad de la demandada, trasladaba a la actora, si no acreditó que el hecho fuera imprevisible, como tampoco ajeno a su actividad.

Texto completo:

Neuquén, 4 de febrero de 2014.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MAGGIO LAUREANA C/ VILU S.R.L. Y OTRO S/ D. y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (Expte. N° 371884/08), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL Y DE MINERÍA NRO. 2 a esta Sala integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE, y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. Llegan los presentes autos a estudio de esta Sala en virtud del recurso de apelación deducido contra la sentencia de fs. 315/318 vta., por la cual se hizo lugar a la excepción de prescripción interpuesta por VILU S.R.L. y Mutual Rivadavia de Seguros del Transporte Público de Pasajeros y, en consecuencia, se rechazó la demanda con costas.

A fs. 331/337 vta. la actora expresa agravios. Dice que al momento de deducir su pretensión original, fundó su derecho en normas del código civil y no del código de comercio.

Sostiene que por ello corresponde la aplicación del art. 4037 del Código Civil, que establece la prescripción de dos años para la acción de responsabilidad civil extracontractual, y que, en consecuencia, la demanda se interpuso en tiempo hábil.

Agrega que debe ponderarse que el contrato de transporte de pasajeros se encuentra abarcado por la ley de defensa del consumidor, la que es de orden público y establece un plazo trienal de prescripción.

A fs. 340/344 vta. la contraria contesta el traslado de la expresión de agravios y solicita su rechazo, con costas.

A fs. 326 y vta. la demandada y citada en garantía apelan los honorarios profesionales regulados a fs. 319, por altos, y el Dr. ..., los suyos, por bajos.

II. Ingresando al estudio de los agravios, adelanto que su recurso habrá de prosperar, en tanto "el caso debe analizarse a la luz de la Constitución Nacional que otorga protección especial a la seguridad de consumidores y usuarios, y correspondía a la accionada extremar al máximo las precauciones para evitar situaciones de riesgo para los usuarios". (Cfr. TSJ de la provincia del Neuquén, en autos "Muñoz María Raquel c/ Bravo Luis Hugo y Otro s/ Daños y Perjuicios" (Expte. N° 117 - año 2008) del Registro de la Secretaría interviniente y su acumulado "Lobos Barra Inés del Carmen c/ Pehuenche S.A. y Otro s/ Daños y Perjuicios", (Expte. N° 141031/94).

A partir de lo expuesto, y con relación al plazo de prescripción aplicable al caso de autos, tiene dicho esta Alzada que: "[...] Sin perjuicio que los hechos objeto del presente se remontan al día 25 de noviembre de 2007 (fs. 34 vta.), es decir sucedieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 26361 que modificó el art. 50 de la Ley 24.240, el 12 de abril de 2008, entendemos que resulta aplicable al presente la previsión del plazo trienal de prescripción allí establecido, atento a que la reforma sólo aclaró el texto originario agregando el imperativo por el que debe seguirse la regla más favorable al consumidor, que es precisamente la que habilita también contemplar dicho máximo".

"En este sentido el análisis que sobre el particular realiza el Tribunal Superior de Justicia en la mencionada causa "MERINO":



“Este examen se efectuará a la luz de las disposiciones de los Arts. 2°, 3° y 4051 del Código Civil. El Art. 2° del Código Civil establece: “Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial”. Por su parte, el Art. 3 reza: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”. En definitiva, y en lo que aquí interesa, podemos decir que la nueva ley aprehende la relación o situación jurídica en el estado en que se encontraba al tiempo de su sanción y, por ende, no se aplica a los hechos ya cumplidos, que se rigen por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron. Por su parte, el Código Civil, en el Título Complementario “De la Aplicación de las Leyes Civiles”, en el artículo 4051, dispone que las prescripciones comenzadas antes de regir el nuevo ordenamiento están sujetas a las leyes anteriores. Explica: “[...] pero si por esas leyes se requiriese mayor tiempo que el que fijan las nuevas quedarán sin embargo cumplidas, desde que haya pasado el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día en que rija el nuevo Código”. A la luz de las disposiciones precedentemente citadas, en el caso y como se desarrollará más adelante, ubicándose el punto de partida del término de prescripción el 25 de abril de 2006, le es aplicable el régimen del Art. 50 de la Ley 24.240 anterior a la reforma introducida por la Ley 26.361. Ahora bien, la reforma vino a aclarar el texto originario del viejo Art. 50 de la Ley 24.240. En consecuencia, la interpretación correcta que corresponde al texto legal anterior es que debe aplicarse el plazo de prescripción de la Ley de Defensa del Consumidor, por ser la más favorable al sujeto protegido. En función de lo expuesto, y teniendo en consideración que el instituto bajo examen requiere de un análisis prudente y restrictivo, que tenga en miras la conservación del derecho, máxime en casos como el presente, en que se encuentran en juego derechos tutelados por el orden público, los agravios de la actora deben ser acogidos por haber mediado infracción respecto del Art. 50 de la Ley 24.240”.

“Que en definitiva, como anticipáramos, conforme la regulación vigente y principios constitucionales citados, no existe obstáculo para propiciar que a la situación planteada en autos en materia de prescripción de la acción de daños y perjuicios entablada por un pasajero con motivo de la prestación del servicio de transporte terrestre, se aplique el plazo trienal previsto en el art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor”, (Sala III, en autos “FREDES NANCY ESTHER C/ VÍA BARILOCHE S.A. Y OTRO SOBRE D Y P. POR USO AUTOMOTOR C/ LESION O MUERTE”, Expte. N° 402.465/9).

El art. 50 de la Ley 24240 establecía, antes de su modificación por la ley 26.361, que “Las acciones y sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres (3) años. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales”.

En autos, la demanda fue interpuesta en fecha 30 de mayo de 2008, es decir, sin que hubieran transcurrido tres años desde la fecha del accidente, 19 de Junio de 2006, por lo que corresponde hacer lugar al agravio y, en consecuencia, revocar la sentencia de fs. 315/318 vta. en cuanto ha sido materia de recurso.

III. En consecuencia, corresponde efectuar el análisis de responsabilidad en el evento dañoso y, en su caso, valorar los daños que fueron consecuencia del mismo.

No se encuentra controvertida en autos la existencia del accidente, como así tampoco las circunstancias de tiempo y lugar en que ocurrió el mismo, aunque sí la atribución de responsabilidad.

Las partes son contestes en señalar que el accidente se produjo el 19 de junio de 2006, alrededor de las dos de la madrugada, en momentos en que el colectivo propiedad de la demandada, trasladaba a la actora desde Junín de los Andes hacia Neuquén. Señalan que a la altura de “El Salitral”, el vehículo se desliza hacia la banquina contraria (izquierda), lo que provoca el vuelco del mismo (fs. 24 vta. y 64/64 vta.).

Al respecto, se ha dicho: “Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado que el razonamiento judicial debe partir de la ponderación de los valores constitucionales, que establecen la guía fundamental para solucionar los conflictos de fuentes, de normas, o de interpretación de la ley”.

“También, que dicha decisión valorativa obliga a los prestadores de servicios públicos a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de la vida y la salud de sus habitantes”.

“Conforme los lineamientos dados por el Máximo Tribunal de la República, interpretar cuánto se extiende la obligación de seguridad que tiene causa en el contrato de transporte de pasajeros, debe efectuarse con sustento en el derecho previsto constitucionalmente para los consumidores y usuarios por el artículo 42 de la Constitución Nacional (FALLOS: 331:819)”.

“Desde allí, el transportista debe adoptar las medidas atinentes a la prevención de los riesgos que la prestación prometida acarrea para el usuario, pues el ciudadano común que accede al servicio de transporte, tiene fundada confianza en que el organizador se ha ocupado razonablemente de su seguridad”.

“La idea de que estamos frente a una empresa que explota una actividad comercial, que fue constituida con un sentido absolutamente profesional, que posee una organización técnica, económica y jurídica preparada para producir determinados resultados preestablecidos, también nos lleva a considerar que debe reunir en los conductores y en los vehículos las cualidades necesarias para circular en forma segura y profesional”.



“En atención a lo expuesto, los límites a este deber de seguridad se encuentran en la normalidad de los sucesos, ya que son los hechos extraordinarios que no pueden evitarse, resistirse o preverse -teniendo en consideración la pauta de valoración de una empresa organizada para ese servicio que demuestre que no lo pudo prever, evitar o resistir- los que operan como eximentes de la responsabilidad de que se trata [...]”.

“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 –PIEDCASAS, ob. cit.)”, (TSJ de la Provincia del Neuquén, en autos “MUÑOZ MARÍA RAQUEL C/ BRAVO LUIS HUGO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (Expte. Nro. 117 - año 2008) del Registro de la Secretaría interviniente y su acumulado “LOBOS BARRA INÉS DEL CARMEN C/ PEHUENCHE S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, Exp. nro. 141031/94).

En autos, el demandado no acreditó que el hecho fuera imprevisible, como tampoco ajeno a su actividad de transportista y, por ello, deberá responder por las consecuencias del evento dañoso de autos.

IV. En virtud de lo expuesto, corresponde analizar los distintos rubros reclamados por la actora.

En relación con el daño emergente, la Sra. Maggio alega que debió acudir a consultas periódicas para su rehabilitación psicofísica, entre ellos a médicos clínicos y traumatólogos, pero nada de ello ha quedado acreditado en autos.

Además, respecto al tratamiento psiquiátrico, no menciona a cuántas sesiones debió concurrir, durante qué periodo, ni tampoco el costo de las mismas. Tales datos tampoco surgen del informe de fs. 130, lo que impide su valoración.

Tampoco la actora produjo prueba con relación a la contratación de un servicio de remises que la trasladara a ella y a su hijo menor, a los distintos lugares que debían concurrir.

Amén de lo expuesto, entiendo procede el reclamo por las camperas de la actora y su hijo. Ello así, teniendo en cuenta que el transporte había sido contratado para el traslado desde Junín de los Andes a Neuquén, y las bajas temperaturas en la zona cordillerana en el mes de junio.

Al respecto se dijo: *“Por ser notoria la dificultad para el viajero de acreditar la existencia y el precio de los artículos que lleva en su equipaje, esta Cámara ha adoptado un criterio más flexible para valorar la prueba de los daños (ver, entre otros, sala II, voto en primer término de la doctora Marina Mariani de Vidal, causa N° 199, del 5/8/94, publ. en Revista Ateneo del Transporte, N° 14, p. 54, setiembre de 1995). Es así que adquiere especial relevancia en estos casos la prueba de presunciones. Al respecto debe atenderse, entre otras cosas, a la naturaleza y duración del viaje, el número y edad de los viajeros, a su posición socio-económica, a las facturas y otros comprobantes que se presenten”, (CNCiv. Y Com. Fed., sala III, “Singer, Dawid c. American Airlines Ind”, 17/09/1998, La Ley online: AR/JUR/3347/1998).*

En virtud de lo expuesto, este rubro prospera por la suma de \$400 (art. 165 del C.P.C. y C.).

En cuanto al lucro cesante, no ha quedado acreditado en autos que el Consejo Provincial de Educación haya dejado cesante a la actora atento que acompañó documental que fue desconocida por la contraria (planillas de fs. 34 y 35) y no se ofreció prueba informativa subsidiaria al respecto y, además, la misma señaló que durante los primeros días del mes de julio retomó sus tareas como docente (fs. 29).

Respecto a su desempeño como maestra particular, si bien la misma señala que desarrollaba la actividad en dos turnos, los días martes y jueves de 19 a 20 hs., percibiendo por cada alumno la suma mensual de \$ 60, omitió señalar por cuanto tiempo se vio obligada a interrumpir esta actividad, como así también con cuántos alumnos contaba. Además, la respuesta que da el testigo Emilio Martín Orte al responder la pregunta décima, y decir *“sí, da clases particulares en su casa y trabaja en un colegio especial de Neuquén”* (fs. 137 vta.), no contribuye a los fines de la valoración del reclamo, lo que obsta a su procedencia.

En relación con el daño moral, se dijo: *“El daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria. Su traducción en dinero se debe a que no es más que el medio para enjugar, de un modo imperfecto pero entendido subjetivamente como eficaz por el reclamante, un detrimento que de otro modo quedaría sin resarcir. Siendo eso así, de lo que se trata es de reconocer una compensación pecuniaria que haga asequibles algunas satisfacciones equivalentes al dolor moral sufrido. En su justiprecio, ha de recurrirse a las circunstancias sociales, económicas y familiares de la víctima y de los reclamantes, porque la indemnización no puede llegar a enriquecer al reclamante, lo que, como decía ORTOLAN (citado por VELEZ SARFIELD en la nota al art. 499 del C. C.), contraría al principio de la razón natural. Entiendo que en la determinación del 'quantum' indemnizatorio, los jueces de grado deben individualizar y ponderar los elementos de juicio que sirven de base a su decisión, a fin de garantizar un eventual control de legalidad, certeza y razonabilidad de lo resuelto. Con relación a la cuantificación del daño moral considero que siempre es difícil trasladar al dinero el daño extramatrimonial;*



para hacerlo es útil tener en cuenta las reglas determinadas por MOSSET ITURRASPE, Jorge en "Diez reglas sobre cuantificación del daño moral" LL 1994 - A - 729. Entre ellas, la más importante consiste en diferenciar según la gravedad del daño y tener en cuenta las peculiaridades del caso. En orden a diferenciar según la gravedad del daño, hay que tener en cuenta el daño real sufrido por la víctima" (CNCiv. y Com. Fed., Sala 3, "Verón Raúl Felix c/ Estado Nacional –Ministerio de Defensa, Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios", 18/02/05).

En autos, las partes fueron contestes en cuanto a que la Sra. Maggio y su hijo sufrieron un accidente, que se produjo a la madrugada, en un paraje denominado "El Salitral", y ha quedado acreditado que, de allí, la actora debió ser conducida al Hospital Público de Junín de los Andes (fs. 112/119).

Además, conforme surge de la historia clínica de dicho nosocomio, la Sra. Laureana Maggio ingresó al mismo en fecha 20 de junio de 2006 (fs. 112), y permaneció internada hasta las 15:30 hs. del 21 de junio de 2006.

También probó la actora que se le efectuaron numerosos estudios (fs. 113, 115 vta., 125, 126) y que debió concurrir a un traumatólogo y a un psicólogo (fs. 130 y 137/137 vta).

Asimismo, el testigo Emilio Martín Orte dijo que su padre debió viajar a buscarla y que permaneció en reposo de 20 días a un mes (fs. 137 vta.). Por ello, corresponde acoger el reclamo por este rubro iniciado por la Sra. Maggio en nombre propio y en representación de su hijo, y cuantificar el mismo en la suma de \$ 3000 para cada uno.

De acuerdo a lo expuesto, la demanda prospera por la suma de \$ 6400 con más los intereses a la tasa activa/pasiva que publica el Banco de la Provincia del Neuquén, desde la fecha del evento (20/06/2006) hasta diciembre de 2007, y a la tasa activa desde dicha fecha y hasta el efectivo pago, (Cfr. TSJ, en autos "Alocilla").

Luego, en relación con los recursos arancelarios de la demandada y su letrado (fs. 326/326 vta. respectivamente), atento que corresponde dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que deberán ser adecuados al nuevo resultado del pleito, su tratamiento resulta abstracto (art. 279 del C.P.C. y C.).

V. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 331/337 vta., y en consecuencia revocar la sentencia de fs. 315/318 vta. en todo cuanto ha sido materia de recursos y agravios, y hacer lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios entablada por Laureana Maggio por derecho propio y en representación de su hijo Bruno Koop, y condenar a VILU SRL y Aseguradora Mutual Rivadavia Seguros de Transporte de Pasajeros, a abonar en el plazo de 10 días de notificados la suma de \$6400 en concepto de daño material y moral, con más los intereses fijados en los considerandos. Imponer las costas de primera y segunda instancia a los demandados perdedores (art. 68, 1º párrafo y 279 del C.P.C. y C.) y dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que deberán ser adecuados al nuevo resultado del pleito.

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto

SE RESUELVE:

1. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 331/337 vta.; en consecuencia revocar la sentencia de fs. 315/318 vta. y hacer lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicio entablada por Laureana Maggio por derecho propio y en representación de su hijo Bruno Koop, y condenar a VILU SRL y Aseguradora Mutual Rivadavia Seguros de Transporte de Pasajeros, a abonar en el plazo de 10 días de notificados la suma de \$6.400 en concepto de daño material y moral, con más los intereses fijados en los considerandos de la presente, que serán integrativos del monto de condena.
2. Imponer las costas de primera y segunda instancia a cargo de los demandados vencidos (art. 68 del C.P.C. y C.) y dejar sin efecto los honorarios profesionales regulados en la instancia de grado, los que deberán ser adecuados al nuevo resultado del pleito y regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada por la actora, en el 35% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado y en el 30% a los de la demandada (art. 15, LA).
3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

[Volver al índice](#)

[-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)



"ORTIZ SANHUEZA ROMINA GISEL C/ BAYTON S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" -
Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I -
(Expte.: 425767/2010) – Sentencia: 03/14 – Fecha: 06/02/2014

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

CONTRATO DE TRABAJO EVENTUAL. DESPIDO. EMPLEADOR. RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR.

Resulta ajustado a derecho el despido indirecto en que se colocó el trabajador si la empleadora no dio cumplimiento a los recaudos establecidos por el decreto 1694/06, ya que si bien lo intimó a presentarse a trabajar bajo apercibimiento de considerarlo incurso en abandono de trabajo, no invocó ni mucho menos probó haber anoticiado al actor el nuevo destino laboral.

Texto completo:

NEUQUEN, 6 de febrero de 2014.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ORTIZ SANHUEZA ROMINA GISEL C/ BAYTON S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" (EXP N° 425767/2010) venidos en apelación del JUZGADO LABORAL N° 4, a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs.133/134 vta. la demandada apeló la sentencia dictada a fs. 119/124, por la que se hizo lugar a la demanda y se la condenó al pago de la suma de \$ 9.435,60, con más intereses y costas.

Dice que la sentencia hace caso omiso de lo manifestado por los testigos propuestos por esa parte, quienes desconocen que se hubieran efectuado reclamos informales solicitando un nuevo destino por parte de la actora, y que el Sr. Sekarich expresamente señaló que no atendió a ninguna de las testigos que alegan haberle reclamado asignación de tareas.

Expresa que las testigos Muñoz e Ibáñez afirmaron que las reuniones se realizaban en forma individual y que por ello no podían testificar sobre las conversaciones que mantenía la actora con personal de Bayton S.A. y, por lo tanto, no pueden afirmar la existencia de los reclamos alegados.

Sostiene que la sentencia incumple con el requisito de motivación adecuada y suficiente porque contiene una decisión que no se sustenta en la valoración conjunta y razonada de los medios probatorios aportados al proceso.

Manifiesta que tampoco existe prueba alguna en el expediente de que la actora haya realizado innumerables llamados de teléfono, como lo alega en su demanda.

Dice que el vínculo se encontraba extinguido por voluntad concurrente, atento el paso del tiempo hasta el momento en que la actora realizó el primer reclamo y el ánimo de la misma demostrado a partir de su nuevo trabajo.

Alega que es errónea la consideración de la A-quo en tanto manifiesta que no cambia en nada el razonamiento expresado que la actora haya tenido otro trabajo con un tercero desde el 26 de enero de 2010, y con una jornada de 8 horas.

Sostiene que la Sra. Ortiz Sanhueva no sólo no aguardó el plazo que la demandada poseía para asignarle nuevas tareas sino que comenzó a trabajar durante 8 hs. diarias en otro lugar, lo que torna físicamente imposible que asumiera paralelamente otro trabajo, el cual generalmente posee la misma carga horaria, lo que exterioriza claramente la intención de la actora de no mantener el vínculo laboral con la demandada.

Luego dice que la intimación para la reasignación de tareas es absolutamente extemporánea, porque el vínculo ya se encontraba disuelto.

Corrido traslado de los agravios a fs. 135, la actora los contesta a fs. 136/139 y solicita su rechazo, con costas.

II. Ingresando al análisis de los agravios expuestos por la recurrente, adelanto que el recurso no habrá de prosperar.

En primer lugar, corresponde señalar que no se encuentra controvertido el encuadre de la relación laboral dentro de la Ley de Contrato de Trabajo (art. 29 bis), La Ley Nacional de empleo (arts. 76 a 80) y el decreto 1694/06, como tampoco la finalización de tareas de la actora para la empresa Walt Mart, el 26 de diciembre de 2009.

Luego, la demandada nada dice con relación a lo expuesto por el A-quo en cuanto a que a partir del art. 5° del mencionado Decreto, debía dentro de los 45 días comunicar a la trabajadora por telegrama colacionado su nuevo destino y tampoco menciona el telegrama de fecha 30/04/2010 solicitando el mismo.

Al respecto, se ha sostenido que: "El art. 5 "a" del precitado decreto dispone que cuando la relación de trabajo entre la empresa de servicios eventuales y el trabajador fuere "permanente y discontinua" —como la que aquí se trata— "El período de suspensión entre las asignaciones para prestar servicios



bajo la modalidad eventual en las empresas usuarias, no podrá superar los cuarenta y cinco (45) días corridos o los noventa (90) días, alternados en un (1) año aniversario". Por lo tanto, cualquiera sea la fecha de cese que se considere (la del 27/6 invocada por Coto o la del 27/7 aducida por Gestión Laboral), lo concreto es que en ambos casos transcurrieron los 45 días que como máximo dispone el decreto analizado para convalidar la suspensión".

"A ello cabe adicionar lo dispuesto por el inciso "e" del mentado cuerpo legal en cuanto establece que "Durante el período de suspensión, previsto en el inciso a), la empresa de servicios eventuales deberá notificar al trabajador, por telegrama colacionado o carta documento, su nuevo destino laboral, informándole nombre y domicilio de la empresa usuaria donde deberá presentarse a prestar servicios, categoría laboral, régimen de remuneraciones y horario de trabajo".

"Tal proceder no surge de los presentes actuados del cual se desprende que la ex empleadora si bien intimó al actor a presentarse a trabajar bajo apercibimiento de considerarlo incurso en abandono de trabajo, lo cierto es que no invocó ni mucho menos probó haber notificado al actor, del modo requerido por el decreto, el nuevo destino laboral".

"[...] De acuerdo con lo dicho, se aprecia que la ex empleadora no dio cumplimiento a los recaudos establecidos por el decreto 1694/06, vigente a la época que aquí se trata y tal omisión —a mi ver— sella la suerte del pleito en disfavor de la postura asumida por la demandada", (CNTrab., Sala X, "Paye, Marcos Andrés c. Gestión Laboral S.A. y otro", 29/04/2013, La Ley, AR/JUR/15015/2013).

Asimismo, con relación al agravio referido a la valoración de las declaraciones testimoniales, comparto la que efectúa el sentenciante. Ello así, porque si bien el Sr. Fabián Sekarich dijo no recordar haber atendido a la actora al momento en que fue a solicitar trabajo mientras se encontraba en el período de suspensión de 45 días, al ser preguntado para que diga si esa función de atender a quienes iban por tal motivo la cumplía también otra persona dijo que sí, que cualquiera del personal que se encontraba en la oficina (fs. 83).

Además, manifestó no tener contacto directo con todas las personas que iban a pedir trabajo (cf. fs. 83 vta.).

A partir de lo expuesto, corresponde valorar las testimoniales de las Sras. Muñoz e Ibáñez. La primera dijo que concurrió con la actora a solicitar tareas desde el mes de diciembre hasta marzo de 2010, y agregó: "solo lo recuerdo porque íbamos una vez por mes, al menos yo la acompañaba una vez al mes", (fs. 82).

Además, Marisol Lucrecia Ibáñez expresó: "la vi un par de veces que nos cruzábamos en Bayton, luego de la suspensión para pedir trabajo, era una fila y nos cruzábamos allí, siempre nos encontrábamos todos en el mismo lugar".

Asimismo, si bien las entrevistas son individuales, la testigo dijo: "Sí íbamos todos con el mismo fin, más allá de que era sabido que no nos iban a dar en ese momento, ya a lo último íbamos por ir". Luego, con respecto al contenido de las entrevistas agregó "[...] hablábamos de manera individual pero todos íbamos por lo mismo" (fs. 84), y la demandada no alegó otro motivo para justificar la concurrencia de la actora a sus oficinas.

Por otra parte, con respecto al trabajo que la actora mantuvo a partir del 26 de enero de 2010, del mismo no puede inferirse que ella no tuviera intención de mantener el vínculo laboral, por lo que el agravio con relación a ello corresponde que también sea desestimado. Máxime cuando, a pesar de ello, conforme los testimonios transcriptos, continuó concurriendo a las oficinas de la demandada a solicitar la asignación de un nuevo destino hasta marzo de 2010.

También es necesario destacar que, mientras se encontraba en período de suspensión, no percibía sueldo alguno, razón por la cual resulta lógico —como consideró el A-quo— que para paliar esa situación hubiera buscado un empleo remunerado con una jornada laboral de ocho horas. Por ello, entiendo que no ha quedado acreditado en autos el comportamiento concluyente y recíproco de las partes, a los fines de considerar concluida la relación laboral por voluntad concurrente de las mismas (cfr. art. 241, 3° párrafo de la LCT).

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso interpuesto por la demandada a fs. 133/134 vta. y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 119/124 en todo aquello que ha sido materia de recursos y agravios.

Las costas por la actuación ante la Alzada se imponen a la apelante vencida (arts. 17 ley 921, y 68 1° párrafo del C.P.C. y C.) y los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada serán del 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto SE RESUELVE:

1. Rechazar el recurso interpuesto por la demandada a fs. 133/134 vta. y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 119/124 en todo aquello que ha sido materia de recursos y agravios.
2. Las costas por la actuación ante la Alzada se imponen a la apelante vencida (arts. 17 ley 921, y 68 1° párrafo del C.P.C. y C.) y los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada se fijarán en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).
3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA



[Volver al índice](#) - [Por Organismo](#)
- [Por Tema](#)
- [Por Carátula](#)

"ZANELLATO CARLA C/ SALVATORI RICARDO Y OTRO S/ EJECUCIÓN HONORARIOS E/A:177042/97" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: I 183/2007) – Interlocutoria: 284/09 – Fecha: 27/10/2009

PROCESAL: Procesos de ejecución.

EJECUCION DE HONORARIOS. EXCEPCION DE INHABILIDAD DE TÍTULO. CITACION DE VENTA. PRESENTACION EXPONTANEA.

La presentación espontánea en el proceso de ejecución de honorarios del ex cliente de la abogada accionante, presentación que, en el caso, se llevó a cabo con nuevo patrocinio letrado, comporta necesariamente la debida toma de conocimiento de que el proceso de ejecución de honorarios había alcanzado la etapa de “citación de venta”.

Texto completo:

NEUQUEN, 27 de octubre de 2009

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "ZANELLATO CARLA C/ SALVATORI RICARDO Y OTRO S/ EJECUCIÓN HONORARIOS E/A:177042/97" (ICC N° I 183/7) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° I a esta Sala I integrada por los Dres. Lorenzo W. GARCIA y Luis E. SILVA ZAMBRANO con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO de GIORGETTI, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Luis SILVA ZAMBRANO dijo:

1.- Apelada por la ejecutante la decisión que hace lugar a la excepción de inhabilidad de título (en tanto que rechaza la de pago), aduce esa parte que dicha excepción ha sido extemporáneamente opuesta toda vez que el accionado, al presentarse espontáneamente al proceso, quedó debidamente impuesto del estado de citación de venta por él alcanzado; que no entenderlo de esta manera importaría tanto como incurrir en exceso formal manifiesto según la definición de la CSN a partir del *leading case* “Colalillo”, finalizando con la conclusión de que el depósito judicial llevado a cabo por el deudor resulta igualmente fuera del tiempo apropiado y, por ende, que al incurrir en mora adeuda él también los intereses pertinentes.

2.- En mi entender, le asiste razón a la recurrente en cuanto a que la presentación espontánea en el proceso de ejecución de honorarios del ex cliente de la abogada accionante, presentación que, en el caso, se llevó a cabo con nuevo patrocinio letrado, comporta necesariamente la debida toma de conocimiento de que el proceso de ejecución de honorarios había alcanzado la etapa de “citación de venta”.

En efecto: la postulación mencionada, en lo pertinente, reza textualmente:

“A raíz de *habérseme comunicado el embargo* de mi cuenta corriente en el Banco Francés... *he tomado conocimiento de la ejecución* referida precedentemente.

“Vengo consecuentemente a estar a derecho en dicha causa, solicitando *se me acuerde la debida participación...*” (fs. 9 de las presentes), a la que el Juzgado proveyó:

“Por presentado el codemandado...con domicilio constituido y denunciado el real.

“Téngase presente el conocimiento de la causa que refiere.

“Désele la *intervención que solicita...*” (fs. 10),

y, por consiguiente, si nos atenemos a la norma del art. 505 del C. Procesal, *por fuerza ha de concluirse que el proceso cursaba la etapa antedicha* aun cuando ello no haya sido explicitado por el Juzgado, puesto que ese dispositivo legal expresa:

“Trabado el embargo *se citará al deudor para la venta* de los bienes embargados. Las excepciones deberá oponerlas y probarlas dentro de quinto día”.

Algo similar a lo que acaece en la alternativa del art. 542 de ese mismo Ordenamiento:

“La intimación de pago importará la citación para oponer excepciones...

“Las excepciones se propondrán dentro de cinco días...”,

a cuyo respecto la jurisprudencia ha entendido que:



“Promovida la ejecución, la presentación espontánea del ejecutado equivale a la intimación de pago del art. 542 C. Proc. (En igual sentido: Sala E, 28.5.07, “Arisco SA c/ Nordlow SRL” s/ ejec. s/ inc. de elevación a Cámara). (CNCom in re: “CHICHMANIAN JUAN C/ CAVAZZA ERNESTO. Mag.: VIALE - MIGUEZ DE CANTORE - JARAZO VEIRAS - 18/08/1988; Lex Doctor, Versión 8.0; voces: presentación espontánea excepciones”, n° 3).

De manera semejante:

“El proveído que tiene por presentado y por parte a la demandada, conforme la presentación espontánea de ésta, resulta ajustada a derecho, por cuanto los autos se hallaban en estado de conferir el traslado de la demanda y, de hecho, el mismo fue ordenado”. (CNCom in re: “CASTIGLIONE SALVADOR C/ BUENOS AIRES BUILDING SOCIETY SA” S/ ORD. Mag.: GUERRERO - BENGOLEA - BOGGIANO - 11/05/1984; LD, íd., voces: presentación espontánea citación”, n° 3).

Criterio que la doctrina recepta:

“Si bien es exacto que con la citación para la defensa comienza la intervención del ejecutado y debe ser admitido como parte (Alsina, *Tratado*, 2ª ed., v. I, p. 146, n° 248 y ss.), no lo es menos que si ella está ordenada, el deudor puede presentarse espontáneamente, dándose por citado y planteando las defensas a que se crea con derecho... Y en tal caso, la oposición de excepciones importa darse por citado de remate (Alsina, ob. cit., p. 261, n° 35, ‘c’...); Morello y colaboradores, “Códigos Procesales...”, Editora Platense, 2ª Edición, T. VI-B, p. 58; cf. Palacio, “Derecho Procesal Civil”, Abeledo – Perrot Editores, 1982, T. VII, p. 404; en todo caso, el énfasis ha sido mío).

3.- Ahora bien, como se ha visto, la especie demuestra una ejecución de honorarios entablada por una profesional de la abogacía en contra de su ex cliente, ganador del pleito principal, esto es, no condenado en costas sino, a la inversa, favorecido con la condena por ese rubro en contra de su adversario, con lo que resulta de aplicación la norma del art. 59 de la Ley 1594:

“La regulación judicial firme constituirá título ejecutivo contra el condenado en costas y solidariamente contra el beneficiario del trabajo profesional. La ejecución se sustanciará en incidente separado con nota en el principal, por el procedimiento de ejecución de sentencia y ante el mismo juzgado...”.

No obstante, en el caso peculiar, al no hallarse firmes las regulaciones de honorarios de la abogada ya que, como bien se asevera en el decisorio recurrido, su notificación debió haberse efectuado en el domicilio “real” del cliente, que a la postre habría de resultar demandado por su abogado, (cf. art. 62 de este último Ordenamiento), debe entenderse que la medida que se le trabara a dicho “ex cliente” –el coejecutado Sabattoli- en su cuenta corriente del Banco Francés, en realidad entrañaba un embargo preventivo, no ejecutorio. (Arg. art. 212 inciso 3° del C. Procesal).

Así lo entiende la jurisprudencia:

“... Mas cuando las respectivas regulaciones se hallan apeladas, si bien los titulares no pueden acceder a la vía de ejecución de sentencia hasta que los recursos sean decididos, sí están habilitados para requerir la adopción de medidas cautelares tendientes a resguardar el crédito, de conformidad con lo establecido en el art. 212, inc. 3°, del cuerpo legal mencionado y para el supuesto eventual de configurarse la hipótesis aprehendida por el art. 49, último párrafo, ley 21.839 (Conf. Causa 57.215/95 Del 24.6.99). En consecuencia, no existe ninguna razón jurídica que obste al embargo preventivo formulado, aun cuando los honorarios -como reza el art. 212, inc. 3°, citado- estuvieren apelados.” (CNFed Civ y Com in re: “LISNAVE INFRAESTRUCTURAS NAVAIS SA C/ ULTRAOCEAN SA” S/ INCIDENTE DE EJECUCION DE HONORARIOS. CAUSA N° 2325/2000. Magistrados: VOCOS CONESA - MARIANI DE VIDAL 27/04/2000; LD, íd., voces: “honorarios no firmes embargo preventivo”, n° 10).

Por ello, a partir de los cinco días hábiles de la presentación del ejecutado, deviniendo firme la regulación de honorarios a su respecto al no haber apelado (art. 58 Ley 1594), el embargo mencionado se tornó en ejecutivo y, transcurridos otros quince días hábiles (10 + 5, los primeros, previstos en el art. 49 Lex cit., y los otros, en el art. 505 del Ritual), y no habiéndose opuesto las excepciones del art. 506 de ese Ordenamiento, adquirió aquél el carácter de “ejecutorio”.

De esa manera lo enseña Palacio:

“El embargo ejecutorio, finalmente, es el que resulta de la circunstancia de no haberse opuesto excepciones al progreso de la ejecución, o de haber sido ellas desestimadas mediante sentencia firme. El embargo ejecutivo se convierte, por lo tanto, en ejecutorio, cuando se verifica cualquiera de las situaciones precedentemente mencionadas. De donde resulta, asimismo, que adquiriendo el embargo carácter ejecutorio por simple conversión, no es necesario el pronunciamiento de resolución judicial alguna que le confiera expresamente tal carácter...”

“... al convertirse en ejecutorio, el embargo adquiere carácter definitivo. Mientras, en efecto, tanto el embargo preventivo cuanto el ejecutivo, configuran... medidas provisionales...” (ibíd., T. VII, ps. 232/233 con cita de Colombo en ese mismo sentido, en nota n° 35; véase la exposición íntegra de la temática, p. 231/235).

4.- Y, en resumidas cuentas:

_al presentarse espontáneamente Sabattoli a fs. 9, con patrocinio letrado y solicitando la “debida participación”, ya que ha “tomado conocimiento de la ejecución”, pues se le ha comunicado el embargo (en su cuenta bancaria), lo está haciendo en relación a un embargo preventivo “precedente”



a un proceso de ejecución de honorarios que todavía no se hallaban firmes pero que, transcurridos los plazos mencionados -20 días hábiles en total- se ha transformado en "ejecutivo", partiendo de la base, claro, de que el ejecutado, con dicha presentación espontánea, *quedó notificado de la regulación de honorarios*;

_es decir: él contó con las posibilidades de apelar (5 días), pagar (10 días desde el vencimiento de aquel plazo, sin haber deducido apelación), o excepcionar (5 días, fenecido ese último);

_no obstante, recién luego de haber transcurrido con holgura la totalidad de ese lapso (20 días hábiles, que se computan a partir de que el *presentante tomó nota de la providencia del 22 agosto de 2007*, que le confiere la "participación" que impetrara, fs. 10), el ejecutado opone la inhabilidad del título el 23 de octubre de ese mismo año (fs. 24/25), o sea alrededor de *un mes después del vencimiento de los susodichos 20 días*.

Todo ello lleva a pensar que considerar temporánea la excepción no sólo importaría admitir un exceso de formalismo procedimental sino, aun, el *abuso de derecho* del ejecutado (art. 1071 CC), pues no otra conducta desempeña quien, notificándose de la obligación a su cargo y de que ella está siendo objeto de reclamo a través del proceso de ejecución, pretende cancelar la deuda, de manera incompleta, *sin hacerse cargo de los intereses moratorios* que ella devengó por el *lapso en que se halló incurso en mora* (art. 622 CC).

En síntesis: como lo he preanunciado, los intereses se adeudan a partir de que *el presentante tomó nota de la providencia del 22 agosto de 2007 – desde el día siguiente al de nota- y hasta el momento en que la ejecutante contestó las excepciones -6 de noviembre de 2007, fs. 27/30-* ya que, notificada ella del pago y del consentimiento del deudor para la extracción de los fondos depositados en autos (escrito de excepciones, fs. 25, Pto. IV), no se advierte razón justificada *para que ellos no hayan sido percibidos en ese mismo momento de la "contestación"* y para que, en cambio, lo fueran recién el 21/12/07" (como lo asevera la apelante a fs. 194 vta., pretendiendo que el cómputo de los intereses se extienda hasta esa fecha); es justo, pues, que la ejecutante se haga cargo del lapso posterior a dicha contestación dada su falta de diligencia.

5.- Propicio entonces al Acuerdo que, receptándose el recurso, se deje sin efecto la decisión en cuanto ha sido objeto de él y, por ende, se rechace la excepción opuesta, y se considere en vez, el hecho extintivo del pago (art. 163 inciso 6° del C. Procesal), debiéndose calcular los intereses de los honorarios en la forma antedicha. Las costas de ambas instancias pesarán sobre la ejecutada. Los honorarios profesionales por la labor ante ésta se fijarán en su oportunidad.

Así voto.

El Dr. Lorenzo W. GARCIA dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto:

SE RESUELVE:

1.- Revocar la resolución de fojas 184/187 y, en consecuencia, rechazar la excepción de inhabilidad de título opuesta, disponiendo que en la instancia de grado se considere el hecho extintivo del pago (art. 163 inciso 6° del C. Procesal), debiéndose calcular los intereses de los honorarios en la forma señalada en el considerando 4., último párrafo, que forma parte integrativa del presente.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada (art. 68, Código Procesal).

3.- Diferir los honorarios de Alzada hasta tanto se cuente con pautas para ello (art. 15, LA).

4.- Regístrese y vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Lorenzo W. GARCIA - Dr. Luis SILVA ZAMBRANO

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

REGISTRADO AL N° 284 - T° III - F° 594 / 597

Protocolo de INTERLOCUTORIAS -S A L A I- Año 2009

[Volver al índice](#) [-Por Organismo](#)
[-Por Tema](#)
[-Por Carátula](#)

"S.E.I.S.P.A. S.A. C/ CONSTRU COL SRL S/ COBRO EJECUTIVO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 415093/2010) – Sentencia: 152/11 – Fecha: 30/08/2011

DERECHO PROCESAL: Proceso de ejecución.

JUICIO EJECUTIVO. CHEQUE. EXCEPCION DE INHABILIDAD DE TITULO. RECHAZO. ENDOSO EN BLANCO.



PORTADOR. LEGITIMACION ACTIVA.

Deberá confirmarse la sentencia que rechaza la excepción de inhabilidad de título opuesta por el ejecutado, ya que el hecho anómalo de la existencia de un mal llamado endoso, exigido a los efectos del cobro del título, no puede en modo alguno modificar los términos de la circulación del mismo derivado de los endosos estrictamente cambiarios, razón por la cual la legitimación del tenedor será determinada según como haya sido la ley de la circulación. En tal sentido y si se tiene en cuenta que el beneficiario del cheque endosó el título mediante un endoso en blanco o al portador, quien exhiba el documento será considerado portador legítimo. (del voto del Dr. Gigena Basombrío, de la mayoría)

Luego que el librador emitiera los cheques con designación de beneficiario, al haberse omitido lo mismo en los sucesivos endosos, las cartulares deben considerarse al portador y transmisibles mediante la simple entrega conforme la previsión del art. 12 de la Ley 24.452. Por su parte, el art. 32 de la citada norma establece que el cheque al portador será abonado al tenedor y a su vez el art. 38 estipula que, en su caso, la constancia del girado del rechazo del mismo vale como protesto, dejando expedita la vía ejecutiva en manos de aquel (del voto del Dr. Medori, de la mayoría)

El ejecutante no figura en la cadena de endosos previa a la presentación del cheque al cobro, por lo que no habiendo acreditado ser cesionario del crédito mediante la existencia de un endoso posterior al rechazo, carece de legitimación para promover la presente acción. (del voto de la Dra. Clerici, en minoría)

Texto completo:

NEUQUEN, 30 de agosto de 2011

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “S.E.I.S.P.A. S.A. C/ CONSTRU COL SRL S/ COBRO EJECUTIVO” (EXP N° 415093/10) venidos en apelación del JUZGADO DE JUICIOS EJECUTIVOS N° I a esta Sala I integrada por los Dres. Patricia CLERICI y Federico GIGENA BASOMBRIO, en subrogancia legal –Acuerdo N° 4689 del TSJ- con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La sentencia de fs. 49/50 rechaza la excepción de inhabilidad de título opuesta por el ejecutado y, en consecuencia, manda llevar adelante esta ejecución hasta que se haga íntegro pago al acreedor de la suma reclamada con más sus intereses y costas del juicio.

La decisión es apelada por el demandado en los términos que resultan del escrito de fs.53/56vta. y cuyo traslado fuera contestado a fs.58/60.

II.- La cuestión sometida a conocimiento de la Alzada ha sido solucionada por la jurisprudencia de diferentes modos: uno de ellos el aplicado por el a quo en su resolutorio, criterio también sostenido por esta Sala II en anterior composición.

Sin embargo, y por los motivos que seguidamente desarrollaré, no comparto el criterio de la sentencia recurrida, entendiendo que tal decisorio debe ser revocado, rechazándose la ejecución por acogimiento de la excepción de falta de legitimación activa.

Ninguna duda cabe de que el tenedor de un cheque que acredite la existencia previa de una cadena de endosos ininterrumpida y regular, aunque no figure en dicha cadena y siempre que el último endoso sea en blanco, ha de ser considerado como legítimo titular de los derechos transmitidos por los endosantes. Mas ello resulta válido en tanto y en cuanto el cheque no haya sido presentado al cobro.

En efecto: el endoso es la modalidad de transmisión del cheque extendido a favor de una persona determinada (art. 12, Ley 24.452). Y esta forma de transmisión resulta válida hasta que la cambial es presentada al girado para su cobro. Esta presentación cierra la cadena de endosos y fija en sí la propiedad del cheque ante el banco (cfr. Cám. Civ. y Com. San Nicolás, Sala I°, 16/8/2005, “Inés c/ Galicia”, Lexis n° 14/106948).

Con posterioridad a la presentación del cheque al cobro y su rechazo por la entidad girada, la transmisión del título, como cesión de crédito, sólo es válida si después de la constancia de rechazo obra la firma del beneficiario, que prueba su voluntad de cederlo (cfr. Cám. 2° Civ. y Com. La Plata, Sala I°, 1/11/2001, “Chiapella c/ Bruno”, Lexis n° 14/78866).

Entiendo que no puede otorgarse validez al último endoso, previo a la presentación del cheque al cobro a efectos de acreditar la legitimación del tenedor del instrumento cambiario, dado que el art. 13 de la Ley 24.452 claramente determina que el endoso a favor del girado vale sólo como recibo.

Consecuentemente, quien pretenda la ejecución judicial de un cheque rechazado por el girado y no figure en la cadena de endosos, debe acreditar que lo hace como cesionario del crédito mediante la existencia de un endoso posterior al rechazo (cfr. Cám. Civ. y Com. Mar



del Plata, Sala 1°, 3/9/1996, “Pititto c/Goyache”, J.A. 1997-III, pág. 98; ídem., Sala 3°, 11/5/2010, “Etchepare c/Coppens S.A.”, Lexis n° 70066230; CSJ Tucumán, Sala Civil y Penal, 26/5/2004, “Demarcio c/Municipalidad de Aguilares”, Lexis n° 25/21666).

En autos, el ejecutante no figura en la cadena de endosos previa a la presentación del cheque al cobro, por lo que no habiendo acreditado ser cesionario del crédito en los términos precedentemente señalados, carece de legitimación para promover la presente acción.

Por lo hasta aquí expuesto propongo al Acuerdo se revoque íntegramente el decisorio apelado, y se haga lugar a la excepción de falta de legitimación activa, rechazándose la ejecución, con costas al actor (art. 558, CPCyC).

Conforme lo autoriza el art. 279 del CPCyC han de dejarse sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia a efectos de adecuarlas al resultado de la apelación.

Las costas de la presente instancia se imponen a la parte actora, fijándose los honorarios correspondientes a la actuación ante la Alzada de acuerdo con la pauta del art. 15 de la ley arancelaria.

Tal mi voto.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Debo manifestar mi discrepancia con relación al voto que antecede en función de lo que expusiera en el precedente citado por la sentenciante y que entiendo aplicable al caso de autos.

En efecto: tal como lo sostuviera en la causa “Finansur” de esta Sala en su anterior composición:

Si bien es cierto que la Sala I de esta Cámara ha sostenido una postura contraria a la legitimación del portador del título transcribiendo para ello una sentencia de la Cámara Civil de Mar del Plata y que el sentenciante hace suya, lo cierto es que no comparto dicha postura.

En realidad el tema en sí no es novedoso, ya que hace muchos años motivó el dictado por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en los autos “Wallach Oscar c/ Glaubach Roberto” del 4-8-81 y en donde se estableció la doctrina según la cual en un supuesto de cheque cruzado librado con el nombre del beneficiario en blanco, endosado para su cobro mediante el depósito en cuenta corriente y rechazado por cuenta cerrada, está legitimado para accionar ejecutivamente quien, sin figurar en la cadena de endosos, invoca su condición de portador legitimado (LL-1981-C-576).

Aclaro que el plenario de referencia, alude al supuesto de cheque cruzado, con el nombre del beneficiario en blanco y estando vigente el Decreto Ley 4776/63, pero, no obstante ello, considero que el análisis jurídico que allí se realiza resulta plenamente aplicable al caso actual, aunque el precedente citado alude a un cheque al portador.

Pues bien: la actual ley vigente indica que el cheque puede ser extendido a favor de una determinada persona (art. 6 inc 1), como ocurrió en el caso de autos.

El beneficiario, con la cláusula a la orden o no, la que no es esencial, si pretende transmitirlo deberá necesariamente endosarlo de conformidad con el art. 12 primer párrafo.

Ahora bien, sin que interesen para el análisis del presente caso las distintas clases de endoso, lo cierto es que de conformidad con el artículo 14 de la ley citada, el endoso puede ser sin designación de beneficiario, en cuyo caso estamos en presencia del endoso en blanco.

Esto es lo que ocurrió en autos, por cuanto librado el cheque a favor de determinada persona, ésta procedió a endosar el título pero sin indicar beneficiario.

Ante ello y de acuerdo al artículo 15, el portador puede completar el endoso designando beneficiario (art. 15 inc 1), endosarlo nuevamente en blanco o con designación de beneficiario (inc. 2) o bien entregar el cheque a un tercero sin llenar el blanco ni endosarlo (inc. 3).

En cuanto a la legitimación en supuesto de endosos en blanco, como bien lo señala Gomez Leo (Cheques, Comentarios a la ley 24.452 pág.99) y con fundamento en el artículo 17, se dictó la jurisprudencia plenaria a la que se aludiera anteriormente y por la cual se admite la legitimación para ejecutar un cheque endosable, al portador que lo tuviera en su poder, aún cuando no figurara en la cadena de endosos.

El hecho anómalo de la existencia de un mal llamado endoso, exigido a los efectos del cobro del título, no puede en modo alguno modificar los términos de la circulación del mismo derivado de los endosos estrictamente cambiarios, razón por la cual la legitimación del tenedor será determinada según como haya sido la ley de la circulación.

En tal sentido y si se tiene en cuenta que el beneficiario del cheque endosó el título mediante un endoso en blanco o al portador, quien exhiba el documento será considerado portador legítimo, salvo los supuestos previstos por la última parte del artículo 19.

Como sostiene el autor antes citado: “se debe tener en cuenta que si el último endoso anterior al rechazo fuera en blanco, el carácter anónimo de él permite, de hecho, negociar el cheque con la simple entrega del documento y quien lo recibe, como para su cobro le basta la legitimación real del cheque, podrá ejercer todos los derechos inherentes al título cambiario e inclusive volver a transmitirlo por la simple entrega” (Gómez Leo, ob. Cit. Pág. 115).

A lo expuesto debe agregarse que la presunción que establece la Ley en el artículo 22 es que el endoso sin fecha ha sido hecho antes de la presentación al cobro, razón por la cual no puede admitirse sin más que ha sido recibido con posterioridad al rechazo bancario.



En definitiva: lo que se sostiene es que aún en el supuesto de cheques librados con designación de beneficiario, si éste lo endosa en blanco, el legitimado cambiario será quien lo exhiba y por lo tanto no resulta admisible sostener que lo ha adquirido con posterioridad al rechazo bancario y con los efectos de una cesión de crédito. Debe señalarse que, a partir del endoso en blanco por el beneficiario, no es necesario que quien ejercita la acción ejecutiva figure firmando el cheque como endosante o que haya sido designado como beneficiario de un endoso anterior.

En el caso de autos, la situación es mucho más clara toda vez que el deudor en modo alguno cuestionó la procedencia del reclamo y como los cheques han sido creados para ser abonados, mal pueden ser desestimados los legítimos reclamos de quien viene a reclamar justicia. Planteo ético éste que, como bien se indica en el plenario tantas veces citado, no puede soslayarse.

Por cierto que ello no significa dejar de lado el cumplimiento de los requisitos formales exigidos por la ley, sobre todo en materia de títulos circulatorios cuya característica es ser formales, pero ello no puede llevarse al extremo de negar legitimación a quien exhibe el título que ha circulado manualmente en virtud de un endoso en blanco y no se le ha imputado mala fe o culpa grave en su adquisición.

II.- Por las razones expuestas propongo se confirme la sentencia de trance y remate, con costas, debiendo regularse los honorarios de Alzada en la forma de práctica (art. 15 L.A.).

Tal mi voto.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. Marcelo MEDORI, quien manifiesta:

Habré de adherir a los fundamentos y solución propiciada por el Dr. Gigena Basombrío, al observar que luego que el librador emitiera los cheques con designación de beneficiario, al haberse omitido lo mismo en los sucesivos endosos, las cartulares deben considerarse al portador y transmisibles mediante la simple entrega conforme la previsión del art. 12 de la Ley 24.452.-

Por su parte, el art. 32 de la citada norma establece que el cheque al portador será abonado al tenedor y a su vez el art. 38 estipula que, en su caso, la constancia del girado del rechazo del mismo vale como protesto, dejando expedita la vía ejecutiva en manos de aquel.

En este sentido y citando el antecedente "FINANSUR S.A. C/NEUCAM S.A. S/COBRO EJECUTIVO" (Expte. N° 657-CA-0) me expedí recientemente en un caso semejante ("GONZALEZ MARCELO PABLO CONTRA REARTE PAOLA ANDREA S/COBRO EJECUTIVO" (Expte. N° 428484/10 –PS N° 119 T° III Año 2011 - F° 479/481 -30/06/2011) señalando:

"Que el artículo 6 de la ley 24.452 Régimen Legal del Cheque prevé que: "El cheque puede ser extendido: 1. A favor de una persona determinada. 2. A favor de una persona determinada con la cláusula "no a la orden". 3. Al portador. El cheque sin indicación del beneficiario valdrá como cheque al portador." El artículo 12 dispone expresamente que: "... El cheque al portador es transmisible mediante la simple entrega." Y el artículo 32 a su vez establece que el cheque al portador será abonado al tenedor y el 38 que en su caso la constancia del girado del rechazo del mismo vale como protesto y deja expedita la vía ejecutiva en manos del tenedor.(c.fme. arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 19, 20, 54 inc. 6 y 58 in fine de la ley 24.452; y 544 inc. 4 y 557 del Cód. Proc.).

Atento los agravios vertidos frente al resolutivo dictado, considero que debe confirmarse este último, pues no ha hecho más que aplicar la solución legal al caso concreto, como puede inferirse de la normativa transcripta. El cheque sin determinación del beneficiario se entiende al portador y su transmisión se efectúa por la simple entrega, pudiendo ser cobrado y ejecutado por el mero tenedor.(p.243, Villegas, La nueva ley de cheques, ley 24.452).

La jurisprudencia nacional es mayoritaria en tal criterio tanto en el régimen legal anterior como actual:"El cheque sin indicación del nombre del beneficiario debe considerarse como título al portador, consideración esta no alterada por la sanción de la ley 24452 que lo contempla expresamente en su art. 6 inc. 3, por lo cual el tenedor se encuentra legitimado a promover las acciones emergentes de la falta de pago sin necesidad de justificar cadena alguna de endosos o la autenticidad de los mismos en virtud del principio de autonomía."(Autos: GALANTE ERNESTO C/ SAN MARTIN ALEJANDRO PABLO S/ EJECUTIVO. - Ref. Norm.: L. 24452: 6 INCISO 3. - N° Sent.:Causa nplcacion: 3073/03. - Sala: E. - Mag.: ARECHA - GUERRERO. - Fecha: 06/10/2003-LDT).

"El tenedor de un cheque de pago diferido sin indicación del nombre del beneficiario se encuentra legitimado a promover las acciones emergentes de la falta de pago sin necesidad de justificar cadena alguna de endosos o la autenticidad de los mismos, ello así en virtud de que la ley 24452 contempla el libramiento de este tipo de cheques al portador y que las disposiciones relativas al cheque común le resultan aplicables con excepción de las que se opongan a las contenidas en el capítulo xi, y en ellas expresamente se establece que el cheque sin indicación del nombre del beneficiario debe considerarse como título al portador(ley 24452: 54 inc. 6; 58)."(Autos: GALANTE ERNESTO C/ SAN MARTIN ALEJANDRO PABLO S/ EJECUTIVO. - Ref. Norm.: L. 24452: 6 INCISO 3.L. 24452: 54 INCISO 6.L. 24452: 58. - N° Sent.:Causa nplcacion: 3073/03. - Sala E. - Mag.: ARECHA - GUERRERO. 06/10/2003-LDT).

Asimismo, esta alzada se ha expedido en igual sentido in re "CARRASCAL CECILIA GABRIELA C/ DI MODUGNO JUAN CARLOS S/COBRO EJECUTIVO" (Expte. N° 556-CA-2), sala I, y "FINANSUR S.A. C/NEUCAM S.A. S/COBRO EJECUTIVO", (Expte. N° 657-CA-0), sala II."

Por lo expuesto, POR MAYORIA

SE RESUELVE:



- 1.- Confirmar la sentencia de fs.49/50 en cuanto fue materia de recursos y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 68 del CPCC).
- 3.- Regular los honorarios profesionales de esta Instancia en las siguientes sumas: para los Dres. ... y ..., patrocinantes del actor, de pesos ..., en conjunto; para el Dr. ..., patrocinante del demandado, de pesos ... y para el Dr. ..., apoderado de la misma parte, de pesos ... (art.15, LA).
- 4.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr.Federico GIGENA BASOMBRÍO - Dra. Patricia M. CLERICI - Dr.Marcelo J.MEDORI

Dra.Mónica MORALEJO - SECRETARIA

REGISTRADO AL N° 152 - T° IV - F° 757/762

Protocolo de SENTENCIAS -S A L A I- Año 2011

[Volver al índice](#)

[-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"BRAVO PAVON NERY JANNET C/ ORIGENES SEGUROS S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 370343/2008) – Sentencia: 102/11 – Fecha: 28/06/2011

PROCESAL: Actos procesales.

NULIDAD DE SENTENCIA. OMISIÓN DE CUESTION. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA.

Corresponde rechazar el pedido de nulidad de la sentencia, pues si bien es cierto que la parte resolutive ha omitido declarar la inconstitucionalidad de las normas de la Ley 24.557 y su decreto reglamentario que le permiten hacer lugar a la demanda, no por ello la sentencia deviene nula. En efecto: el resolutorio de grado contiene la decisión expresa, clara y precisa (art. 165 inc. 6° del CPCyC, de aplicación supletoria al proceso laboral), que es la condena al pago del capital, pudiendo entenderse que la inconstitucionalidad de las normas involucradas forman parte de la fundamentación en derecho que habilita el decisorio. Por otra parte, la inconstitucionalidad y sus fundamentos se encuentran expresamente desarrollados en los Considerandos, habiéndole permitido a la parte conocer los motivos de la decisión e impugnarlos, respetándose, entonces, las garantías del debido proceso y de defensa en juicio, cuya preservación es el objetivo de las normas adjetivas.

Texto completo:

NEUQUEN, 28 de junio de 2011

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BRAVO PAVON NERY JANNET C/ ORIGENES SEGUROS S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (EXP N° 370343/8) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA LABORAL N 2 a esta Sala I integrada por los Dres. Patricia CLERICI y Federico GIGENA BASOMBRI, en subrogancia legal –Acuerdo N° 4689 del TSJ- con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Ambas partes interponen recursos de apelación contra la sentencia de fs. 161/168vta. que hace lugar a la demanda, imponiendo las costas en el orden causado.

Se agravia la accionante por cuanto el capital de condena es inferior al reconocido por la demandada en su escrito de fs. 95/99 (\$196.867,65), y agrega que este monto reconocido fue generando intereses por lo que no corresponde descontar del mismo los importes percibidos por el actor mes a mes, sino que cabe practicar planilla de liquidación calculando los intereses desde la fecha del traspaso y deducir, entonces, mes a mes, los importes percibidos por los actores.

Impugna también la imposición de costas por su orden, entendiendo que las especiales características del sub lite no permiten apartarse del principio objetivo de la derrota, toda vez que la demandada resistió formalmente el reproche de inconstitucionalidad, no allanándose a la acción. Cita jurisprudencia.

El letrado de la parte actora apela la regulación de honorarios a su favor, reclamando la inclusión de los intereses sobre el capital en la base regulatoria.



La demandada denuncia la nulidad del resolutorio de grado por haberse omitido consignar en la parte resolutive la declaración de inconstitucionalidad determinada en los Considerandos, por lo que el fallo, a su criterio, no tiene fundamento respaldatorio.

Se agravia, luego, por la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 15, apartado 2), y 18, apartado 1), de la Ley 24.557 y del art. 5 apartados 3 y 5, del Decreto 334/96. Destaca que la forma de reglamentar las normas programáticas de la Constitución Nacional constituye una facultad indiscutida e indelegable del Congreso de la Nación.

Sigue diciendo que la actora no cuestiona la cuantía de la indemnización, por lo que debe entenderse que la protección brindada por la Ley 24.557 es adecuada, sino que solamente critica la forma de pago. Agrega que los legisladores han establecido que este pago se realice en cuotas, no negándose la cobertura al infortunio laboral.

Señala que los jueces tienen vedado inmiscuirse en las cuestiones de conveniencia de las soluciones dadas por quienes ejercen un expreso mandato popular, ejerciéndose el control jurisdiccional exclusivamente respecto de la constitucionalidad de las leyes y no de su conveniencia. Reseña opiniones doctrinarias respecto del beneficio del pago en cuotas de la indemnización.

Se refiere más adelante al carácter restrictivo de la declaración de inconstitucionalidad de una norma.

Entiende que la a quo ha decretado la inconstitucionalidad en forma abstracta, no indicándose que derechos y garantías se ven vulnerados en el caso concreto, en tanto que la actora no realizó una relación de los hechos, no demostrando de qué forma la afecta la aplicación de la Ley 24.557. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Reitera que no se ha acreditado perjuicio alguno para la accionante derivado de la forma de pago establecida en la Ley 24.557.

Se agravia por la aplicación de intereses sobre el capital de condena, ya que esa parte actuó en un todo de acuerdo con la ley vigente. Subsidiariamente requiere que también se computen intereses respecto de las sumas percibidas por los accionantes y que deben ser descontadas, ya que tal omisión viola el derecho de igualdad.

La demandada contesta los agravios de la actora a fs. 206/209 vta. y la accionante hace lo mismo respecto de los expresados por la accionada a fs. 212/220.

II.- En primer lugar debe analizarse el pedido de nulidad del fallo de primera instancia.

Si bien es cierto que en la parte resolutive de su sentencia la a quo ha omitido declarar la inconstitucionalidad de las normas de la Ley 24.557 y su decreto reglamentario que le permiten hacer lugar a la demanda, no por ello la sentencia deviene nula. En efecto: el resolutorio de grado contiene la decisión expresa, clara y precisa (art. 165 inc. 6° del CPCyC, de aplicación supletoria al proceso laboral), que es la condena al pago del capital, pudiendo entenderse que la inconstitucionalidad de las normas involucradas forman parte de la fundamentación en derecho que habilita el decisorio.

Por otra parte, la inconstitucionalidad y sus fundamentos se encuentran expresamente desarrollados en los Considerandos, habiéndole permitido a la parte conocer los motivos de la decisión e impugnarlos, respetándose, entonces, las garantías del debido proceso y de defensa en juicio, cuya preservación es el objetivo de las normas adjetivas.

Lo expuesto determina el rechazo de la nulidad articulada.

III.- Sentado lo anterior, he de analizar los agravios referidos a la declaración de inconstitucionalidad.

Las Salas I y II de esta Cámara de Apelaciones ya se han expedido respecto de la inconstitucionalidad de las normas de la Ley 24.557 que determinan el pago bajo modalidad de renta periódica de las indemnizaciones que ella establece (cfr. Sala I, autos "Genovesi c/Consolidar ART", P.S. 2005-IV, f° 884/887; Sala II, autos "Jara c/Máxima AFJP", P.S. 2004-IV, f° 707/710). Más, conforme se indica en el precedente citado de la Sala II y lo pone de manifiesto el demandado, no cabe declarar inconstitucionalidades en abstracto, sino que deben analizarse las circunstancias del caso concreto a efectos de determinar si la aplicación de la normativa vigente deviene en un absurdo o en arbitrariedad. Asimismo, y tal como lo destacara en dicho fallo el Dr. Gigena Basombrio, la regla, de acuerdo con el Convenio 17 de la OIT, es que las prestaciones –por muerte o incapacidad permanente- se abonen en forma de renta. Esta posición, restrictiva, la entiendo más adecuada que aquella –propugnada por la Sala I- que considera que la norma es inconstitucional por la falta de opción del trabajador entre percibir la indemnización como pago único o como renta periódica, toda vez que parte del respeto por la voluntad del legislador sin perjuicio de la demostración que la aplicación de la normativa vigente contraría la finalidad perseguida con su sanción.

No se encuentra discutido en autos que el esposo y padre de los actores sufrió un accidente de trabajo que le ocasionó la muerte, como así tampoco la remuneración mensual que percibía al momento del deceso (\$1.775,00 mensuales).

La causa de que se propicie el pago de las indemnizaciones mediante el sistema de renta periódica para aquellos supuestos de incapacidades totales o muertes en accidentes laborales, es permitir que los damnificados cuenten mensualmente o con otra periodicidad, con una suma de dinero que compense la pérdida económica sufrida, además de las prestaciones de la seguridad social. De este modo, se trata de evitar que mediante un empleo irrazonable de la totalidad del capital indemnizatorio, el trabajador o sus causahabientes se vean privados de proveer a sus necesidades básicas de subsistencia. Tal finalidad surge de la norma del art. 5 del ya citado Convenio 17 de la OIT, el que luego de



disponer, como regla general, que este tipo de indemnizaciones se pague en forma de renta, agrega que “sin embargo estas indemnizaciones podrán pagarse total o parcialmente en forma de capital cuando se garantice a las autoridades competentes un empleo razonable del mismo”. Asimismo, no puede olvidarse que la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT oportunamente señaló al gobierno argentino que en la Ley 19.233, que modificó la Ley 9688, al no preverse el pago de las indemnizaciones en forma de renta, se estaba violando la regla del art. 5 del Convenio 17 (cfr. Tosca, Diego, “Forma de pago de las prestaciones dinerarias de la LRT”, Revista de Derecho Laboral, 2002-I, pág. 309).

Ello determina que el solo hecho de la forma de pago mediante renta periódica no resulta inconstitucional, y tampoco la falta de opción, toda vez que la norma internacional establece como facultad y no como obligación, habilitar el pago total o parcial como capital. Cabe señalar que la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Milone c/ Asociart S.A.” (Fallos 327:460) si bien alude a la falta de opción, lo hace como imposibilidad de completar excepciones para aquellos supuestos en que la modalidad de pago determinada no cumple con la función reparadora.

A mi criterio, lo cuestionable en la modalidad de pago de la renta periódica no es el cómo –conforme ya lo he explicado- sino el cuánto. Y esta perspectiva fue la sostenida por el Procurador General de la Corte en el ya citado fallo Milone, criterio al que adhirió el Ministro Belluscio, y que le hizo decir a dicho magistrado que el actor no había acreditado la evidencia económica de las ventajas involucradas en la sustitución de la renta periódica por el pago íntegro del concepto comprometido.

Consecuentemente, a efectos de resolver la cuestión de autos debe analizarse si el pago que viene efectuando la demandada cumple con la finalidad perseguida por la norma.

Los causahabientes del trabajador fallecido son su cónyuge y sus hijos –en total cuatro-, dos de ellos menores de edad. En tanto que la renta periódica establecida para el grupo familiar es de \$951,08 (fs. 69/71), representativa de un 56% del salario que percibía el trabajador cuando estaba en actividad, porcentaje que se irá disminuyendo a medida que los hijos menores alcancen la mayoría de edad pues dejan de percibir la parte de la renta a ellos asignada.

Si bien esta prestación no debe guardar una perfecta equivalencia con el salario del trabajador en actividad, no puede considerarse que constituye una reparación justa por la muerte de aquél desde el momento que comporta un pago mensual que representa la mitad de los ingresos generados por el trabajo. Y una disminución de aproximadamente el 50% -brecha que se irá incrementando conforme lo explicado en el párrafo anterior- representa una merma de tal magnitud que convierte en injusta e insuficiente la reparación, con afectación del ámbito de libertad constitucionalmente protegido resultante de la autonomía del sujeto damnificado (cfr. CSJN, 9/3/2011, “Calderón de Loiza c/ Eternit Argentina”, LL on line, AR/JUR/1747/2011).

Por lo expuesto, corresponde confirmar la declaración de inconstitucionalidad realizada en el decisorio de grado.

III.- Sentado lo anterior y en lo que respecta a los restantes agravios referidos a la forma de liquidación del capital de condena, corresponde partir del monto dinerario efectivamente recibido por la demandada, y que, conforme ella misma lo reconociera, asciende a la suma de \$195.693,65 (fs. 95 vta.), puesto que dicho monto fue el transferido por la ART para ser afectado al pago de la indemnización debida a los actores mediante el sistema de renta periódica.

De dicho monto deben deducirse los pagos periódicos realizados a favor de los actores hasta la fecha en que se efectúe la liquidación. Tanto respecto de estos pagos, como del capital del cual se deducen, deben liquidarse intereses, a efectos de mantener unos y otro a valores constantes. Estos intereses, por aplicación del precedente “Alocilla” del Tribunal Superior de Justicia, se han de liquidar de acuerdo con la tasa promedio entre la activa y la pasiva del Banco Provincia del Neuquén hasta el 31 de diciembre de 2007 inclusive, y a partir del 1 de enero de 2008, de acuerdo con la tasa activa del mismo banco.

El resultado de esta operación determinará el capital de condena, que la demandada deberá abonar a los actores, en las proporciones fijadas en el resolutorio de primera instancia, dentro de los diez días de aprobarse la planilla de liquidación correspondiente.

Sobre este capital de condena no corresponde liquidar intereses desde el momento que la demandada no se encuentra en mora en el cumplimiento de sus obligaciones, siendo la condena al pago único del capital remanente, consecuencia de la declaración de invalidez –por contraria a la Constitución Nacional- de normas vigentes en las cuales la accionada ha basado su accionar el que, hasta el momento de la sentencia, resultó ajustado a derecho.

Pero sí ha de determinarse que en el supuesto de incumplimiento de la condena en el plazo precedentemente fijado, el capital devengará un interés que se liquidará desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago, de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén.

IV.- Con relación a la imposición de costas, no encuentro que la cuestión pueda ser considerada novedosa, dados los numerosos pronunciamientos judiciales sobre la materia, incluso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por lo que, habiéndose opuesto la



demandada a la pretensión de su contraria, y habiendo resultado perdidosa no encuentro motivos para apartarme del principio objetivo de la derrota. Consecuentemente, las costas por la actuación en la primera instancia se han de imponer a la accionada.

V.- Finalmente, asiste razón al letrado de la parte actora en orden a que deben incluirse los intereses sobre el capital en la base regulatoria. Ello ha sido ya decidido por esta Cámara de Apelaciones. Más en autos, dado que no se han de liquidar intereses moratorios sobre el capital, conforme lo señalado en el apartado anterior, sino para el supuesto de incumplimiento de la condena de autos, la regulación de honorarios debe tomar como base solamente el importe de aquél, una vez determinado.

VI.- Por lo expuesto, propongo al Acuerdo modificar parcialmente el resolutorio de grado, disponiendo que el capital de condena se ha de determinar en la etapa de ejecución de sentencia de acuerdo con las pautas establecidas en el Considerando III, debiendo ser abonado por la demandada dentro de los diez días de ser aprobada la correspondiente planilla de liquidación e imponiendo las costas a la accionada, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

De acuerdo con lo normado por el art. 279 del CPCyC ha de dejarse sin efecto la regulación de honorarios de primera instancia, difiriéndose la nueva determinación para el momento en que se cuente con base regulatoria deviniendo abstracta la apelación arancelaria.

Las costas de la presente instancia se imponen a la demandada perdidosa (art. 17 ley 921), difiriéndose la regulación de los honorarios de los letrados intervinientes para cuando exista base a tal fin, los que serán del 30% de los que se fijen en la instancia de origen.

Tal mi voto.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto:

SE RESUELVE:

- 1.- Confirmar la sentencia de fojas 161/165 en lo principal disponiendo que, en la instancia de grado el capital de condena se determine en la etapa de ejecución de sentencia de acuerdo con las pautas establecidas en el Considerando III, debiendo ser abonado por la demandada dentro de los DIEZ DÍAS de ser aprobada la correspondiente planilla de liquidación.
- 2.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).
- 3.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia recurrida las que se efectuarán en la instancia de grado, una vez practicada la planilla de liquidación del capital con más los intereses devengados.
- 4.- Diferir los honorarios correspondientes a esta Alzada los que serán del 30% de los que se fijen en la instancia de grado (art.15, LA).
- 5.- Regístrese, notifíquese y, oportuna-mente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ - Dra. Patricia M. CLERICI

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

REGISTRADO AL N° 102 - T° III - F° 547/552

Protocolo de SENTENCIAS -S A L A I- Año 2011

[Volver al índice](#) [-Por Organismo](#)
[-Por Tema](#)
[-Por Carátula](#)

"LATORRE FLORES VICTORIA DEL C. C/DIODATO ANDREA YANINA Y OTRO S/ D.Y P. POR USO AUTOMOTOR C/LESION O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 355171/2007) – Sentencia: 96/11 – Fecha: 28/06/2011

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

DAÑOS Y PERJUICIOS.ACCIDENTE DE TRANSITO.AUTOMOTOR.VALOR VENAL.

Habrà de rechazarse la apelación articulada por la parte actora pretendiendo el reconocimiento del rubro concerniente a la pérdida del valor venal del automotor como consecuencia de las reparaciones realizadas, pues si bien es razonable presumir que como consecuencia de un accidente, el vehículo puede sufrir una pérdida en su valor de reventa, ello está supeditado a que la parte demuestre la existencia de los deterioros y su incidencia en las partes estructurales del automotor.



Texto completo:

NEUQUEN, 28 de junio de 2011

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "LATORRE FLORES VICTORIA DEL C. C/ DIODATO ANDREA YANINA Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOMOTOR C/LESION O MUERTE" (EXP N° 355171/7) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA CIVIL N° 3 a esta Sala I integrada por los Dres. Patricia CLERICI y Federico GIGENA BASOMBRI, en subrogancia legal –Acuerdo N° 4689 del TSJ- con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Federico GIGENA BASOMBRI dijo:

I.- La parte actora interpone a fs. 155 recurso de apelación contra la sentencia dictada a fs. 152/154, fundamentado a fs. 170/175; a fs. 156 su letrado apela sus honorarios por considerarlos bajos, y en nombre de su mandante, por altos.

A fs. 182/9 rebate la contraria los agravios.

II.- En primer lugar el actor se agravia ante el rechazo del rubro indemnizatorio reclamado por pérdida del valor venal.

Esgrime en lo central, que pese a concluir el perito en su dictamen que las reparaciones afectan un 3% del valor del rodado, el juez de grado rechaza el reclamo con argumento en las afirmaciones del perito en cuanto a no encontrarse afectadas partes vitales del automotor.

El segundo de sus agravios consiste en no diferir la sentencia atacada la regulación de los honorarios para la oportunidad en que quede firme la liquidación respectiva.

El tercero de ellos refiere a la tasa establecida en el fallo para el cálculo de intereses.

Por último, por haberse impuesto a la recurrente la obligación de abonar Tasa de Justicia, y por la diferencia entre el monto reclamado en su escrito de demanda y el de condena.

III.- Ingresando en el estudio del primer agravio, cabe sostener que el mismo no puede prosperar.

Así, si bien es razonable presumir que como consecuencia de un accidente, el vehículo puede sufrir una pérdida en su valor de reventa, ello está supeditado a que la parte demuestre la existencia de los deterioros y su incidencia en las partes estructurales del automotor.

En el caso, si bien los daños están acreditados, la pericia pertinente menciona que se trataron de "deformaciones plásticas" (fs. 119), y ante el pedido de explicaciones de la parte demandada, sostuvo el experto que "no se vieron afectadas partes vitales del rodado" (fs. 126), sin que dicho dictamen haya sido cuestionado por la ahora recurrente.

Continuando, si ha quedado firme el monto de condena por el rubro indemnizatorio por daño material –gastos de reparación de la unidad-, y a través de la prueba idónea se tuvo por acreditado que como producto del accidente no se vieron afectadas partes vitales del automotor, prueba no fuera cuestionada –como se dijera anteriormente-, entiendo corresponde desestimar el agravio sostenido por el quejoso en tal sentido.

En cuanto al segundo de los agravios traídos, propicio al acuerdo que se haga lugar al mismo, tomando para esto como antecedente lo esgrimido en autos "PAINEMAN MONTECINOS ROBLEDO E. CONTRA DANDRE MIGUEL ANGEL LUCIO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 342543/6).

En consecuencia, corresponde dejar sin efecto los honorarios regulados a favor del letrado de la parte actora, difiriendo su regulación para la oportunidad de practicarse la respectiva liquidación en la instancia de grado.

En cuanto a esto último, no resulta ocioso aclarar que al haberse consentido el resto de las regulaciones practicadas a fs. 256 vta. por sus interesados, no corresponde modificar en esta instancia lo allí resuelto.

En lo que hace al tercer agravio, siguiendo la postura sustentada en casos análogos al presente, propongo se modifique la tasa establecida en el fallo atacado, a la tasa promedio entre la activa y la pasiva del Banco Provincia del Neuquén hasta el 31 de diciembre de 2007 inclusive, y a partir del 1 de enero de 2008 la tasa a computar es la activa del mismo Banco (conf. "HOBERT" P.S. 2010 – V- 1026/1030 n° 178 y "MARI" PS 2010-VI-1216/1222N° 219, ambos de la Sala II).

Por último, en cuanto a la determinación de las sumas impuestas a su cargo en concepto de Tasa de Justicia, en primer lugar se advierte que a la fecha de interposición de la demanda (22 de agosto de 2007, cargo de fs. 10vta.), que fija la configuración del hecho imponible, se encontraba vigente el art. 286 del Código Fiscal de la Provincia en su anterior redacción, el que expresamente determinaba que si el actor se encontraba exento del pago de tasa de justicia –tal como sucede en autos por haberse concedido la franquicia de litigar sin gastos (fs. 154 vta.)- la base para la liquidación de aquella es el monto de la sentencia definitiva, transacción o conciliación.

Consecuentemente, mal puede aplicarse una normativa que no se encontraba vigente al momento de producirse el hecho imponible, siendo jurisprudencia constante que el hecho imponible que origina el pago de la tasa de justicia es la iniciación de las actuaciones (cfr. CSJN,



Fallos 319:139, 320:2375, 327:3949; TSJ Córdoba, Sala Civil y Comercial, "Sánchez c/ Sánchez", LL on line AR/JUR/1256/2008; CSJ Tucumán, Sala Civil y Penal, LL on line AR/JUR/681/2006).

Por otra parte, y aún cuando se analice la cuestión a la luz de la reforma introducida al Código Fiscal provincial, de ninguna manera puede entenderse que el proceso bajo examen es de aquellos de monto determinado.

Ello así porque se trata de un juicio por daños y perjuicios y el mismo actor al instar el proceso aclara que la suma que se consigna en la demanda es estimativa, sin perjuicio de lo que en más o en menos determine el sentenciante, conforme las probanzas a rendirse (fs. 6). Reserva que, en definitiva, resulta correcta ya que es el juez el único habilitado para determinar la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la víctima, no encontrándose sujeto en tal actividad a fórmula alguna, en tanto que una mínima precisión sobre la cuantía del proceso debe ser necesariamente incorporada a la demanda a efectos de cumplir con los recaudos del art. 330 del CPCyC. Tal criterio ha sido sustentado por la Sala II in re "Giacomaso c/Aparicio" y "Corsino c/ Martínez" (P.I. 2010-V, n° 415).

De ello se sigue que la decisión adoptada por el a quo en orden a considerar el proceso como de monto determinado, resulta errónea ya que injustificada e injustamente carga sobre el responsable del pago de las costas las consecuencias de una conducta que no estaba en su esfera de actuación poder modificar, siéndole totalmente ajena, como es la estimación de la cuantía de la reparación efectuada por el demandante en la etapa inicial del juicio, tal como se ha puesto de manifiesto en autos "Quintana c/ Quirulef" (Sala II, P.I. 2010, T° V, N°403), con cita de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por lo hasta aquí expuesto corresponde admitir el agravio traído en tal sentido, debiéndose dejar sin efecto la determinación de la Tasa de Justicia y Contribución al Colegio de Abogados efectuada a fs. 154 y su consecuente intimación de pago, disponiendo que en la instancia de origen se proceda a la liquidación de dichos tributos en base al capital acogido por sentencia.

IV.- Las costas de Alzada se impondrán en un 20% a la actora y el 80% a la demandada (art. 71 del C.P.C.C.).- Respecto de las apelaciones arancelarias interpuestas tanto por la parte actora como por su letrado a fs. 156, teniendo en cuenta lo resuelto al tratar el segundo de los agravios, deviene abstracto el tratamiento de tales recursos.-

Tal mi voto.

La Dra. Patricia Clérics dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por lo expuesto

SE RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia de fs. 152/4 en lo principal, modificándola: a) Respecto al interés a aplicar al capital de condena, el que será desde la fecha del accidente -19 de mayo de 2007- y hasta el 31 de diciembre de 2007, inclusive, a la tasa promedio entre la activa y la pasiva del Banco Provincia del Neuquén, y a partir del 1° de enero de 2008 hasta su efectivo pago según los índices que arroja la tasa activa de la misma institución bancaria; b) Dejar sin efecto la determinación de los montos por la Tasa de Justicia y Contribución al Colegio de Abogados y su consecuente intimación de pago, disponiendo que, en la instancia de origen, se proceda a la liquidación de dichos tributos en base al capital acogido por sentencia.

2.- Imponer las costas de Alzada en un 20% a la actora y el 80% a la demandada (art. 71 del C.P.C.C.).

3.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia recurrida las que se efectuarán en la instancia de grado, una vez practicada la planilla de liquidación del capital con más los intereses devengados.

4.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado a los letrados de la actora, y en el 70% de dicha suma a los letrados de la demandada (art.15, LA).

5.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRÍO Dra. Patricia M. CLERICI

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

REGISTRADO AL N° 96 - T° III - F° 526/529

Protocolo de SENTENCIAS -S A L A I- Año 2011

[Volver al índice](#) -[Por Organismo](#)
-[Por Tema](#)
-[Por Carátula](#)

"M. C. C/ F. G. E. S/ SEPARACION X CAUSAL OBJETIVA" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 47391/2011) – Sentencia: 16/14 – Fecha:



31/01/2014

FAMILIA: Divorcio.

ABANDONO VOLUNTARIO Y MALICIOSO.

El abandono como causal de la separación personal y del divorcio requiere de dos elementos, uno objetivo (el alejamiento), y otro subjetivo (la voluntad y la malicia de la acción).

El alejamiento no puede justificarse en cualquier conducta del otro cónyuge o en el simple hecho de que el clima de la convivencia matrimonial muestra signos de deterioro o de alguna tirantez, ya que una consideración tan amplia equivaldría a borrar el abandono como causal del divorcio.

Si bien las discusiones no pueden ser entendidas como causal justificatoria del abandono del hogar en si mismas consideradas, lo actuado por los cónyuges después de producida la separación pone de manifiesto que ellos consideraron que la convivencia se encontraba deteriorada y que no podía continuar.

Texto completo:

NEUQUEN, 31 de enero de 2014.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "M. C. C/ F. G. E. S/ SEPARACION X CAUSAL OBJETIVA", (Expte. EXP N° 47391/2011), venidos en apelación del Juzgado de Familia N° 4 a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada reconviniendo interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 490/496, que hace lugar a la demanda, decretando la separación personal de las partes por la causal objetiva de separación de hecho por más de dos años, y rechazando la reconvenición de divorcio por las causales subjetivas de abandono voluntario y malicioso, adulterio e injurias graves, a la vez que declara disuelta la sociedad conyugal desde la fecha de notificación de la demanda, con costas a la vencida.

A) La recurrente plantea la nulidad de la sentencia de autos por violación del art. 163 del CPCyC.

Dice que el fallo se limita a transcribir jurisprudencia y doctrina, sin decir en que se basa para determinar el rechazo de la reconvenición. Agrega que tampoco se valora la totalidad de la prueba ofrecida.

Seguidamente se explaya con citas de jurisprudencia sobre la debida fundamentación de la sentencia.

Dice que es errónea la conclusión de la a quo en orden a que el retiro del actor del hogar conyugal fue consensuado entre las partes. Señala que, como se dijo en la reconvenición, el día 2 de julio de 2008 la demandada recibió un mensaje de texto en su celular, remitido por el accionante, diciendo que se iba a retirar del domicilio, llevándose sus elementos personales. Sigue diciendo que del acta de exposición policial de fecha 10 de julio de 2008 surge que la demandada consideró que el actor había hecho abandono del hogar.

Sostiene que no se valoró que en la prueba confesional el actor reconoció que desde el 7 de agosto de 2008 no tiene contacto alguno con la accionada; en tanto que los testigos afirman que fue el demandante quién se retiró del hogar, y que ello se debió a que era la demandada quién trabajaba y aportaba para los gastos de la casa, situación que comenzó a generar discusiones por el hecho que el actor no tenía trabajo fijo. Transcribe parte de las declaraciones.

Manifiesta que fue el actor quién se fue del departamento, llevándose los vehículos de la pareja, y dejando un sinnúmero de deudas, las que todavía continúa abandonando la demandada. Se pregunta como puede catalogarse de consensuado un abandono. Pone de manifiesto que el actor ha reconocido que se llevó los dos vehículos. Vuelve a transcribir dichos de los testigos.

Señala como conclusión errónea la referida a que la separación ha tenido por objeto poner fin a una convivencia que se tornaba insostenible. Advierte que los testigos han dicho que la pareja tenía discusiones como es común, pero que ello no fue el motivo de la separación.

Destaca que el actor se fue del hogar sabiendo que a la accionada se le iba a hacer casi imposible pagar todas las deudas, e incluso retiró de la calle el vehículo de ambos, lo que supone una actitud de sustraerse al cumplimiento de aquellos deberes que el matrimonio impone recíprocamente entre los esposos.

Cita jurisprudencia y señala que debe primar la postura doctrinaria y jurisprudencial que expresa que quién hace el abandono es el que debe acreditar los motivos del mismo.

Se agravia por el rechazo de la causal de adulterio, manifestando que no obstaculiza a su procedencia el hecho de que se hubiere configurado después de la separación por abandono del hogar. Sostiene que el pasear de la mano, abrazarse en la vía pública, asistir a locales bailables en



compañía de una mujer que no es la esposa, mientras que estaba casado y conservaba una comunidad de vida matrimonial, es incompatible con el deber de fidelidad. Cita doctrina y jurisprudencia.

Subsidiariamente apela la imposición de costas a su cargo, y los honorarios regulados a todos los profesionales por altos.

Señala que la accionada posee argumentos suficientes para accionar, y que existen dos posturas jurisprudenciales respecto a los requisitos que debe reunir la causal de abandono voluntario y malicioso.

Hace reserva del caso federal.

B) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 519/528.

Señala que la sentencia posee un desarrollo lógico y relacionado, y que la crítica de la demandada es meramente retórica, ya que no se menciona en que puntos o párrafos de la sentencia de grado se valoró mal la prueba, o que razonamiento no estaría apoyado por los hechos y el derecho.

Dice que la exposición policial de la demandada refiere a la devolución de enseres personales y a la restitución de la camioneta; en tanto que la reunión posterior, el lunes siguiente a la separación, versa sobre el uso de los bienes, no del regreso del actor o de lo inesperado del retiro del domicilio. Agrega que la exposición de la demandada se realiza ocho días después de la separación, y que la que realiza el actor lleva fecha 3 de julio de 2008, explica las desavenencias, y que decidieron de común acuerdo la separación, que se lleva la camioneta y que estaría en su domicilio de B° Gregorio Alvarez, casa Cita jurisprudencia.

Sostiene que la demandada no ha actuado como una persona abandonada: no responde al mensaje de texto preguntando porque se iba, tampoco lo hace después, sólo se interesa porque no devolvió la camioneta. Con cita de jurisprudencia afirma que la exposición no constituye prueba de abandono.

Pone de manifiesto que en los dichos de los testigos aparece una constante que es la existencia de las desavenencias, las peleas y las discusiones, a la vez que ninguno invoca que el retiro del hogar haya sido intempestivo o sorpresivo, coincidiendo en que es el actor quién carece de trabajo. De ello se infiere, a criterio de la parte, que el más afectado económicamente fue el actor.

Entiende que es claro que la pareja tenía problemas graves, a tal punto que eran inocultables para terceros, amigos y allegados, y el hecho que fuera la misma demandada quién los daba a conocer a sus amigos determina que nada había de intempestivo o malicioso en la separación.

Marca contradicciones en los dichos de la apelante, reiterando que no se entiende como caería en desamparo económico quién tenía el trabajo estable, máxime cuando el actor probó haber contribuido a la deuda en común. Destaca que la documental acompañada por la demandada muestra la existencia de 18 depósitos en su cuenta, realizados por el actor –cinco superando en más del doble el monto de la cuota-. Dice que considerando el sueldo de la demandada y los montos de los depósitos realizados por el actor, se advierte que la primera no sufrió sobresalto económico alguno.

Agrega que un cotejo de las fechas de los comprobantes prueba que, durante el tiempo en que la demandada tenía el uso y goce de la camioneta, el actor la llevaba a reparar y le realizaba mantenimiento.

Con relación al adulterio señala que los testigos afirman que con posterioridad a la separación el actor no tuvo relaciones sentimentales con otra mujer.

Sobre las costas dice que es un principio procesal que quién es vencido en juicio debe cargar con los gastos del proceso.

II.- Cabe señalar, en primer lugar, que, a contrario de lo afirmado por el recurrente, la sentencia de primera instancia respeta la manda del art. 163 del CPCyC, ya que se encuentra debidamente fundada.

La crítica del quejoso, en este aspecto, no puede prosperar. La decisión de la a quo no se basa solamente en citas de doctrina y jurisprudencia. Adviértase que la sentenciante de grado plantea las distintas posturas plasmadas por la doctrina y la jurisprudencia en torno a cuestiones controvertidas, tales como la subsistencia del deber de fidelidad una vez producida la separación de hecho de los cónyuges, y la carga de la prueba del abandono malicioso, para luego señalar la postura a la que adhiere, explicando por que, y finalmente aplicar estos conceptos al caso concreto, subsumiendo los hechos –conforme surgen del material probatorio- en el derecho.

En realidad, la sentencia recurrida es un ejemplo del desarrollo lógico que debe tener un fallo judicial.

La disconformidad que pueda tener una de las partes con los fundamentos explicitados por el sentenciante no puede ser motivo para imputar ausencia de fundamentación.

III.- Sentado lo anterior he de avanzar en el análisis de los agravios del apelante, los que se centran en el rechazo de la reconvencción.

El abandono voluntario y malicioso del hogar está previsto en el art. 202 inc. 5° del Código Civil como causal de la separación personal de los cónyuges, y también de divorcio vincular por la remisión efectuada por el art. 214 inc. 1° del Código Civil.

Se ha señalado que el abandono voluntario y malicioso como causal del divorcio consiste en el alejamiento de uno de los cónyuges del hogar común, por motivos que le son exclusivamente imputables, con la intención de sustraerse de las obligaciones emergentes del matrimonio, en particular la cohabitación, asistencia y comunidad de vida. Aunque autores como Mazzinghi, Vidal Taquini y Zannoni consideran que el



abandono es toda abdicación de los deberes matrimoniales, que incluye pero no se agota con la conducta de retirarse del hogar común, y que puede darse inclusive manteniendo la convivencia. De todos modos, en autos, el actor ha dejado el hogar conyugal.

Néstor Solari señala que esta causal requiere de dos elementos, uno material, objetivo –el alejamiento–; y el otro intencional, subjetivo –intención de sustraerse de los deberes matrimoniales– (cfr. aut. cit., “La causal de abandono malicioso y voluntario del hogar”, DFyP, agosto de 2012, pág. 3). Sigue diciendo este autor que para que la causal referida se configure deben encontrarse reunidos ambos elementos. El simple alejamiento material, la ausencia o separación, o la falta de convivencia no constituyen el abandono voluntario y malicioso, pues falta el elemento subjetivo.

Es decir, en palabras del autor referido, “no basta para constituir el abandono la ausencia o separación sino que además requiere el factor moral de la imputabilidad que la ley califica de voluntariedad y malicia en la acción, es decir cuando hay falta de razón alguna, y que se expresa fundamentalmente en la circunstancia o motivo valedero que legitime la actitud del cónyuge que decide hacer cesar la cohabitación”.

Tal como lo pone de manifiesto Jorge Oscar Perrino, cuando debe analizarse esta causal será necesario obtener respuesta a dos interrogantes: por qué se realizó y para qué se realizó, a fin de determinar si se encuentran reunidos los dos elementos (aut. cit., “Derecho de Familia”, Ed. LexisNexis, 2006, T. II, pág. 1073).

En cuanto a la prueba del abandono, parte de la jurisprudencia entiende que si uno de los deberes matrimoniales es la convivencia, la actitud del cónyuge que la interrumpe unilateralmente y se instala en otra vivienda debe catalogarse, en principio, como ilícita. Calificación que puede ser desvirtuada por prueba en contrario, que debe aportar el cónyuge que se ha retirado del hogar conyugal (cfr. Cám. Nac. Apel. Civil, Sala G, “M., M.L. c/ L., J.H.”, 4/12/2012, LL 2012-D, pág. 23).

Por su parte, existen fallos de otros tribunales, a partir de la vigencia de la Ley 23.515, que sostienen que luego del egreso de uno de los cónyuges del hogar común se supone la decisión conjunta de la separación de hecho, salvo prueba en contrario que la desmienta. Por tanto, quién alega la inocencia en la separación debe probar que ha sido causada por el otro cónyuge (cfr. Cám. Nac. Apel. Civil, Sala C, 23/5/1995, LL 1996-B, pág. 11; ídem., Sala K, 14/2/1995, LL 1995-D, pág. 399).

En autos contamos con el elemento objetivo. Se encuentra reconocido por las partes que el actor fue quién se retiró del hogar conyugal.

El problema se circunscribe, entonces, a dilucidar si se encuentra desvirtuada la presunción de ilicitud, a través de prueba que demuestre la inexistencia del elemento subjetivo; o la presunción de separación concertada, mediante la prueba que acredite la existencia del mismo elemento. Hago un paréntesis para señalar que no entiendo necesario enrolarme en una u otra postura, ya que entiendo que ello resultaría procedente si no se contara con material probatorio, más en autos existe prueba suficiente.

Si bien es fácil enunciar la cuestión, resulta difícil desentrañar la motivación tenida por las partes. Conforme lo destaca Jorge Adolfo Mazzinghi (h), el alejamiento no puede justificarse en cualquier conducta del otro cónyuge o en el simple hecho de que el clima de la convivencia matrimonial muestra signos de deterioro o de alguna tirantez, ya que una el alejamiento consideración tan amplia equivaldría a borrar el abandono como causal del divorcio. Si al cónyuge que se retiró del hogar le bastara con acreditar que la convivencia no era armoniosa, nadie incurriría en abandono (cfr. aut. cit., “Divorcio por culpa de los cónyuges. Valoración judicial de la conducta”, LL 2012-D, pág. 22).

Por ello entiendo que en el supuesto de autos no resultan tan relevantes los dichos de los testigos respecto de las características de la convivencia matrimonial. Ello sin dejar de destacar que son coincidentes en cuanto a la existencia de discusiones, principalmente por temas económicos.

Lo determinante en el caso bajo análisis, a mi criterio, ha sido la conducta de los cónyuges durante la separación y con posterioridad a ella. Conducta que también es puesta de manifiesto por la sentenciante de grado.

Si bien la demandada sostiene que se enteró de la decisión del actor de dejar el hogar conyugal por un mensaje telefónico, lo cierto es que nada hizo para impedir el alejamiento, ni tan siquiera reclamó explicaciones sobre esa actitud. Luego, la exposición policial que realiza la demandada tiene como único objetivo lograr la recuperación de las cosas que había retirado el actor del domicilio común, como así también del vehículo del matrimonio. Más aún, todos los reclamos posteriores y los intercambios epistolares giran en torno a cuestiones materiales, principalmente la tenencia de la camioneta de propiedad común. A ello agregó que, y también lo destaca la a quo, la separación se produce en julio de 2008, en tanto que la demandada inicia los trámites de divorcio en marzo de 2011 (incluso después de promovida la acción de separación personal por parte del actor, aunque no se encontraba notificada de esta demanda al momento de plantear el pedido de divorcio).

Incluso, señala la sentencia de grado que ambas partes son contestes en que pocos días después de producida la separación, el marido volvió al hogar común solicitando la entrega de una motocicleta, la que le fue dada por la demandada.

Uniendo la conducta de los litigantes con el clima de la convivencia, del que dan cuenta los testimonios, no cabe sino avalar la conclusión de la jueza de primera instancia respecto a que no existió abandono voluntario y malicioso por parte del actor, sino que se trató de una separación consensuada o, cuanto menos, avalada y tolerada por los cónyuges.



Reitero, si bien las discusiones no pueden ser entendidas como causal justificatoria del abandono del hogar en sí mismas consideradas, lo actuado por los cónyuges después de producida la separación pone de manifiesto que ellos consideraron que la convivencia se encontraba deteriorada y que no podía continuar.

La jurisprudencia tiene dicho que la actitud de inactividad del cónyuge abandonado llega a convertirlo en partícipe del estado de separación de hecho, en condiciones tales que permite inferir la existencia de un acuerdo de voluntades respecto del alejamiento del cónyuge que, al margen de la discusión sobre la culpa de su origen, fue finalmente aceptado tácitamente por ambos (Cám. Nac. Apel. Civil, Sala A, 26/10/1990, LL 1991-B, pág. 1).

La recurrente hace hincapié en los problemas económicos que habría tenido como consecuencia de las deudas de la sociedad conyugal, considerando que la intención del actor fue sustraerse al cumplimiento del deber de asistencia, incurriendo en abandono material de la accionada. Sin embargo, ello no es así.

La demandada contó siempre con un empleo estable, incluso ella misma denuncia que era su cónyuge quien no tenía trabajo fijo. Por tanto no puede afirmarse que a partir de la separación se haya quedado sin ingresos para su subsistencia.

En cuanto a las deudas, ellas nunca fueron motivo de reclamo frente al actor. No surge, por otra parte, de los movimientos de la caja de ahorros de la demandada obrante a fs. 333/356 que la situación haya empeorado después de la separación. Incluso la entidad bancaria informa que la demandada no registra cuotas impagas de su crédito (fs. 357). Ello claro está sin perjuicio que la señora F. haga valer los pagos realizados sobre el crédito que le otorgara el Banco Provincia del Neuquén –única deuda comprobada que tenía la sociedad conyugal-, si es que los afrontó con su exclusivo peculio, al momento de determinarse la distribución de los bienes que integraron aquella sociedad.

La sentencia resulta correcta entonces, en cuanto determina que no ha existido abandono voluntario y malicioso del hogar por parte del actor.

IV.- A igual conclusión arribo respecto de la causal de adulterio e infidelidad.

El adulterio, en tanto relación sexual con un extraño al matrimonio, no se encuentra probado.

Los testigos de autos dicen haber visto al actor en compañía de mujeres, siempre con posterioridad a la separación de hecho, en lugares públicos y en actitudes que demostrarían la existencia de una relación sentimental. Ello puede constituir infidelidad que configure injuria grave, pero, reitero, no alcanza para ser considerado adulterio.

Ahora bien, oportunamente me he expedido señalando que, si bien en principio, el deber de fidelidad subsiste durante la separación de hecho de los esposos y por el plazo requerido para decretar el divorcio en los términos del art. 214 inc. 2 del Código Civil, no puede establecerse una duración taxativa a este deber, pudiendo existir indicadores que demuestren que con anterioridad al transcurso de aquél lapso, ya no se encontraba latente la posibilidad de reconciliación entre los esposos (Sala I, P.S. 2011-III, n° 95).

En autos, como lo dije, las apariciones públicas del actor con otras mujeres fueron siempre posteriores a la separación de hecho, y entiendo que no reúnen la entidad necesaria para ser consideradas injuria grave.

Así la testigo H. (acta de fs. 372/vta.) declara que “se lo cruzó en el centro (por el actor)... Él iba en la Fiorino blanca con una chica al lado, también un pub lo vio con una chica”, aclarando que en esta última ocasión estaban el actor y la otra persona abrazados, situando lo sucedido en marzo de 2011. La testigo M. C. (acta de fs. 373/376) señala que en diciembre de 2010 vio al actor en la Plaza de las Banderas con una chica embarazada, y que en junio de 2011 lo vio en Bloque con una chica y un chico. La testigo L. (acta de fs. 377/ vta.) manifiesta que a los pocos días de la separación de las partes vio al actor entrar a Jumbo de la mano con una chica, y que en febrero de 2011 lo vio bajar de la camioneta frente a una heladería con una chica en horas de la noche.

En fecha cercana a la separación se sitúa un sólo episodio, en tanto que los demás se ubican en los años 2010 y 2011, o sea con bastante posterioridad a la separación que se produjo en el año 2008, y considerando que la misma demandada petitionó el divorcio en marzo de 2011. Por otra parte, tampoco de lo relatado surge que en todos los supuestos puede entenderse que al actor y a la otra persona lo unía una relación sentimental. A ello agrego que, tal como lo desarrollé al analizar la causal de abandono, la separación fue tolerada por la demandada, no pudiendo entenderse que en algún momento, posterior al retiro del hogar conyugal por parte del demandante, existió la intención en los litigantes de retomar la vida en común.

Ello me lleva a concluir que estas apariciones públicas del actor no tienen la entidad suficiente como para constituir injuria grave, conforme lo adelanté.

V.- Resta por analizar la imposición de las costas procesales y la apelación arancelaria.

Con respecto al primer tema, no encuentro que existan razones para hacer excepción al principio objetivo de la derrota consagrado en el art. 68 del CPCyC. Ya he dicho que el hecho de creerse con derecho a litigar no puede servir de justificación para eximir total o parcialmente de las costas a quién ha resultado perdedor en su pretensión, ya que, en definitiva, todos los que acuden a sede judicial para plantear una demanda, o se oponen a su progreso, entienden que les asisten razones suficientes para actuar de tal manera.



En lo concerniente a los honorarios regulados a los letrados de las partes, los mismos no resultan elevados desde el momento que se han fijado en el mínimo legal establecido por el art. 9, inc. I, apartado I de la Ley 1594.

VI.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo confirmar el resolutorio apelado en lo que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la apelante perdedora (art. 68, CPCyC), correspondiendo regular los honorarios profesionales de acuerdo con la manda del art. 15 de la ley arancelaria.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello esta Sala II,

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 490/496, en todo lo que fuera materia de recursos y agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada a la apelante perdedora (art. 68 del C.P.C.C).

III.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes e esta Alzada, en las siguientes sumas: para el Dr. ..., patrocinante del actor, de PESOS ... y para los Dres. ... y ..., patrocinantes de la demandada, de PESOS ... (\$...) en conjunto. (art. 15 L.A.).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrió - Dra. Patricia M. Clérici

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

[Volver al índice](#) [-Por Organismo](#)
[-Por Tema](#)
[-Por Carátula](#)

"C. N. C. C/ A. M. R. S/ ALIMENTOS PARA EL CONYUGUE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 54320/2012) – Sentencia: 17/14 – Fecha: 31/01/2014

DERECHO DE FAMILIA: Alimentos.

ALIMENTOS PARA EL CONYUGUE. EXTENSIÓN DE LA OBLIGACION. COSTAS

Cierto es que no existe en autos declaración de culpabilidad (para uno o para ambos cónyuges), por lo que no puede exigírsele al alimentante que coloque a su cónyuge, mediando separación de hecho, en la misma posición económica que tenía durante la convivencia matrimonial. Pero tampoco puede pretenderse que la obligación alimentaria se limite a las necesidades extremas.

Indudablemente, la separación de hecho ha colocado a la demandante en una situación de desigualdad frente a su cónyuge. El demandado, quién proveyó siempre al sustento de la familia a través de su trabajo, mantiene el control del dinero con posterioridad a la separación; en tanto que el trabajo desempeñado por la actora en el marco matrimonial nunca fue pago.

El fallo de grado resulta acertado en cuanto fija una cuota alimentaria para la actora, dado que la separación de hecho determinada por las partes impactó con mayor rigor en la demandante como consecuencia de la distribución de tareas concertada por el matrimonio durante su convivencia, colocándola en un estado de necesidad por no contar con trabajo remunerado.

Sopesando, entonces, los extremos acreditados en autos, y considerando los ingresos del alimentante, entiendo que corresponde reducir la cuota alimentaria fijada en la sentencia de grado, estableciéndola en un 18% de la base determinada en el fallo de primera instancia con más lo que percibe el alimentante en concepto de asignación familiar por cónyuge.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen al alimentante, ya que no obstante el resultado de la apelación, el crédito de la actora, dado su naturaleza, no puede verse disminuido por el pago de los gastos derivados de la persecución judicial de su derecho.

Texto completo:

NEUQUEN, 31 de enero de 2014.



Y VISTOS:

En acuerdo extraordinario estos autos caratulados: "C. N. C. C/ A. M. R. S/ ALIMENTOS PARA EL CONYUGUE", (Expte. EXP N° 54320/2012), venidos en apelación del Juzgado CAMARA CIVIL - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 91/94 vta., que hace lugar a la demanda y fija una cuota alimentaria mensual equivalente al 30% de los ingresos del alimentante, deducidos los descuentos de ley, con costas al vencido.

A) El recurrente se agravia señalando que ha sido la actora quién dio causa a la separación de hecho de las partes y que el demandado nunca dejó de asistirle.

Sostiene que la actora no acreditó la extensión de los gastos en que funda su reclamo; en tanto que el monto de la cuota fijada por el a quo, sin justificación alguna, coincide con la solicitada en la demanda.

Entiende que existen en autos diversas circunstancias que debieron ser consideradas por el juez de grado, tales como que el alimentante es el único sostén de toda la familia, por cuanto la actora en nada colabora con la manutención de los hijos R. y E.; que el 30% de sus haberes se ha asignado únicamente para la cónyuge, por lo que difícilmente el resto del salario alcance para afrontar las necesidades del resto del núcleo familiar y de sí mismo, destacando que sus gastos se incrementaron a partir de la separación, agravándose con la necesidad de tener que mantener, en la actualidad, un departamento para que sus hijos tengan un lugar donde vivir.

Destaca que la actora no demostró la supuesta modificación del nivel económico del que gozaba antes de la separación, señalando que quienes si sufrieron esta disminución fueron sus hijos y él mismo.

Pone de manifiesto que el 30% de sus haberes significa una suma de entre \$ 2.400 y \$ 2.500 mensuales.

Impugna las declaraciones testimoniales de A. y S. ya que ambos testigos manifestaron estar comprendidos en las generales de la ley, afirmando que lo declarado lo saben por lo que la actora les contó, y defiende el testimonio de G..

Se queja por la declaración de extemporaneidad del hecho nuevo denunciado por su parte respecto a que la actora había procedido a alquilar la vivienda que fuera sede del hogar conyugal, decidiendo sin consultar al demandado y percibiendo en forma exclusiva el canon locativo.

Cita jurisprudencia en respaldo de su posición.

B) La actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 107/108 vta.

Dice que se encuentra acreditado que la separación la ha dejado prácticamente en la calle, al punto de tener que pernoctar en un camping por no contar con un lugar donde vivir. Destaca que el mismo apelante reconoce que ha sido siempre el único sostén de la familia, señalando que le resulta sumamente difícil a su edad insertarse en el mercado laboral, y que la obligación alimentaria de los arts. 198 y 201 del Código Civil determina que la cuota debe tender a preservar el nivel económico que tenía la reclamante durante la convivencia.

Sigue diciendo que en el año 2011, meses después de la separación de hecho, debió iniciar el reclamo por alimentos para sus hijos, y entiende que la expresión de agravios tergiversa el contenido de las declaraciones testimoniales.

II.- En autos el demandado se ha allanado a la pretensión alimentaria de su cónyuge (fs. 38 vta.), encontrándose en discusión únicamente la extensión de esta obligación.

De las constancias de autos surge que las partes contrajeron matrimonio en el año 1992, habiéndose producido la separación de hecho en el año 2011. Durante este tiempo el demandado fue el único sostén de la familia, compuesta además por dos hijos, extremo éstos que no se encuentran discutidos.

Al momento de la separación la actora contaba con 53 años de edad, no habiendo trabajado fuera de su hogar durante el término de la convivencia matrimonial. Asimismo las partes no discuten que la hija R. vive actualmente en la localidad de Las Grutas, provincia de Río Negro, manteniendo una relación concubinar y habiendo alcanzado la mayoría de edad; en tanto que el hijo E. presenta una enfermedad psiquiátrica que lo incapacita, y vive solo (es mayor de edad), siendo asistido económicamente por su padre.

Con respecto a la extensión de la obligación alimentaria entre cónyuges separados de hecho esta Sala II ha dicho: "... ¿cuál es la extensión que corresponde otorgar a la obligación alimentaria que surge del art. 198 del Código Civil? ¿la restringida, circunscribiendo los alimentos a los de extrema necesidad, o amplia, entendiéndose que el cónyuge peticionante debe mantener el nivel económico que tenía antes de la separación?"

"Cierto es que no existe en autos declaración de culpabilidad (para uno o para ambos cónyuges), por lo que no puede exigírsele al alimentante que coloque a su cónyuge, mediando separación de hecho, en la misma posición económica que tenía durante la convivencia matrimonial. Pero tampoco puede pretenderse que la obligación alimentaria se limite a las necesidades extremas".

"Surge de las constancias de autos, que las partes organizaron la vida familiar, durante la convivencia del matrimonio, adjudicando a la actora el rol de madre y gestora doméstica, asumiendo por ello la crianza y el cuidado de los hijos, y el cuidado y organización del hogar común..."



“Indudablemente, la separación de hecho ha colocado a la demandante en una situación de desigualdad frente a su cónyuge. El demandado, quién proveyó siempre al sustento de la familia a través de su trabajo, mantiene el control del dinero con posterioridad a la separación; en tanto que el trabajo desempeñado por la actora en el marco matrimonial nunca fue pago”.

“Cecilia Grosman y Marisa Herrera (“Un fallo que actualiza el debate sobre la diada alimentos a los hijos y derechos humanos”, cit. por Ripa, Mariana, “Deber alimentario: niños, niñas, adolescentes y su vinculación con los derechos de género”, JA 2013-II, n° 12, pág. 27) señalan que “precisamente, por esta división de tareas en función del sexo se ha advertido que la posición de dependencia económica de la mujer con relación al hombre, sujeto productor, ha traído como consecuencia que la mujer que no vive en pareja sea más vulnerable a la pobreza”.

“En autos, la vulnerabilidad de la actora con posterioridad a la separación ha quedado demostrada con las declaraciones de los testigos, quienes han dado cuenta de las penurias que tuvo que pasar a efectos de mantener a sus hijos y mantenerse a sí misma ante la renuencia del demandado a contribuir con el sostenimiento de su prole y de su cónyuge...”.

“Por ello, y más allá de la cuota alimentaria establecida para los hijos –la que no se encuentra en discusión en esta instancia-, entiendo que el fallo de grado resulta acertado en cuanto fija una cuota alimentaria para la actora, dado que la separación de hecho determinada por las partes impactó con mayor rigor en la demandante como consecuencia de la distribución de tareas concertada por el matrimonio durante su convivencia, colocándola en un estado de necesidad por no contar con trabajo remunerado. Si bien en la actualidad la demandante tiene trabajo asalariado, tal circunstancia, por sí sola, no resulta suficiente, por el momento, para considerar superado el estado de vulnerabilidad al que hice referencia, teniendo en cuenta el importe de la remuneración que percibe. Ello sin perjuicio de la evolución de la situación de la accionante y eventual cese de la obligación alimentaria a su favor” (autos “Blanco c/ Paganini”, P.I. 2013-V, n° 328).

La situación que aquí se analiza no difiere mayormente de la considerada en el precedente citado. Tenemos un matrimonio que estructuró su vida familiar, adjudicando a la mujer el cuidado de los hijos y del hogar, y reservando para el marido la provisión de lo necesario para la subsistencia del grupo familiar.

Con este esquema de funcionamiento, la ruptura de la convivencia ha colocado a la actora en una situación de vulnerabilidad y de inferioridad frente al demandado, que es quién cuenta con los recursos económicos. A ello se agrega que en autos, y tal como lo destaca la parte actora al contestar la expresión de agravios, su edad no la ayuda para conseguir proveer a su subsistencia por sus propios medios.

Los testigos son contestes en que la demandante, con posterioridad a la separación, quedó en una mala posición económica, realizando tareas de planchado para terceros y venta de cosméticos, y desempeñándose como empleada doméstica a efectos de obtener ingresos económicos.

También debe considerarse, a efectos de valorar la cuota alimentaria, que el demandado se hace cargo exclusivamente de su hijo discapacitado.

Sopesando, entonces, los extremos acreditados en autos, y considerando los ingresos del alimentante, entiendo que corresponde reducir la cuota alimentaria fijada en la sentencia de grado, estableciéndola en un 18% de la base determinada en el fallo de primera instancia con más lo que percibe el alimentante en concepto de asignación familiar por cónyuge.

III.- Con relación al hecho nuevo denunciado por el demandado (locación del inmueble que fuera asiento del hogar conyugal), la declaración de extemporaneidad resulta ajustada a derecho desde el momento que su presentación en el expediente es posterior al dictado de la sentencia recurrida, por lo que mal puede ser aceptado a efectos de revertir lo ya decidido por el a quo.

Si bien esta presentación no fue sustanciada en la instancia de grado, tampoco encuentro que esta nueva circunstancia –alquiler del inmueble- pueda influir en la apelación ya que, como se señaló, el hecho que la cónyuge cuente con algún ingreso dinerario, dada su situación posterior a la separación, no resulta un obstáculo para la procedencia de la obligación alimentaria ni para la fijación de la cuota alimentaria en el porcentaje ya indicado. Ello, claro está, sin perjuicio del derecho que pudiera tener el demandado sobre el bien inmueble, cuestión que debe ser debatida en otro ámbito.

IV.- Por lo expuesto, propongo al Acuerdo modificar parcialmente el resolutorio apelado disminuyendo la cuota alimentaria, la que se fija en el 18% de la base determinada por el juez de grado con más lo percibido por el alimentante en concepto de asignación familiar por cónyuge.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen al alimentante, ya que no obstante el resultado de la apelación, el crédito de la actora, dado su naturaleza, no puede verse disminuido por el pago de los gastos derivados de la persecución judicial de su derecho. La regulación de los honorarios profesionales se difiere para cuando se cuente con base a tal fin.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos explicitados en el voto que antecede, es que adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Modificar la sentencia dictada a fs. 91/94, disminuyendo la cuota alimentaria a favor de N. C. C., la que se fija en el 18% de la base determinada por el juez de grado con más lo percibido por el alimentante en concepto de asignación familiar por cónyuge.



II.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido, de conformidad con los términos expresados en los considerandos, y en su calidad de alimentante.

III.- Diferir la regulación de los honorarios profesionales hasta el momento de contar con base a tal fin (art. 15, L.A.).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico P. GIGENA BASOMBRIÓ - Dra. Patricia M. CLERICI

Dra. Micaela S. ROSALES - SECRETARIA

[Volver al índice](#) [-Por Organismo](#)
[-Por Tema](#)
[-Por Carátula](#)

"CORTES JORGE LUIS C/ ARDITO ROMINA VALERIA Y OTRO S/ COBRO SUMARIO DE PESOS" -
Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II -
(Expte.: 414097/2010) – Interlocutoria: 418/1 I – Fecha: 06/10/2011

DERECHO PROCESAL: Actos procesales.

NOTIFICACIÓN. NOTIFICACIÓN BAJO RESPONSABILIDAD DE LA PARTE.

Si la actora solicita que se notifique en el domicilio “bajo responsabilidad” de su parte, la petición debe ser admitida porque en definitiva, es la que subyace en el texto y en el espíritu del art. 338 del Código Procesal, toda vez que si el demandante- bajo esa fórmula- insiste en el domicilio denunciado, correrán por su cuenta y riesgo las consecuencias de su obrar cuando, como lo señala el citado artículo, ulteriormente resultare probado que era falso el domicilio que el ejecutante asignó al demandado.

Texto completo:

NEUQUEN, 06 de octubre de 2011.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ORTES JORGE LUIS C/ ARDITO ROMINA VALERIA Y OTRO S/ COBRO SUMARIO DE PESOS", (Expte. N° 414097/10), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL Y DE MINERIA NRO. 6 a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIÓ y Patricia CLERICI, con la presencia del Secretario actuante Dr. Miguel E. BUTELER y,

CONSIDERANDO:

I.- Vienen los presentes a estudio del Cuerpo en virtud de la apelación en subsidio interpuesta por la actora a fs. 114 y que fuera concedida a fs. 115.

Se agravia por cuanto en reiteradas oportunidades ha intentado notificar al demandado en distintos domicilios, no haciéndose lugar a la notificación bajo responsabilidad de su parte.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada entendemos asiste razón al quejoso.

Tal como lo indica la parte en su escrito recursivo hemos dicho sobre el tema:

“Debe tenerse en cuenta que esta creación jurisprudencial consiste en practicar la notificación en el domicilio denunciado por la parte, bajo su responsabilidad, como perteneciente a la contraria y se da generalmente ante el fracaso de una notificación anterior. Por otra parte si el domicilio asignado a la contraria fuera falso, probado el hecho, se anulará todo lo actuado a costa del demandante. (Conf. Pl. 2004-III- 202-429/430 Sala II.-)”

“Además este tipo de notificación “Procede ante la solicitud de parte interesada, sin exigirse justificación previa alguna de haber realizado diligencias para demostrar que la contraparte tiene su domicilio en el lugar denunciado. La razón es que se supone que el denunciante es el primer interesado en extremar las precauciones a fin de evitar la nulidad y el pago de las costas.” (ED. 84-348 CNCiv., Sala A, 19/5/78, LL. 1979-D-540).

“Si la actora solicita que se notifique en el domicilio “bajo responsabilidad” de su parte, la petición debe ser admitida porque en definitiva, es la que subyace en el texto y en el espíritu del art. 338 del Código Procesal, toda vez que si el demandante- bajo esa fórmula- insiste en el



domicilio denunciado, correrán por su cuenta y riesgo las consecuencias de su obrar cuando, como lo señala el citado artículo, ulteriormente resultare probado que era falso el domicilio que el ejecutante asignó al demandado” (LDT. CC0201 LP, B67305 RSI-157-89-I 2-5-89).

Por otro lado y conforme resulta de las constancias de la causa se advierte que con anterioridad ya se practicó la notificación de la demanda bajo responsabilidad de la parte actora, razón por la cual no se advierte que deba variarse el criterio aún en el supuesto de que la decisión a comunicarse sea la sentencia dictada.

Por lo expuesto y como ya lo adelantáramos, corresponde hacer lugar al recurso en estudio y en consecuencia revocar el proveído atacado, disponiendo que se libre la cédula en la forma solicitada por la actora.

Por todo ello, esta Sala II.

RESUELVE:

I.- Revocar el auto de fs. 113, disponiendo que se libre la cédula en la forma solicitada por la actora.

II.- Regístrese y vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dr. Miguel E. Buteler - SECRETARIO

REGISTRADO AL N° 418 - T° V - F° 985 / 986

Protocolo de INTERLOCUTORIAS -S A L A II- Año 2011

[Volver al índice](#)

[-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"IBAÑEZ OSCAR ACRICIO C/ GRUICH ANA LAURA Y OTROS S/DESALOJO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 344151/2006) – Sentencia: 235/11 – Fecha: 25/10/2011

DERECHO PROCESAL: Partes del proceso.

JUICIO DE DESALOJO. FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA. BOLETO DE COMPRAVENTA. DEFENSA DE POSESIÓN. PRUEBA. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. FALTA DE ACREDITACION DE LA POSESION. INTRUSIÓN DE LOS DEMANDADOS.

Habrà de revocarse la resolución de la instancia de grado por cuanto el actor carece de legitimación activa para instar el desalojo de los demandados. Ello así, ya que el accionante a efectos de lograr la restitución del inmueble invocó ser propietario con fundamento en un boleto de compra venta que no es tal, desde el momento que la prueba pericial caligráfica ha concluido en que la firma correspondiente al vendedor es falsa.

De la prueba colectada en autos no surge la condición de poseedor del demandante. Debe quedar claro un extremo, la demandada se reconoce intrusa, y la existencia de cercado con candado, que entiendo la vivienda lo tenía al momento de la ocupación, puede ser relevante para calificar la intrusión, pero no para otorgar la calidad de poseedor al actor.

Texto completo:

NEUQUEN, 25 de octubre de 2011.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "IBAÑEZ OSCAR ACRICIO CONTRA GRUICH ANA LAURA Y OTROS S/DESALOJO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL", (Expte. N° 344151/6), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 4 a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Sandra ANDRADE y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia M. CLERICI, dijo:

I.- La parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 196/198 vta., que hace lugar a la demanda de desalojo, con costas.



La apelante se agravia, en primer lugar, porque entiende que la actora, no siendo titular registral del inmueble, no ha acreditado ser poseedora de la cosa cuyo desalojo pretende. Dice que la demandante finca su título en un boleto de compraventa glosado a fs. 1, que carece de toda formalidad para ser oponible a terceros, el que ni tan siquiera se corresponde con la descripción de los hechos efectuada por el accionante. Sigue diciendo que el acto jurídico por el cual se alega la adquisición del bien se habría celebrado entre el señor Diógenes del Carmen Neira y el actor, lo cual se encuentra desestimado por la pericial caligráfica de fs. 156/165, donde la perito concluye que la firma atribuida al vendedor no se corresponde con las tenidas como auténticas. Por ende, afirma la apelante, el señor Neira no transmitió derecho alguno al actor.

Señala que también resulta relevante la contradicción en las fechas invocadas por el actor como el momento en que nació el presunto derecho: conforme lo asentado en el boleto de compraventa, éste se consigna celebrado el 15 de febrero de 1991, más la documental obrante a fs. 7, acompañada por la actora, se encuentra fechada el 2 de septiembre de 1985 y suscripta supuestamente por el señor Neira y el actor, quién al momento de la petición no tenía derecho alguno. Pone de manifiesto que el actor, en la demanda, denuncia que adquirió el bien en el año 2001, no entendiéndose entonces porque la posesión la tenía desde el año 1985. Agrega que el propio actor, cuando absuelve posiciones, afirma que, en realidad, el terreno se compró a la Municipalidad de Plottier por falta de pago de impuestos.

Expresa que el actor en su demanda sostiene que los servicios de luz, gas y agua eran abonados puntualmente por el mismo, encontrándose acreditado en autos que el inmueble, en oportunidad de la ocupación por parte de la señora Gruich carecía de luz, y que desde el mes de noviembre de 2005 este servicio se encuentra a nombre de la demandada; que el servicio de gas nunca fue instalado en el terreno y que el de agua se adeuda desde el período 1/02, al igual que los impuestos retributivos que gravan el inmueble.

Sostiene la apelante que de la totalidad de las pruebas ofrecidas y producidas por las partes, en especial la documental y las testimoniales, no puede afirmarse válidamente la existencia de la obligación de restituir la cosa por parte de los demandados, toda vez que se encuentran ocupando un bien que se encontraba en total estado de abandono. Cita la conclusión del juez penal al absolver a la demandada ante la inexistencia de violencia o clandestinidad en la ocupación reconocida.

Señala que ninguno de los testigos expresa que el actor o su familia hubieran habitado el inmueble.

En tercer lugar se agravia por entender que el juicio de desalojo no es la vía adecuada para debatir y dilucidar cuestiones que desbordan su objetivo, como son las relativas al mejor derecho a la posesión o la posesión misma, otro tanto ocurre con la disputa acerca de cuál de los dos contendientes pueda tener derecho a acceder al dominio en función del antecedente que cada uno invoca.

La actora no contesta el traslado de la expresión de agravios de su contraria.

II.- Conforme la apelación de la parte demandada, la cuestión traída a conocimiento de la Alzada refiere a la legitimación activa del actor para instar el desalojo de los demandados, quiénes han reconocido su calidad de intrusos.

En autos el actor invocó ser propietario del inmueble cuyo desalojo se persigue con fundamento en un boleto de compra venta que no es tal, desde el momento que la prueba pericial caligráfica ha concluido en que la firma correspondiente al vendedor es falsa.

Sin perjuicio de ello, lo determinante a efectos de acreditar la legitimación del actor para demandar el desalojo es comprobar su calidad de poseedor del inmueble, posesión que dice tener desde el año 1985.

Jurisprudencialmente se ha determinado que quién alega la condición de poseedor ha de acreditar, acabadamente y no sólo prima facie, nada más, pero tampoco nada menos, que detenta la cosa con intención de someterla al ejercicio de su derecho de propiedad (cfr. SCJBA, 2/7/2003, "Cencosud S.A. c/ Lanzavecchia", LL on line AR/JUR/4265/2003). Si bien es cierto que nos encontramos en el marco de un proceso abreviado, donde no puede exigirse la amplitud probatoria propia de un juicio de pleno conocimiento, de igual modo la prueba de la posesión tiene que ser fehaciente a efectos de generar en el juzgador la convicción que el demandante tiene el derecho a que se le restituya el inmueble.

Y a contrario de lo que entiende la a quo, considero que esta convicción no puede ser derivada la prueba aportada.

Así tenemos que el actor denuncia la usurpación de la vivienda con fecha 17 de agosto de 2005 (certificado de denuncia de fs. 5), señalando que tomó conocimiento de la ocupación porque un vecino le dejó un mensaje en el contestador de su teléfono, y agrega "de la casa tengo un papel firmado por un abogado del municipio local donde me autorizaba la ocupación del terreno, que este papel me lo dieron en el año 1985 y hace unos meses había comenzado con los trámites para escriturar, pero todavía no está, que en este momento no tengo dicho papel, pero lo haré llegar en cuanto pueda. Que dicho terreno en ese momento se lo compré al municipio local...". Sin embargo en autos su derecho lo finca en un boleto de compraventa (no alegado en la denuncia), que a la postre se demostró que no era auténtico.

A fs. 3 obra un recibo, sin aclaración de la firma, en un papel con membrete del Dr. Gustavo Javier Di Maggio, "por pago de honorarios convenidos por lo adeudado a la Municipalidad de Plottier por el lote F-10", más dicho recibo no tiene constancia de la fecha de emisión, ni menos aún aclara que era lo adeudado a la comuna de Plottier. A fs. 7 obra nota de fecha 2 de septiembre de 1985, en la cual y juntamente con el señor Neira (a quién el actor reconoce como propietario del terreno desde el momento que lo hace aparecer como vendedor en el boleto de fs. 1, fechado en el año 1991) solicita tierra para rellenar el terreno.



De acuerdo con el informe de deuda de fs. 50, se adeudan tasas municipales que afectan al inmueble desde enero de 2002, y desde la misma fecha se adeuda el canon del servicio de agua potable tal como lo informa la prestataria del servicio a fs. 51/52.

El testigo Abelardo Palacios (declaración de fs. 122/vta.) señala que no sabe quién es el legítimo poseedor del lote, que era compañero de trabajo del actor “y sabía que él tenía esa propiedad” y relata que “en una oportunidad estábamos juntos en la comisión de la mutual y él estaba a cargo del mantenimiento de la mutual. En 2005 la mutual tuvo un problema de agua, necesitábamos un tanque y él ofreció uno que estaba en su casa de Plottier. Lo fuimos a buscar con el taxiflet, la casa estaba con candado, él abrió el portón, ingresó el taxiflet, fuimos hasta el fondo, él abrió la puerta de la cocina y sacamos el tanque y nos fuimos. Él cerró todo con llave. Por eso sé que era de él, él entró con su llave. Eso fue en el verano, fines de enero-febrero del 2005”. La testigo Lucía Sanguiliano (acta de fs. 129/vta.) –vecina de la vivienda- señala que nadie ocupaba la casa hasta el año 2005 y que en el mes de agosto de ese año (momento de la ocupación) el terreno estaba abandonado, lleno de pastizales y no había nadie ni nada, la casa únicamente, que la casa tenía puertas y ventanas deterioradas, que el predio en los laterales tenía alambre, porque había vecinos en el fondo tenía paredón y adelante no tenía nada. Agrega la testigo que, por comentarios, sabe que vivía un abuelito, pero nunca vió a nadie.

El testigo Pedro Yáñez, también vecino del lugar, relata que “después que estuvo el abuelo, el dueño, hubo un inquilino...la casa estaba abandonada y sigue abandonada...estaba cercado, con alambre tejido y tenía un candado...”. Sigue diciendo que antes que la ocupara la demandada las aberturas y puertas estaban abiertas y rotas, y que en la vivienda no había muebles. Preguntado sobre quienes eran los anteriores dueños del predio contesta “un viejito jubilado chileno que era de Cipolletti, él armó la casilla”, y preguntado sobre si el actor vivió en el lugar contestó: no vivió nunca, venía de vez en cuando a verla, la tenía con llave” (acta de fs. 130/vta.). El testigo Fausto Salazar Flores (declaración de fs. 137/vta.), vecino del barrio, reconoce como propietario del lugar al actor y relata que “yo estoy viviendo ahí desde el año 1999, entre el 2000/2001 construí mi casa y en ese momento conocí a Ibáñez...en un momento él por ahí venía a vivir, por ahí no, yo creo que estaría trabajando. Hay una casita en el terreno, nada más...antes del momento de la ocupación del terreno, sí estaba cercada...cuando yo ya estaba viviendo él (por el demandante) se acercó y conversamos, ahí me comentó que era él el dueño y me dijo su nombre. De ahí en más no tuvimos más conversación...”.

De esta prueba no surge la condición de poseedor del demandante. Debe quedar claro un extremo, la demandada se reconoce intrusa, y la existencia de cercado con candado, que entiendo la vivienda lo tenía al momento de la ocupación, puede ser relevante para calificar la intrusión, pero no para otorgar la calidad de poseedor al actor.

Todos los testigos reconocen como propietario y ocupante de la casa a una persona mayor (que entiendo debe ser el señor Neira), que incluso fue quién realizó la construcción de la vivienda. A partir de su fallecimiento, la vivienda quedó deshabitada, no habiendo acreditado el accionante que llevara a cabo algún acto posesorio, tal el mantenimiento del terreno, la reparación de la vivienda, la ocupación de la casa (ni siquiera se encuentra probado que haya sido el demandante quién cercó el predio), o el pago de tasas de servicios e impuestos. Nada, solamente se sabe que tenía la llave de la casa y que una vez retiró de su interior un tanque de agua, extremos que no alcanzan para otorgarle la calidad de poseedor. Ello unido a la confusa situación planteada en torno a la documentación que acreditaría la titularidad de su derecho, ya que en autos presenta un boleto de compraventa –falso-, al que no hace alusión en la denuncia policial, y en este acto alude a una autorización otorgada por un abogado del municipio para ocupar el terreno y al inicio de trámites de escrituración, lo que no es probado en el sub-lite me llevan a la conclusión que la demanda debe ser rechazada por carecer el actor de legitimación activa para promover el desalojo del inmueble de autos.

Por lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo se revoque el decisorio de grado y se rechace la demanda, con costas al actor vencido (art. 68, CPCyC).

Las costas de la presente instancia se imponen a la actora vencida (art. 68 CPCyC), difiriéndose la regulación de los honorarios profesionales para cuando exista base a tal fin.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRÍO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.-

Por ello, esta Sala II.

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia dictada a fs. 196/198 vta., rechazándose en consecuencia, la demanda incoada por el actor, de conformidad a lo explicitado en los Considerandos respectivos que integran el presente pronunciamiento.

II.- Imponer las costas de ambas instancias al actor vencido (art. 68 C.P.C.C.).

III.- Diferir la regulación de honorarios de ambas instancias para cuando exista base para tal fin.

IV.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.-

Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici



Dra. Sandra Andrade - SECRETARIA
REGISTRADO AL N° 235 - T° VI - F° 1158/1161
Protocolo de SENTENCIAS -S A L A II- Año 2011

[Volver al índice](#) - [Por Organismo](#)
- [Por Tema](#)
- [Por Carátula](#)

"SOTO CARRASCO JUAN MANUEL C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN Y OTRO S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 351577/2007) – Sentencia: 50/11 – Fecha: 31/03/2011

DERECHO LABORAL: Accidente de trabajo.

ACCIDENTE DE TRABAJO. PERICIAL MEDICA. CONCAUSA. NO CUANTIFICACIÓN DE PORCENTAJES. INTERPRETACIÓN. MANIFESTACIÓN CONCOMITANTE DE LA PATOLOGÍA CONGÉNITA. EXAMEN PREOCUPACIONAL. ANTECEDENTES MEDICOS. LEY DE RIESGOS DEL TRABAJO. RECLAMO PROCEDENTE.

Debe confirmarse la sentencia de la instancia de origen que hace lugar a la demanda y condena a la ART, pues si bien no se ha acreditado el porcentaje de concausa entre los efectos de la dolencia crónica o degenerativa padecida por el trabajador con relación al accidente sufrido, ello no obsta a la procedencia del resarcimiento impetrado. Ello así, ya que de acuerdo con los términos de la pericia, tenemos que existe la posibilidad que una patología crónica (síndrome de fricción subacromial), ajena al accidente, haya influido negativamente en la evolución de la dolencia producida por el accidente laboral.

El perito es claro en que se trata de una posibilidad, como así también surge del informe en cuestión que esta patología pudo manifestarse en forma contemporánea al accidente de trabajo, como un componente asociado. Ello, unido a que el examen de salud preocupacional del trabajador no determina la existencia de alteraciones anatómicas o funcionales que impidieran su desempeño laboral; que de los antecedentes médico laborales acompañados por la demandada surge que, con antelación a la fecha del accidente, el actor no presentó problemas de salud relacionados con su hombro izquierdo, y a la imposibilidad técnica manifestada por el experto para distinguir la influencia de un factor y otro en el actual estado de salud del trabajador determinan que deba considerarse que el síndrome de fricción subacromial es una patología que ha aparecido en forma conjunta con el accidente y que también tiene relación causal con éste.

Texto completo:

NEUQUEN, 31 de marzo de 2011.-

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SOTO CARRASCO JUAN MANUEL C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN Y OTRO S/ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", (Expte.N° 351577/7), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL N° 4 a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia del Secretario actuante Dr. Miguel E. BUTELER y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Contra la sentencia de fs. 507/517 vta. que hace lugar a la demanda, la codemandada Provincia ART interpone recurso de apelación.

Se agravia la recurrente por cuanto se la ha condenado en autos por no haber acreditado el porcentaje de concausa de los efectos degenerativos, por ser un eximente de responsabilidad.

Señala que el a quo, si bien toma como base de su decisión la pericia médica, desconoce conclusiones fundamentales de ese informe que acreditan los elementos concausales de la dolencia presentes en el reclamante, los que por su carácter crónico o degenerativo, no tenían por que ser cargados sobre la aseguradora.

Sigue diciendo que no se ajusta a la realidad que su parte no pudo acreditar el porcentaje de esa concausalidad, sino que el experto dijo que tal discriminación era imposible de determinar.



Agrega que no puede ponerse a cargo de la ART la existencia de factores ajenos al trabajo, congénitos, por lo que al concluir el experto en que no podía fijarse el porcentaje de incidencia de éstos, debió distribuirse en partes iguales: 50% para causas vinculadas con el trabajo y 50% para los elementos extra laborales.

En segundo lugar, la quejosa manifiesta su discrepancia respecto de la imposición de costas a su cargo por la citación a juicio de la Municipalidad de Neuquén, peticionada por el actor.

Dice que la citación de la Municipalidad obedeció a una determinación propia de la parte actora, sin conducta alguna de la recurrente que lo justificara y, por ende, que valide la imposición de las costas.

La actora rebate los agravios de su contraria a fs. 531/532.

Sostiene que, mediante la apelación, la quejosa pretende reiterar una impugnación de la pericia médica, después de haber perdido el derecho a impugnarla, dado que lo hizo en forma extemporánea. Y agrega que la aseguradora no aportó elemento alguno demostrativo de una posible concausa atribuible al actor, como podría haber sido el examen preocupacional.

En cuanto a la queja referida a la imposición de costas, entiende que el agravio solamente refleja un punto de vista distinto al de la decisión judicial, pero no desvirtúa la condena ni demuestra su error.

II.- Cuestiona la parte recurrente la valoración realizada por el a quo respecto de la pericia médica, por lo que disiento en este aspecto con lo afirmado por la actora en orden a que el apelante pretende reeditar una impugnación del informe pericial. En efecto, el agravio de la aseguradora se refiere, exclusivamente, a la interpretación que el sentenciante de grado ha hecho del contenido del informe, principalmente a la no consideración de la concausalidad a la que alude el experto, por no haberse determinado en que porcentaje los elementos ajenos al ámbito laboral han incidido en la aparición de la patología incapacitante que presenta el actor.

La pericia médica de fs. 168/173 es clara y contundente respecto a la dolencia que padece el actor y la relación de causalidad de ésta con el accidente de trabajo del que el demandante fue víctima. La discusión que plantea el apelante se ubica en torno de la participación de factores externos al trabajo –propios del trabajador- en la aparición y/o agravamiento de la dolencia.

Este factor ajeno al trabajo, de acuerdo con los dichos del perito, es el síndrome de fricción subacromial. Señala el informe pericial que “...desde el punto de vista médico legal, el síndrome de fricción subacromial podría ser considerado una concausa preexistente.- Que, nuestra categórica afirmación médico legal se sustenta en los hallazgos del examen clínico pericial practicado por el que suscribe, asociado a las constancias documentales de autos –de modo especial el dictamen de la Comisión Médica n° 9...En mi opinión profesional resultaría de aplicación el denominado “principio de la presunción de origen”, expresamente referido en el Decreto 658/96 (Listado de Enfermedades Profesionales) por el que es posible considerar como de causa ocupacional, a determinados procesos, aunque no pueda probarse fehacientemente su relación con el resultado final...en el mismo marco conceptual, podría afirmarse que la fricción acromial diagnosticada constituye una concausa preexistente emergente, es decir que –aún en el caso de haber aparecido con anterioridad (o simultáneamente) al hecho traumático desencadenante de los síntomas, puede acreditarse una vinculación causal con el mismo...sobre el síndrome de fricción acromial, también corresponde manifestar que se trata de una patología de curso crónico, que puede presentarse a partir de distintos factores, entre los que se han descrito actividades laborales o deportivas que requieran frecuentes movimientos repetitivos del hombro con elevación de los brazos...la limitación funcional del hombro izquierdo del actor, debe atribuirse al hecho traumático –súbito e inesperado- que se describe en autos, en el que determinados elementos degenerativos coexistentes, pueden haber contribuido a su aparición e influido negativamente en su curso evolutivo y/o agravación” (los subrayados me pertenecen). Y al contestar el punto de pericia d) formulado por la aseguradora, manifiesta el experto que estima que es “técnicamente imposible u jurídicamente improcedente discriminar y/o separar” en que porcentaje la dolencia es consecuencia del accidente de trabajo, y en que grado de los factores concausales.

De acuerdo con los términos de la pericia tenemos que existe, en el supuesto de autos, la posibilidad que una patología crónica, ajena al accidente, haya influido negativamente en la evolución de la dolencia producida por el accidente laboral.

Ahora bien, el perito es claro en que se trata de una posibilidad, como así también surge del informe en cuestión que esta patología (síndrome de fricción subacromial) pudo manifestarse en forma contemporánea al accidente de trabajo, como un componente asociado. Ello, unido a que, como surge de la documental de autos, el examen de salud preocupacional del trabajador (fs. 62/vta.), realizado a efectos de ser incorporado a tareas de maestría, no determina la existencia de alteraciones anatómicas o funcionales que impidieran su desempeño laboral, que de los antecedentes médico laborales acompañados por la demandada (fs. 64/70) surge que, con antelación a la fecha del accidente, el actor no presentó problemas de salud relacionados con su hombro izquierdo, y a la imposibilidad técnica manifestada por el experto para distinguir la influencia de un factor y otro en el actual estado de salud del trabajador, imposibilidad que refleja la estrecha vinculación que tiene la dolencia degenerativa con la provocada por el accidente laboral, determinan que deba considerarse que el síndrome de fricción subacromial es una patología que ha aparecido en forma conjunta con el accidente y que también tiene relación causal con éste.



Cabe señalar que cuando se acude al auxilio de peritos para verificar la existencia de una relación causal de los resultados dañosos, no deben aceptarse las conclusiones de la pericia como excluyentes, sino que corresponde que el mismo juez realice un examen de razonabilidad fundado en su experiencia jurídica que contemple no sólo las causales físicas, sino también los datos que le suministran las restantes pruebas producidas (cfr. STJ Río Negro –voto del Dr. Sodero Nievas-, “Canziani c/ Clínica Viedma y otros”, 12/5/2009, LL on line, AR/JUR/14981/2009).

Por lo hasta aquí expuesto corresponde el rechazo de la queja bajo análisis.

III.- Distinta será la suerte del recurso en lo que refiere a la imposición de costas.

La actora ha resultado perdidosa respecto de la excepción de falta legitimación pasiva opuesta por la demandada Municipalidad de Neuquén, consecuentemente y no obstante tratarse el de autos de un proceso laboral, siendo el trabajador derrotado en sus pretensiones en forma total, resulta de aplicación la regla general vigente en materia de distribución de costas que surge del art. 68 del CPCyC.

Sin perjuicio de respetar la opinión de los colegas integrantes de la Sala I de esta Cámara de Apelaciones, plasmada en la jurisprudencia que cita el a quo, no puede servir como justificación para eximir de costas al actor la alegación que desconocía los alcances del contrato de seguro que ligaba a su empleadora con la aseguradora de riesgos del trabajo, ya que se trata de una vinculación taxativamente establecida en la Ley 24.557. Y tratándose la aseguradora de una ART, el único contrato que podía celebrar era el previsto en la Ley de Riesgos del Trabajo.

Por otra parte, el mismo accionante acudió a la Comisión Médica local e incluso ante la Comisión Médica Central, vinculándose en este trámite administrativo exclusivamente con la ART, sin intervención de la empleadora.

Lo expuesto determina que la sentencia recurrida deba ser modificada en este aspecto, imponiéndose las costas por el acogimiento de la excepción de falta de legitimación pasiva al actor vencido.

IV.- Por tanto, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación planteado, modificándose el decisorio de grado en lo referido a la imposición de costas por la excepción de falta de legitimación pasiva, las que son a cargo de la parte actora en virtud del principio objetivo de la derrota, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

En atención al resultado de la apelación, las costas de la presente instancia se distribuyen en el orden causado, correspondiendo regular los honorarios de los letrados intervinientes de acuerdo con las pautas del art. 15 de la ley arancelaria.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II.

RESUELVO:

I.- Confirmar en lo principal la sentencia dictada a fs. 507/517 vta., modificándola en cuanto a la imposición de costas por la excepción de falta de legitimación pasiva, las que son a cargo de la parte actora (art. 68 CPCyC y art.17 Ley 921).-

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art.71 CPCyC).

III.-Regular los honorarios correspondientes a esta Instancia en las siguientes sumas: para los Dres. ... y ..., letrados apoderados de la actora, de ... a cada uno, y para los Dres. ..., ... y ..., letrados apoderados de la Municipalidad de Neuquén, de ..., a cada uno.(art. 15 L.A.)-

IV.-Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.-

Federico Gigena Basombrió - Dra. Patricia M. Clerici

Dr. Miguel E. Buteler - SECRETARIO

REGISTRADO AL N° 50 - T° II - F° 245/248

Protocolo de SENTENCIAS -S A L A II- Año 2011

[Volver al índice](#)

[-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"GAS Y PETROLEO DE NEUQUEN S.A. - ROVELLA CARRANZA S.A.U.T.E. S/ INSCRIPCION DE ADENDA UTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: I7284/2010) – Interlocutoria: 309/11 – Fecha: 26/07/2011

DERECHO COMERCIAL: Sociedades comerciales.

UNION TRANSITORIA DE EMPRESAS. INSCRIPCION. REGISTRO PUBLICO DE COMERCIO. FACULTADES DEL REGISTRO PUBLICO DE COMERCIO. CESION DE DERECHOS. CONTROL DE LEGALIDAD. LIMITES.



Corresponde confirmar la resolución del Registro Público de Comercio pues aparece como razonable la exigencia del organismo en el sentido que también debe inscribirse el contrato de cesión a que se alude en la presentación, fundamentalmente frente a terceros ajenos al contrato.

Como bien se indica en el voto del Dr. Videla Sánchez en la causa “Braspin” (PI.2007-IV-721/733 N°321, Sala I) al analizar las funciones del Registro Público de Comercio en base a los precedentes de la Sala II y las restantes de esta Cámara, el organismo debe examinar los recaudos formales en forma amplia y sin perjuicio de las limitaciones que se señalaran en la causa “Hidrocarburos del Neuquén” (PI.2010-I-44/48 N°31, Sala III).

Texto completo:

NEUQUEN, 26 de julio de 2011.-

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "GAS Y PETROLEO DE NEUQUEN S.A. - ROVELLA CARRANZA S.A.U.T.E. S/ INSCRIPCION DE ADENDA UTE", (Expte. RPC N° 17284/10), venidos en apelación del REGISTRO PUBLICO DE COMERCIO a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia del Secretario actuante Dr. Miguel E. BUTELER y, puestos los autos para resolver, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Contra la decisión de fs. 50 por la cual se requiere que se adjunte la cesión a que se hace referencia en la presentación a los fines de su inscripción conjunta con la modificación que se pretende, la interesada interpone recurso de revocatoria con apelación en subsidio.

A fs. 54/58 se resuelve desestimar el recurso de revocatoria y se concede la apelación deducida.

Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada señalo que comparto los argumentos expuestos por la subdirectora del Registro Público de Comercio al desestimar la revocatoria toda vez que resultan ajustados a derecho.

Como bien se indica en el voto del Dr. Videla Sánchez en la causa “Braspin” (PI.2007-IV-721/733 N°321, Sala I) al analizar las funciones del Registro Público de Comercio en base a los precedentes de la Sala II y las restantes de esta Cámara, el organismo debe examinar los recaudos formales en forma amplia y sin perjuicio de las limitaciones que se señalaran en la causa “Hidrocarburos del Neuquén” (PI.2010-I-44/48 N°31, Sala III).

Entre otros aspectos se señaló en dicha causa: “Cabe recordar como con acierto lo señala el quejoso que la unión transitoria de empresas no es una sociedad como bien lo pone de relieve la Sala III citando al suscripto en la causa “U.T.E. HIDENESA - ARGENTA EL CORTE S/ INSCRIPCION DE CONVENIO U.T.E.” (Expte. N° 13.507/07), al sostener:

La Sala II de nuestra Cámara de Apelaciones, con primer voto del Dr. Federico Gigena Basombrio, también ha dicho: “..Si bien la U.T.E., no constituye sociedad ni es sujeto de derecho, configura una realidad jurizada, susceptible de dar origen a un complejo concreto de obligaciones y derechos entre los participantes, y en cierta forma frente a terceros, que determinan la obligación y necesidad de que su conformación se ajuste a lo normado por la Ley de Sociedades, (Arts.377 a 383)...” “..entiendo que estas nuevas figuras de asociación contribuyen a facilitar el emprendimiento de obras de magnitud tal, que las posibilidades financieras y de infraestructura de muchas empresas en forma individual no podrían emprender, permitiendo sí, la asociación llevar a cabo inversiones y generar negocios y prestaciones que de otro modo no serían factibles..”.-

Como hemos dicho en el precedente “Environmetal” (PI.2009-II-319-N°123, Sala II): “Es que no se trata de la formalidad por la formalidad misma sino que está en juego los efectos frente a terceros y a ello se agrega que el Registro debe ser riguroso en el análisis de los recaudos formales con relación a los trámites que ante él se realizan por imperio de la ley”.

En tal sentido aparece como razonable la exigencia del Registro en el sentido que también debe inscribirse el contrato de cesión a que se alude en la presentación, fundamentalmente frente a terceros ajenos al contrato.

En consecuencia y compartiéndose lo expresado en la resolución de fs.54/58 que entiendo da adecuada respuesta a lo planteado por el quejoso y que comparto, es que propicio la confirmación de lo decidido.

La Dra. Patricia M. CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Confirmar el decisorio de fs. 50 de fecha 18 de febrero de 2011, en lo que ha sido materia de recurso y agravios.

II.- Regístrese y vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Federico Gigena Basombrio - Dra. Patricia M. Clerici

Dr.Miguel E. Buteler - SECRETARIO



REGISTRADO AL N° 309 - T° IV - F° 715/716

Protocolo de INTERLOCUTORIAS -S A L A II- Año 2011

[Volver al índice](#) -[Por Organismo](#)
-[Por Tema](#)
-[Por Carátula](#)

"GAS Y PETROLEO DE NEUQUEN SOCIEDAD ANONIMA CON PARTICIPACION ROVELLA CARRAZA S.A. AREA LA RIBERA I Y II S/ INSCRIPCIÓN ADENDA UTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 17818/2011) – Interlocutoria: 118/12– Fecha: 19/04/2012

DERECHO COMERCIAL: Sociedades comerciales.

UNIÓN TRANSITORIA DE EMPRESAS. EMPRESAS DEL ESTADO. CONTRATACIONES DEL ESTADO. HIDROCARBUROS. INSCRIPCIÓN. REGISTRO PÚBLICO DE COMERCIO. FACULTADES DEL REGISTRO PÚBLICO DE COMERCIO. CESIÓN DE DERECHOS. TRACTO SUCESIVO. DENEGATORIA DE INSCRIPCIÓN. LICITACIÓN PREVIA. CONTROL DE LEGALIDAD. LIMITIES.

Corresponde revocar la resolución del Registro Público de Comercio el cual requiere que se acompañen, como paso previo a la inscripción solicitada, el instrumento de cesión de derechos celebrado entre Rovella Carranza S.A. e YPF Sociedad Anónima y Rovella Energía S.A., debiendo el citado organismo proceder a la inscripción registral de la modificación del contrato UTE Ribera I y II, y no la inscripción de la mencionada cesión de derechos y acciones. (Del voto de la mayoría, disidencia parcial Dr. Ghisini)

Excede la función de control de legalidad la licitación para la conformación de una U.T.E. para seleccionar y contratar con otras empresas para llevar adelante la exploración o explotación de áreas hidrocarburíferas, cuando el concurso previo que se infiere del art. 118 de la Ley N° 2453, es un requisito para la conformación de sociedades. (Del voto de la mayoría, disidencia parcial Dr. Ghisini)

No se puede desplazar una norma específica como la Ley Provincial de Hidrocarburos N° 2453, por otra de carácter general como la de administración financiera, en virtud del principio de especialidad. En concreto, el legislador frente a una multiplicidad de necesidades y contingencias prácticas y técnicas que hacen a la actividad hidrocarburífera, no ha limitado las posibles vinculaciones con terceros de las empresas estatales al supuesto de conformación de sociedades, sino que las ha ampliado al supuesto de conformación de una U.T.E. (Del voto de la mayoría, disidencia parcial Dr. Ghisini)

A efectos de realizar el control de legalidad del acto que se pretende inscribir (art. 15 del reglamento de funciones de la Dirección del Registro Público de Comercio, aprobado por Acuerdo n° 4589/2010 del Tribunal Superior de Justicia), y ejercer la facultad que le atribuye el art. 7° inc. 2) del mismo reglamento, el Director General del Registro Público de Comercio debe contar con el acto antecedente (cesión de derechos), ya que, mediante él, se modifican los integrantes privados de una UTE de la que forma parte una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, acto que equivale, en principio, a una nueva contratación. Además, estos antecedentes deben ser inscriptos, en su caso, conjuntamente con la adenda por constituir un requisito de la legalidad del acto que se pretende inscribir. (Del voto de la Dra. Clerici, en minoría)

No dejo de advertir que la cesión de derechos fue celebrada entre sociedades privadas, pero, en tanto aquellas han aceptado participar de una unión transitoria de empresas con una sociedad estatal deben avenirse a cumplir con la normativa específica que regula a esta última. Por ello, no cabe excluir a estas sociedades de la pertenencia a la administración descentralizada o indirecta del Estado, ya que el concepto de descentralización, propio de las técnicas de organización administrativa, es amplio e involucra básicamente a todos los entes menores dotados de personalidad jurídica propia y distinta de los centros polares de esa organización (cfr. CSJN, 12/5/1988, "La Buenos Aires Cía. de Seguros c/



Petroquímica Bahía Blanca S.A.”, Fallos 31 I:750). (Del voto de la Dra. Clerici, en minoría)

Texto completo:

NEUQUEN, 19 de abril de 2012

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "GAS Y PETROLEO DE NEUQUEN SOCIEDAD ANONIMA CON PARTICIPACION ROVELLA CARRAZA S.A. AREA LA RIBERA I Y II S/ INSCRIPCIÓN ADENDA UTE", (Expte. RPC N° 17818/11), venidos en apelación del REGISTRO RUBLICO DE COMERCIO -EN 17/02/12 SE RECIBE EXPTE. 17036/10 EN I CUERPO a esta Sala II integrada por los Dres. Patricia CLERICI y Fernando M. GHISINI, por encontrarse apartado de la causa el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO, con la presencia del Secretario actuante Dr. Miguel E. BUTELER y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia M. CLERICI, dijo:

I.- La empresa YPF Sociedad Anónima interpone recurso de apelación contra la providencia de fs. 1037/vta., en cuanto requiere que se acompañen a autos, como paso previo a la inscripción solicitada, el instrumento de cesión de derechos celebrado entre Rovella Carranza S.A. e YPF Sociedad Anónima y Rovella Energía S.A., en virtud del principio del tracto sucesivo.

El quejoso señala que el trámite que se lleva adelante ante el Registro Público de Comercio consiste en la inscripción de la modificación del contrato UTE Ribera I y II, y no la inscripción de la cesión de derechos y acciones. Dice que la cesión de derechos entre un partícipe originario de la UTE y un nuevo participante de ésta, en el caso Rovella Carranza S.A. e YPF S.A., no convierte a dicho acto en inscribible.

Sigue diciendo que ni siquiera una interpretación extensiva del art. 16 del Acuerdo n° 4589 resultaría suficiente para avalar el requerimiento formulado. Agrega que la resolución de la Directora del Registro utiliza el término “antecedente” como causa, cuando, en realidad, dicho término es utilizado por la norma reglamentaria como “previo” o “anterior”.

Expresa que el segundo párrafo de la norma reglamentaria alude a inscripciones sucesivas, situación que no se presenta en el caso, ya que no nos encontramos ante modificaciones sucesivas del contrato de UTE Ribera I y II, sino ante una única y primera modificación.

Señala que el concepto de tracto sucesivo, originado en el derecho registral inmobiliario, y en particular en la Ley 17.801, presupone el encadenamiento sucesivo de los titulares de un derecho, que deberán registrarse previa o simultáneamente.

Pone de manifiesto que el contrato de cesión, cuya presentación se requiere, es un documento que regula cuestiones ajenas al funcionamiento de la UTE y no es oponible a los integrantes de aquella que no concurren a su celebración. Señala que las cuestiones plasmadas en el contrato de cesión sólo interesan, aprovechan y perjudican a sus otorgantes.

Denuncia que el agravio que produce a su parte lo resuelto por el Registro Público de Comercio está patentizado en que siendo tal información de carácter comercial, y habiéndose oído los impuestos pertinentes ante la Dirección General de Rentas de la Provincia, los firmantes no están obligados a inscribirlo y divulgar su contenido.

Cita antecedentes del Registro donde se ha determinado que no resulta necesaria la inscripción junto con el contrato de UTE de otros documentos suscriptos por las partes, tal como lo es el contrato operativo, por cuanto éste no puede modificar, ampliar o alterar aquél contrato.

Finalmente recuerda que el art. 380 de la Ley 19.550 exige solamente la inscripción del contrato y de la designación del representante de la UTE, pero, no menciona la obligación de inscribir instrumentos privados que den luego lugar a una modificación inscribible.

II.- La cuestión planteada en autos gira en torno a la interpretación del art. 16 de la acordada reglamentaria de la Ley 2631, que crea la Dirección Provincial del Registro Público de Comercio.

El artículo en cuestión, bajo el título general de “tracto sucesivo” expresa que: “para inscribir actos o contratos otorgados o relacionados con un sujeto inscribible, se requiere la previa inscripción de éste. Las inscripciones sucesivas requerirán a su vez que se efectúen previa o simultáneamente la de actos o contratos antecedentes que se le relacionen”.

Si bien la resolución registral no hace referencia expresa a la norma reglamentaria, alude a ella implícitamente desde el momento que basa el requerimiento en el principio de tracto sucesivo, a la vez que transcribe parte del artículo 16 antedicho.

A efectos de resolver la cuestión controvertida debemos acudir a los principios y normas del derecho registral, en cuyo ámbito se inscribe el instituto del tracto sucesivo.

Enseña Antonio Coghlan (“Teoría General de Derecho Inmobiliario Registral”, Ed. Abeledo-Perrot, 1984, pág. 155/156) que tracto equivale a espacio que media entre dos lugares y, en una segunda acepción, a lapso, o sea período o tiempo corrido entre dos momentos, por lo que el término resulta expresivo de un encadenamiento entre dos puntos. Si a este tracto se le agrega el término sucesivo, se describe una continuidad eslabonada de tractos que conectan los puntos en cuestión, derivando cada uno de los posteriores o trayendo su origen del inmediato precedente. Es así que el principio de tracto sucesivo funciona registralmente como una continuidad registral cronológica



ininterrumpida de los títulos referidos a cada inmueble o sujeto inscribible, con vocación de completividad y tendiente a manifestar un verdadero historial jurídico-registral.

En autos tenemos un sujeto inscribible que ya cumplió con la inscripción registral: la UTE denominada “Gas y Petróleo del Neuquén Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria – Rovella Carranza S.A. – Área La Ribera I y II UTE”, conforme lo determinado por el art. 380 de la Ley 19.550.

Mediante un contrato de cesión de derechos, uno de los integrantes de esa UTE –Rovella Carranza S.A.- cede su participación en dicha unión empresarial a dos empresas (YPF S.A. y Rovella Energía S.A.), en las proporciones que surgen de las constancias de autos. Ello determina que la UTE pasa a encontrarse conformada por estas dos empresas, a las cuales el integrante originario cedió su participación, mediando conformidad del restante partícipe de la unión (Gas y Petróleo de Neuquén S.A. con Participación Estatal Mayoritaria). Como consecuencia de lo actuado por sus integrantes, debe modificarse el contrato de constitución, y tal modificación inscribirse en el Registro Público de Comercio (art. 5, Ley 19.550), trámite que origina esta apelación.

En estos términos, no resulta de aplicación el art. 16 reglamentario, ya que no existe posibilidad de aplicar el tracto sucesivo. En efecto, no se trata de varios actos imputables a un mismo sujeto registrable, sino de uno solo: la modificación del contrato constitutivo de la unión transitoria, por cambio en parte de sus integrantes. No hay pluralidad de mutaciones en el asiento registral, sino una sola, ya que un partícipe originario del contrato de UTE cede su lugar a dos sociedades distintas.

Cronológicamente la historia registral se encuentra completa.

Ahora bien, de todos modos, ¿es necesaria la inscripción de los contratos que motivan la modificación del contrato de la UTE?

Para responder al interrogante no podemos perder de vista que uno de los integrantes de la UTE es una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria. Ello determina que esta última se encuentra comprendida dentro de la Ley Provincial de Administración Financiera y Control (art. 6 apartado II, Ley 2141), norma legal que requiere que toda contratación sea realizada mediante el mecanismo de la licitación pública (art. 63 inc. a). La integración de una unión transitoria de empresas es una contratación, ya que, conforme lo señala Daniel Roque Vítolo (“Sociedades Comerciales”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008, T. IV, pág. 1008), nos encontramos ante un contrato plurilateral de organización.

Pero además, rige en el presente, la Ley Provincial 2453, que requiere también de la licitación pública para la integración de sociedades. Cierzo es que puede discutirse si la conformación de una UTE puede ser entendida como integración de sociedad, cuando aquella no constituye una sociedad sino una modalidad de colaboración empresarial, más en atención a la manda de la Ley 2141 no encuentro que esta controversia pueda resolverse a favor de la no obligatoriedad de la licitación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado reiteradamente que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre con una visión integradora y totalizadora del ordenamiento jurídico (cfr. autos “Montiel”, Fallos 239:3082; “Gutiérrez c/ ANSES”, Fallos 329:1097; “Chryse S.A. c/ Dirección General Impositiva”, Fallos 329:963, entre otros), visión que hace aparecer, entonces, como necesario el proceso licitatorio como recaudo previo a la conformación de una unión transitoria de empresas; procedimiento que, por otra parte, es la regla en materia de contrataciones públicas.

A favor de la existencia de la licitación previa también se ha expedido la Sala I de esta Cámara Civil (autos “U.T.E. HIDENESA – YPF – SIMA- RÍO BARRANCAS s/ Inscripción de contrato de Unión Transitoria de Empresas”, P.I. 2007-IV, f° 748/763).

Consecuentemente, a efectos de realizar el control de legalidad del acto que se pretende inscribir (art. 15 del reglamento de funciones de la Dirección del Registro Público de Comercio, aprobado por Acuerdo n° 4589/2010 del Tribunal Superior de Justicia), y ejercer la facultad que le atribuye el art. 7° inc. 2) del mismo reglamento, el Director General del Registro Público de Comercio debe contar con el acto antecedente (cesión de derechos), ya que, mediante él, se modifican los integrantes privados de una UTE de la que forma parte una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, acto que equivale, en principio, a una nueva contratación. Además, estos antecedentes deben ser inscriptos, en su caso, conjuntamente con la adenda por constituir un requisito de la legalidad del acto que se pretende inscribir.

No dejo de advertir que la cesión de derechos fue celebrada entre sociedades privadas, pero, en tanto aquellas han aceptado participar de una unión transitoria de empresas con una sociedad estatal deben avenirse a cumplir con la normativa específica que regula a esta última. Las sociedades anónimas de participación estatal mayoritaria surgieron con el objeto de lograr un sistema que permita armonizar la flexibilidad y fluidez operativa que son características de las empresas comerciales, con el adecuado control que exigen los intereses del Estado (cfr. Cám. Fed. Córdoba, Sala Civ. y Com., 30/7/1981, JA 1982-II, pág. 649). Por ello, no cabe excluir a estas sociedades de la pertenencia a la administración descentralizada o indirecta del Estado, ya que el concepto de descentralización, propio de las técnicas de organización administrativa, es amplio e involucra básicamente a todos los entes menores dotados de personalidad jurídica propia y distinta de los centros polares de esa organización (cfr. CSJN, 12/5/1988, “La Buenos Aires Cía. de Seguros c/ Petroquímica Bahía Blanca S.A.”, Fallos 311:750).

Por lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo se confirme el resolutorio apelado en lo que ha sido materia de agravios.

El Dr. Fernando M. GHISINI dijo:



En la cuestión que aquí se ventila coincide con la que fuera motivo de apelación en la causa: “GAS Y PETROLEO DE NEUQUEN SOCIEDAD ANONIMA CON PARTICIPACION S/ INSCRIPCION ADENDA UTE” (Expte. N° 17.910/11), en la cual adherí a la solución de revocar la Resolución del Registro Público de Comercio, que ordenaba acompañar el contrato de cesión de la participación de Rovella Carranza SA a favor de YPF SA y de Rovella Energía SA, propuesta por el Dr. Marcelo J. Medori, a cuyos fundamentos me remito en honor a la brevedad.

Así entonces, comparto los argumentos expresados por la Dra. Patricia M. Clerici, en cuanto no resulta de aplicación al caso de autos el art. 16 de la Acordada Reglamentaria de la Ley 2.631, al no existir la posibilidad de aplicar el tracto sucesivo, pues no se trata de varios actos imputables a un mismo sujeto registrable, sino de uno solo, la modificación del contrato constitutivo de la unión transitoria, por cambio en parte de sus integrantes. No hay pluralidad de mutaciones en el asiento registral, sino una sola, en donde un partícipe originario del contrato de UTE cede su lugar a dos sociedades distintas.

Sin embargo me permito disentir, respecto de la solución propiciada en relación a la confirmación del resolutorio apelado, al interpretar que al ser uno de los integrantes de la UTE una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, ello determina que ésta última se encuentra comprendida dentro de la Ley Provincial de Administración Financiera y Control (art. 6 apartado II Ley 2141), norma que requiere que toda contratación sea realizada mediante el mecanismo de la licitación pública (art. 63 inc. a); y la integración de una unión transitoria de empresas es una contratación, es un contrato plurilateral de organización.

Además, indica la colega preopinante que rige aquí, la Ley Provincial N° 2.453, que requiere también de la licitación pública para la integración de sociedades. Por lo tanto, se puede discutir si la conformación de una UTE puede ser entendida como integración de una sociedad, cuando aquella no constituye una sociedad sino una modalidad de colaboración empresarial, más en atención a la manda de la Ley 2141 advierte que esta controversia pueda resolverse a favor de la no obligatoriedad de la licitación.

En el caso que nos ocupa, estimo que excede la función de control de legalidad la licitación para la conformación de una U.T.E. para seleccionar y contratar con otras empresas para llevar adelante la exploración o explotación de áreas hidrocarburíferas, cuando el concurso previo que se infiere del art. 118 de la Ley N° 2453, es un requisito para la conformación de sociedades.

En efecto, y de la manera que voy a propiciar, ya tuve oportunidad de pronunciarme en los autos caratulados: “U.T.E. HIDENESA - ARGENTA EL CORTE S/ INSCRIPCION DE CONVENIO U.T.E.”, (Expte. N° 13507/07), allí se sostuvo, entre otras cuestiones:

“Sentado lo cual, observamos que la mención en los antecedentes del contrato de U.T.E. del artículo 114 de la Ley 2.453, se lo ha interpretado en la Resolución en crisis como el hecho revelador de una excepción en que ambos contratantes pretenden fundar la omisión del llamado a concurso exigida por el art. 118 del mismo cuerpo normativo. Ello ha llevado a tergiversar la situación planteada, pues los enunciados contemplados por el art. 114 no son de ninguna manera aplicables al caso bajo examen, por tratarse de un supuesto de vinculación totalmente distinto.

Concretamente, este último artículo faculta a una empresa estatal provincial a contratar en forma directa el acceso a una concesión o permiso, exigiendo por su parte determinados recaudos; mientras que en el contrato que se pretende inscribir y que luce agregado, no se da dicho supuesto en el sentido de otorgar en forma directa una concesión o permiso sobre el área, ello no es así, por cuanto Hidenesa S.A. conserva la concesión o permiso, sólo que a los fines de explorar y explotar el área; acuerda con un tercero –Argenta S.A.- llevar adelante los trabajos y participar en los gastos e ingresos del negocio común.

Ahora bien, el análisis se desplaza al sentido y alcance de la interpretación que cabe acordarle al artículo 118 de la Ley Provincial de Hidrocarburos, y en esa dirección entendemos que en el mismo se establece como regla que las empresas estatales quedan facultadas para convenir con personas jurídicas de derecho público o privado las vinculaciones contractuales más adecuadas para el eficiente desenvolvimiento de sus actividades y precisando o, si se quiere, ampliando el espectro de posibles vinculaciones, la extiende a los supuestos de formar parte de sociedades, donde ineludiblemente la empresa privada interesada en asociarse deberá concursar.

Por lo tanto no compartimos la actual interpretación brindada desde el Organismo Registral en relación a lo regulado por el art. 118 y no vemos que exista tampoco una indeterminación semántica o vaguedad de conceptos...”

“Ahora bien, de la exégesis semántica del art. 118 de la Ley N° 2453, es claro que cuando la norma al comienzo de su segundo párrafo indica “En éste último caso”, se refiere únicamente a los casos de la conformación de sociedades con terceros, que va de suyo no agotan las posibles vinculaciones que con terceros puede instrumentar el estado.

Por ello, como en la interpretación se pone en juego todo el ordenamiento, porque ha quedado atrás el esquema decimonónico de un silogismo teórico perfecto construido sólo desde una norma aislada, corresponde interpretar la norma en cuestión, integrándola con el plexo normativo general que ayuda a comprender el art. 118 de la Ley N° 2453.



En definitiva, lo que la Ley prescribe es que las empresas estatales pueden convenir las vinculaciones contractuales que consideren más adecuadas para el eficiente desenvolvimiento de sus actividades, incluyendo la posible integración de sociedades que, como indicáramos, no es el supuesto de autos.

Elo así, el art. 11 de la mencionada ley de hidrocarburos, permite a las empresas estatales para el logro de los objetivos propuestos por la misma, operar directamente en las áreas reservadas a su favor o bien mediante contratos de locación de obras y de servicios, integración o formación de sociedades y demás modalidades de vinculación que autoricen sus respectivos estatutos.

De la hermenéutica legislativa se desprende claramente que el legislador, ante la multiplicidad de necesidades, especificaciones y contingencias prácticas y técnicas que hacen a la actividad hidrocarburífera, no ha restringido ni limitado las posibles vinculaciones con terceros de las empresas estatales al supuesto de conformación de sociedades, por el contrario las ha ampliado, siendo el supuesto de conformación de una U.T.E. perfectamente procedente...”

“La unión transitoria de empresas, como modalidad de colaboración empresaria, se instrumenta a través de un contrato plurilateral de organización y coordinación, con el propósito de reunir transitoriamente a sus miembros para el desarrollo de una obra servicio o suministro concreto.

La Sala II de nuestra Cámara de Apelaciones, con primer voto del Dr. Federico Gigena Basombrio, también ha dicho: “..Si bien la U.T.E., no constituye sociedad ni es sujeto de derecho, configura una realidad jurizada, susceptible de dar origen a un complejo concreto de obligaciones y derechos entre los participantes, y en cierta forma frente a terceros, que determinan la obligación y necesidad de que su conformación se ajuste a lo normado por la Ley de Sociedades, (Arts. 377 a 383)...” “..entiendo que estas nuevas figuras de asociación contribuyen a facilitar el emprendimiento de obras de magnitud tal, que las posibilidades financieras y de infraestructura de muchas empresas en forma individual no podrían emprender, permitiendo sí, la asociación llevar a cabo inversiones y generar negocios y prestaciones que de otro modo no serían factibles..”.

A su vez, sin perjuicio de lo transcrito precedentemente en relación a la opinión de esta Sala en casos anteriores vinculados con esta temática, de donde surge la innecesidad de la realización de un concurso, advierto de las constancias del expediente (fs. 863) que, efectivamente Gas y Petróleo del Neuquén procedió a efectuar el llamado a concurso destinado a la selección y posterior contratación de empresas interesadas en asociarse con ella para la exploración y eventual desarrollo y explotación de las áreas hidrocarburíferas de su titularidad, sobre la base del pliego de de bases y condiciones que, la Secretaría de Estado de Recursos Naturales y Servicios Públicos, en su carácter de autoridad de aplicación de la Ley de Hidrocarburos de la Provincia del Neuquén N° 2453, aprobó mediante Resolución N° 018/10 (Decreto N° 1188 de aprobación del contrato de UTE suscripto con Rovella Carranza SA).

Por otra parte, y como antes anticipara no comparto la afirmación de la vocal que me antecede en el voto, en cuanto a que al ser uno de los integrantes de la UTE una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, ello determina que ésta última se encuentra comprendida dentro de la Ley Provincial de Administración Financiera y Control (art. 6 apartado II Ley 2141), norma que requiere que toda contratación sea realizada mediante el mecanismo de la licitación pública (art. 63 inc. a).

A mi criterio, en el caso, no se puede desplazar una norma específica como la Ley Provincial de Hidrocarburos N° 2453, por otra de carácter general como la de administración financiera, en virtud del principio de especialidad.

En concreto, el legislador frente a una multiplicidad de necesidades y contingencias prácticas y técnicas que hacen a la actividad hidrocarburífera, no ha limitado las posibles vinculaciones con terceros de las empresas estatales al supuesto de conformación de sociedades, sino que las ha ampliado al supuesto de conformación de una U.T.E.

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar a la apelación deducida, revocando la resolución de fs. 1037 y vta., y ordenando la inscripción registral del contrato como se pide, sin costas de Alzada por no haber mediado oposición de parte.

Tal mi voto.

Existiendo disidencia en los votos que anteceden, se integra Sala con el Dr. Marcelo J. MEDORI, quien manifiesta:

Conforme a los fundamentos expuestos al analizar semejante materia en los autos “Gas y Petróleo de Neuquén Sociedad Anónima con participación s/Inscripción Adenda UTE” (Expte. N° 17.910/11) que cita el Dr. Fernando Ghisini, y por sus argumentos, habré de adherir al voto de este último.

Por ello, esta Sala II, POR MAYORIA

RESUELVE:

I.- Revocar la resolución dictada a fs. 1037 y vta., debiendo proceder a la inscripción registral del contrato como se pide, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

II.- Regístrese y vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Patricia Clerici - Dr. Fernando M. Ghisini - Dr. Marcelo J. Medori



Dr. Miguel Buteler - SECRETARIO

REGISTRADO AL N° 118 - T° II - F° 264 / 271

Protocolo de INTERLOCUTORIAS -S A L A II- Año 2012

[Volver al índice](#) [-Por Organismo](#)
[-Por Tema](#)
[-Por Carátula](#)

"SERASSIO SILVIA GABRIELA C/ BANCO PROVINCIA DEL NEUQUEN S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte.: 392206/2009) – Sentencia: 167/13 – Fecha: 12/11/2013

DERECHO CIVIL: Responsabilidades especiales.

RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD FINANCIERA. OPERACIONES FINANCIERAS. DEBER DE SEGURIDAD. EXTRACCIÓN DE FONDOS. COMUNICACION DEL BANCO CENTRAL. ROBO. DAÑOS Y PERJUICIOS. DAÑO EMERGENTE. DAÑO PUNITIVO. DAÑO MORAL. RELACION DE CONSUMO.

Resulta responsable la entidad bancaria accionada por los perjuicios ocasionados a un cliente que retiró una fuerte suma de dinero de una de sus sucursales y luego fue asaltado cerca de su domicilio, pues si la operación es de cierta magnitud, es el banco el que debe proporcionar -con independencia que sea solicitado por el cliente- un lugar reservado para evitar o disminuir siquiera la posibilidad de que el cliente como consecuencia de ello sufra algún siniestro.

El banco no puede desligarse de responsabilidad alegando que el robo del dinero se perpetró en un lugar ajeno a su dependencia, si no brindó al cliente un recinto o lugar reservado para realizar una operatoria, conforme lo exige la Comunicación "A" 3390, punto 2.7, del BCRA, pues el sentido de la circular es precisamente evitar la posibilidad que la operación realizada llegue a conocimiento de un tercero con la finalidad de concretar un ilícito.

No corresponde imponer una multa por daño punitivo a un banco que omitió brindar las medidas de resguardo adecuadas a un cliente que luego sufrió el robo del dinero extraído de una de sus sucursales, pues no hubo culpa grave o dolo que justifique, por ese solo incumplimiento, sancionar civilmente a la prestadora del servicio.

Resulta improcedente el resarcimiento del daño moral por los padecimientos que experimentó un cliente por el robo de la suma de dinero entregada por el banco demandado, quien omitió brindar las medidas de resguardo adecuadas, pues el afectado no acreditó de manera concreta que a consecuencia de dicho incumplimiento o falta o prestación en esa relación de consumo, ha sufrido una lesión de tal índole.

Texto completo:

NEUQUEN, 12 de noviembre de 2013.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SERASSIO SILVIA GABRIELA C/ BANCO PROVINCIA DEL NEUQUEN S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte. N° 392206/9), venidos en apelación del Juzgado en lo Civil N° 6 a esta Sala III integrada por el Dr. Marcelo Juan MEDORI y el Dr. Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia del Secretario actuante Dr. Oscar SQUETINO y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia de primera instancia de fs. 277/280 vta., rechaza la demanda e impone las costas a la parte actora vencida.

Esa decisión es apelada por la parte actora a fs. 281, cuya expresión de agravios luce a fs. 294/297, la cual es replicada por el demandado a fs. 300/302, en donde pide que se declare desierto el recurso al considerar que no cumple con los requisitos del art. 265 del CPCN. Subsidiariamente contesta agravios solicitando su rechazo con costas.

II.- La parte recurrente expresa que le causa agravios en primer lugar, la sentencia en cuanto no tuvo en cuenta el dextrato que como consumidora del servicio bancario recibió del demandado, al serle entregada la abultada suma de dinero, que resultó ser punto de partida del resultado final que fue la salidera bancaria.



Considera, que hubo un incumplimiento por parte del banco de los deberes de protección al consumidor bancario, establecidos por el Banco Central al momento del hecho.

En segundo lugar, entiende que la Sra. Jueza de grado no ha valorado de manera correcta la prueba obrante en la causa. Así, en función del testimonio brindado a fs. 156/157 por el Sr. Gabriel Héctor Sosa (jefe de seguridad del banco), para justificar un argumento clave en su decisorio y desvirtúa otros testimonios que constan en el trámite: Marta Noemí Ludueña (fs. 86 y vta.), Eliana Judith Pinto Vera (fs. 89 y vta.) y José Luis López.

Menciona, que con el informe emitido por el Banco Central de la República Argentina (fs. 116) sobre seguridad bancaria, no sólo queda a la vista la normativa de seguridad bancaria que su parte utilizó como derecho imputable a la accionada, sino fundamentalmente el nivel de protección bancaria que como cliente se le debe dar a los que concurren a dichos establecimientos a retirar sus valores en efectivo. Ley de Defensa del Consumidor.

Crítica el análisis efectuado por la a quo de la prueba testimonial de la cajera, Sra. Andrea Vanina Sotelo (causa penal fs. 92).

Califica como perjudicial la interpretación que hace la jueza de grado, en cuanto a que su parte no ha probado haber requerido al personal del banco, percibir la suma en un lugar reservado, como se sostuvo en la demanda.

Interpreta, que se han invertido las premisas del deber de seguridad que debe observar una entidad financiera, olvidando que el fundamento de la responsabilidad objetiva de seguridad receptado por la Ley de defensa del Consumidor, expresa en que las cosas o servicios deben ser suministrados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para los consumidores o usuarios.

Sostiene, que la responsabilidad no descansa en una causal subjetiva como la culpa, la negligencia o el dolo, sino en un factor objetivo, como el deber de seguridad y protección de los bienes del cliente bancario que la demandada debió garantizar.

Argumenta, que debió ser la demandada la quien tuvo probar que se han tomado todas las medidas a su alcance, necesarias para garantizar al consumidor el uso pacífico y sin riesgos de los bienes y servicios que ella comercializa.

Señala, que en todo caso la prueba de la solicitud de una oficina privada para el retiro de fondos, se confirmó con los testimonios supra referenciados.

III.- Entrando al análisis de la cuestión en debate, cabe decir liminarmente que resulta necesario resaltar que la relación jurídica entre las partes surge de la relación de consumo que se establece entre las señora Silvia Gabriela Serassio –cliente- y el Banco de la Provincia del Neuquén.

El artículo 1 de la Ley de Defensa al Consumidor reza: “La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose 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 o de su grupo familiar o social...”

Así pues, la responsabilidad nace de la relación de consumo, que se encuentra reconocida en el art. 42 de la Constitución Nacional, como bien jurídico tutelable. Por ello, cobran relevancia los arts. 5 y 6 de la Ley de Defensa al Consumidor, en cuanto establecen: “las cosas... para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios” (art. 5).

“Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos” (art. 6).

A su vez, aparece el deber de seguridad en materia contractual, contemplado en el art. 1198 del Código Civil, de donde emerge que por aplicación del principio de la buena fe contractual, se ha entendido que las conductas de las partes deben orientarse en sentido de preservar la persona y bienes de los contratantes de posibles lesiones que pudieran provocarse durante la ejecución del contrato.

Los bancos por su espíritu de lucro y por la actividad que desarrollan, deben garantizar la seguridad de las personas y bienes de sus clientes. Ello es así porque las ganancias que obtienen se deben en mayor medida a la utilización de los recursos que le provee el público para que se los administres; y es por eso que el Estado, en representación de ese público, está obligado a promover leyes y regulaciones en protección del interés de los ahorristas y consumidores del servicio bancario.

A tales fines, la reglamentación de la actividad bancaria contribuye a establecer las pautas técnicas a fin de proveer seguridad en las transacciones que se llevan a cabo en dichas entidades. Cuando se trata de relaciones de consumo, la reglamentación de esas actividades por parte del Banco Central de la República Argentina, por aplicación del art. 36 de la Ley de Consumidores, integra en lo pertinente la relación obligacional.

El propio Banco Central a fs. 116, en relación a las medidas de seguridad que se deben seguir cuanto se trata de dar sumas importantes de dinero, contestó que: “la norma vigente establece en su punto 2.7 que las dependencias de las entidades financieras deben



poseer un lugar o recinto para operaciones importantes, con suficiente nivel de reserva como para que no permita la observación por terceros, quedando a criterio de la entidad las condiciones que tiene que dar para su utilización”.

Vale decir, que es el Banco -a pedido o del cliente-, quien debe evaluar si la operatoria a realizar reviste carácter de importante a fin de cerciorarse que la prestación del servicio bancario de caja se realice de la manera más segura, en resguardo del cliente.

Ello es así, en función de que la obligación de la entidad bancaria no se agota con la entrega del dinero por ventanilla, sino que junto a la obligación principal secunda otra, de no menos importancia, cual es la del deber de seguridad interpretado dentro de ciertos límites.

En este sentido, si bien no se puede hacer responsable al banco de todo acontecimiento que ocurra como consecuencia del obrar ilícito de terceros ajenos al mismo, sí resulta responsable en la medida que no haya adoptado con antelación, los resguardos mínimos de seguridad tendientes a evitar o al menos complicar la actividad ilícita de terceros.

Precisamente, el cumplimiento de este deber por parte de la entidad bancaria lo exoneraría de la responsabilidad que le podría llegar a caber ante eventuales reclamos por ilícitos cometidos –si bien fuera del banco- en ocasión de la sustracción del dinero como consecuencia del incumplimiento de las condiciones de seguridad mínimas establecidas por el mismo Banco Central.

De allí que, el acaecimiento de un hecho delictivo fuera del edificio bancario debe apreciarse en cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias como que se desarrollaron los hechos.

Sentado lo anterior, e ingresando al tratamiento de la cuestión en estudio, en primer lugar, corresponde determinar los hechos que han quedado firmes para luego analizar, en función de las normas que corresponden aplicar al caso, si ha mediado o no responsabilidad –por incumplimiento del deber de seguridad- de la entidad bancaria.

En ese orden, ha quedado debidamente acreditado que: a) el 30-7-2008 la actora retiró del BPN -sucursal casa matriz- la suma de \$93.000; b) que la cajera del banco le entregó a la accionante un sobre, por encima de la mampara de su box; c) que el robo de dinero se produjo en la puerta del domicilio de la Sra. Serassio.

Por lo tanto, en función de tales elementos y no encontrándose controvertido que el objeto del robo fue precisamente el dinero retirado minutos antes por la actora del banco, debo analizar si en función de la situación fáctica descripta ha mediado o no responsabilidad de la entidad bancaria, como consecuencia de la imputación de incumplimiento del deber de seguridad o por el contrario, si la sustracción del dinero por parte de los delinquentes ha sido un hecho que no guarda relación de causalidad con la operatoria observada en el banco.

En primer término, resulta importante destacar que la responsabilidad que la actora atribuye al Banco Provincia de Neuquén, reside en que éste, a pesar de haberle sido solicitado por el cliente, no le proporcionó un marco adecuado de seguridad y resguardo a para evitar la sustracción de la suma de dinero que en dicha oportunidad retirara del banco.

Por lo tanto, para determinar si ha mediado algún grado de responsabilidad del BPN SA es necesario fijar de antemano si éste tenía en dicha ocasión la obligación, en función de las condiciones particulares de la operatoria efectuada por la actora, -“extracción importante de suma de dinero”- de proporcionar un espacio seguro en donde dicha operación no pudiera ser percibida por terceros ajenos a la entidad.

Conforme surge del informe proporcionado por el Banco Central de la República Argentina (fs. 116) la normativa vigente: Comunicación “A” 3390, punto 2.7, las dependencias de las entidades financieras deben poseer: “Lugar o recinto para operaciones importantes, con suficiente nivel de reserva como para que no permita la observación por terceros”, quedando a criterio de la entidad las condiciones que se tienen que dar para su utilización.

Es decir, que la normativa del Banco Central, a los fines de la protección de los consumidores de servicios bancarios, establece que ante operaciones significativas, el banco debe garantizar a través de la implementación de “un recinto o lugar reservado” la seguridad de sus clientes.

Ello, resulta de suma relevancia, pues si la operación es de cierta magnitud, es el banco el que debe proporcionar -con independencia que sea solicitado por el cliente- un lugar reservado para evitar o disminuir siquiera la posibilidad de que el cliente como consecuencia de ello sufra algún siniestro.

Lógicamente, que ante la inobservancia de tal circunstancia, el banco no puede desligarse de responsabilidad alegando que el robo del dinero se perpetró en un lugar ajeno a su dependencia, pues el sentido de la circular es precisamente evitar la posibilidad que la operación realizada llegue a conocimiento de un tercero con la finalidad de concretar un robo.

Despejada la cuestión, corresponde evaluar si la causa merecía que el banco tomara los recaudos mínimos e indispensables para evitar o al menos disminuir la posibilidad de que se ventilara la operatoria –extracción de una importante suma de dinero- efectuada por la actora.

Si bien no es sencillo determinar cuando una suma de dinero reviste el carácter de importante, a fin de que el banco tome los recaudos mínimos y correspondientes -entrega en recinto privado- en cumplimiento de su obligación tácita de seguridad, considero que el caso ameritaba que la importante suma entregada a la demandante (\$93.000) se hiciera en un lugar más seguro.



Para ello, resulta importante tener en cuenta, como pauta orientativa, que dentro de las mínimas medidas de seguridad que dicta el BCRA en su circular "A" 3390, al referirse en el punto 2.9.1.1. expresa: "El monto máximo que puede mantenerse en cada una de las cajas de atención al público, fuera de la caja auxiliar de tesorería, será de \$5.000,00 (pesos cinco mil) o su equivalente en moneda extranjera. La suma máxima para las casas centrales será de \$25.000,00 (pesos veinticinco mil) por caja...".

Así pues, que la suma de \$93.000 retirada por la actora, debió haber sido entregada en un recinto privado, debido a que superaba con creces el importe que de ordinario y como medida de seguridad, el cajero preserva en su caja.

Lejos de observar una conducta acorde a las circunstancias del caso, el banco no ha tomado los mínimos recaudos en resguardo de preservar la operatoria llevada a cabo con la reclamante.

Así, ha quedado firme y debidamente probado que cuando la actora extrae del banco la suma que motivara el ilícito, la cajera previamente le había entregado un sobre con dinero por encima de la mampara de su box (fs. 51 Expte. Penal), situación ésta que pone en evidencia la falta de diligencia del BPN en el cumplimiento de los deberes de seguridad que le son impuestos.

Más grave aún resulta lo expuesto por la Srta. Andrea Vanina Sotelo –cajera que atendió a la actora- quien en su declaración testimonial de fs. 92 y vta. de la causa penal, que por cuerda se encuentra agregada a estos actuados, a los fines de justificar la entrega del dinero por caja, tal como lo hizo, expuso: "...el banco no tiene ninguna normativa que disponga lo contrario, que ahora van a hacer una norma que resguarde al cliente, que ella no esta habilitada para salir del recinto de tesorería, es decir de su box, no existe normativa para preservar a los clientes bancarios... PREGUNTADA: Para que diga la testigo cual es el procedimiento completo que habitualmente utiliza el BPN para brindar protección a los clientes que concurren a retirar sumas abultadas de dinero. CONTESTO: Entregar el efectivo en el box, en la caja".

Ello, evidencia el incumplimiento en las medidas mínimas de seguridad que provocó el abordaje a la actora por delinquentes fuera del banco una vez que extrae el dinero, que fue posibilitado por la conducta negligente del Banco de la Provincia del Neuquén; lo cual habilita en el caso a tener por incumplidas las mínimas normas de seguridad dictaminadas por el BCRA.

Ahora bien, acreditado la falta de obrar diligente por la demandada, corresponde evaluar si esta debidamente probada la relación de causalidad entre el hecho lesivo (robo) y el obrar cuestionado del banco.

Así, en función de como acontecieron los hechos, se puede afirmar la existencia de relación de causalidad entre el obrar negligente del banco y el robo perpetrado por terceros ajenos a dicha entidad.

Si bien el robo no se perpetró en las inmediaciones del banco, sino en oportunidad en que la actora llegaba a su domicilio, el tiempo transcurrido entre el retiro del dinero del banco -en las condiciones descriptas- y la forma directa como los delinquentes abordaron el blanco, constituye un factor de peso que no ha sido desvirtuado por la contraria a fin de cortar la relación de causalidad existente entre una cosa y la otra.

Máxime, si se tiene en cuenta que actualmente constituye una modalidad habitual esta clase de ilícitos, en donde no necesariamente el atraco ocurre ni bien el cliente sale del banco.

El reproche que se le hace a la demandada se circunscribe precisamente en la falta de la toma de recaudos mínimos de seguridad para con el cliente, lo cual evidencia en función del escaso tiempo transcurrido entre la entrega del dinero (11,59), sin las mínimas condiciones de seguridad y el robo (ocurrido al mediodía, cuando la actora estaba a punto de ingresar a su casa), una estrecha vinculación que amerita –ante falta de prueba en contrario- tener por demostrada la existencia de la relación de causalidad invocada como fundamento de la pretensión.

En tal sentido, nuestra jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse en un caso similar, diciendo que:

"Procede la acción por la cual quien adquirió determinada cantidad de dólares en un banco, persigue resarcimiento indemnizatorio como consecuencia de que a la salida del mismo fue asaltado y despojado de la moneda adquirida. Ello así cuando, -como en el caso-, se verifica que el defendido incumplió su prestación accesoria de seguridad, toda vez que si bien las partes convinieron realizar la operación en un recinto privado (fuera de la vista del público), sin embargo, medio por parte del personal del accionado una imprudente exteriorización de la operación: consistente en idas y venidas ante el público, llevando y trayendo los fondos por entregar al cliente, lo cual revelo lo que debió ser reservado y aun oculto, es decir, que por obvias razones de seguridad, debía ser objeto de la mas cautelosa reserva, permitiendo a los delinquentes conocer que el pretensor recibiría la moneda que estaba comprando y saldría con los billetes del local bancario y, sometiendo al comprador al riesgo cierto de ser asaltado. Es decir que la privacidad querida por el cliente y ofrecida por el banco, quedo rota al exteriorizarse públicamente la operación que se realizaba en la oficina del gerente, pues un delincuente atento e informado sobre la operatoria de la entidad, pudo conocer perfectamente lo que estaba sucediendo en ese recinto cerrado. En tal sentido cabe precisar, que la obligación del banco vendedor de moneda extranjera por monto significativo, no se agota en entregar al comprador esa moneda -aunque ella sea la principal obligación del enajenante-, sino que el contrato de venta también obliga a la entidad a "una prestación accesoria", la cual esta constituida por proveer todo lo necesario para la mayor reserva de la operación, ocultándola de la vista del público a efectos de brindar una elemental seguridad al comprador, quien "al salir" del banco con moneda extranjera corre el riesgo de ser víctima de una "salidera" -según jerga policial y periodística- que, sea bajo la forma



de arrebato o bajo la amenaza de armas, resulta ser un delito conocido, temido y de reiterada ocurrencia”. (Auto: FASCE, ROBERTO ANGEL C/ BANKBOSTON NATIONAL ASSOCIATION S/ ORDINARIO. - CAMARA COMERCIAL: D - Mag.:CUARTERO - ROTMAN - Fecha: 07/08/2001).

Surge a las claras que el BPN SA debe responder por el daño ocasionado a la demandante por la simple razón que su obrar negligente coadyuvó al quebrantamiento del deber de seguridad inserto en la relación de consumo tutelada por el art. 42 de la Constitución Nacional.

Por lo tanto, demostrada que se encuentra la conducta negligente del banco, -omisión de su obligación de seguridad- que se traduce en la falta de otorgamiento de un lugar reservado, acorde a las circunstancias de lugar, tiempo y modo, a fin de preservar la integridad física y financiera de su cliente, como así acreditado el hecho: robo de la suma de dinero entregada por el banco y su correspondiente relación de causalidad, corresponde revocar la sentencia de grado y en consecuencia, hacer lugar a la demanda interpuesta por la Sra. Silvia Graciela Serassio contra el Banco Provincia de Neuquén S.A., condenando a éste último a abonar a la primera los montos que ha continuación se detallan, con más sus intereses y costas.

En relación a los rubros reclamados, el daño emergente lo constituye la suma que la actora extrajo del banco demandado y que fuera objeto del robo motivo de autos.

Así ha quedado debidamente probado que el 30/07/08, la señora Silvia Serassio retiró en un sobre de la casa matriz del BPN SA la suma de \$93.000, y que dicho importe fue sustraído por delincuentes en oportunidad de perpetrar el asalto, por ello corresponde acoger favorablemente este ítem por la suma indicada, con más los intereses tasa activa que cobra el BPN desde la fecha del hecho hasta su efectivo pago.

En cuanto al daño punitivo reclamado, me permito efectuar algunas consideraciones referidas al instituto en cuestión, para luego evaluar, si en el caso sub-examen corresponde o no su aplicación.

La reforma introducida en la Ley de Defensa del Consumidor, a través de su art. 52 bis, nos ha traído la figura de los daños punitivos de neto corte Anglosajón. El mencionado artículo (según Ley de Reforma 26.361) establece: “Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”.

Al efectuar un análisis de la norma transcripta, advierto que no cualquier incumplimiento contractual o legal, puede servir de sustento para imponer una pena pecuniaria de índole civil que condene al incumplidor a reparar fuera de los límites del perjuicio efectivamente sufrido.

Considero, que la norma brinda al Juez un parámetro de referencia muy amplio, facultándolo -a instancia del damnificado- a aplicarla cuando: “el proveedor no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales”, lo que pareciera significar ab-initio que cualquier incumplimiento legal o contractual serviría de sustento para aplicar la sanción civil allí consagrada.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, entiendo que el artículo no obliga a los jueces a sancionar pecuniariamente cualquier incumplimiento legal o contractual, pues el mismo dispositivo analizado dice expresamente que: “el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor...”, es decir que, a pesar de verificar el incumplimiento, puede no aplicarla (el sombreado me pertenece).

De allí, que deben los jueces en primer lugar, verificar la existencia de incumplimiento de índole legal o contractual y luego de ello evaluar si corresponde sancionar o no al responsable de esa inobservancia fuera de los límites de la reparación del perjuicio ocasionado.

Esta tarea no resulta fácil, máxime cuando la misma norma que consagra la sanción no brinda un marco de referencia -más allá del mero incumplimiento legal o convencional- al que atenerse en lo que hace a la procedencia o improcedencia de los daños punitivos.

Por lo tanto, soy de la opinión que la amplitud de la norma analizada, amerita tener suma cautela a la hora de decidir aplicar o no la sanción civil allí dispuesta.

En honor a la prudencia a la que me referí en el párrafo anterior, diré que no cualquier incumplimiento debe ser sancionado con una multa de carácter pecuniario, sino que cada caso en particular debe ser evaluado con suma mesura para verificar si en los hechos la inobservancia aludida amerita, más allá de la reparación de los perjuicios ocasionados, sancionar al incumplidor.

A mi juicio, una omisión o actuar negligente, sin intencionalidad o culpa grave, resulta por sí mismo insuficiente para justificar la aplicación del instituto bajo análisis. Como fundamento de lo expuesto, basta con remitirse, reitero, en función de la imprecisión de la norma en estudio -al derecho Anglosajón de donde la misma tiene su origen-, que exige como presupuesto de aplicación de ésta especie de sanción que el incumplidor haya asumido una conducta maliciosa.



De ello, se deriva que para que resulte procedente la sanción pecuniaria del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, se requiere no sólo la existencia del aspecto objetivo, entendiéndose por éste el incumplimiento legal o contractual, sino también junto con él, un elemento subjetivo que sirva para calificar a dicha conducta de dolosa o gravemente culposa, ya que entiendo que el simple incumplimiento o existencia de la faz objetiva no habilita sin más su aplicación.

En el sentido expuesto esta Cámara en autos caratulados: "SUHS JAVIER ALEJANDRO C/ ARMORIQUE MOTORS S.A. S/ SUMARISIMO ART. 321" (EXP N° 402344/9) ha tenido oportunidad de pronunciarse diciendo que:

"En efecto: No cualquier incumplimiento contractual o legal puede dar curso a la petición de este tipo de pena que condena al incumplidor a reparar más allá del daño producido. Creemos que la amplitud dada por el legislador a los -por así llamarlos- requisitos de procedencia, es extremadamente peligrosa al no brindar al juez un marco o parámetro de referencia al que atenerse a la hora de sopesar la conveniencia y oportunidad de condenar a pagar daños punitivos. En el derecho norteamericano se ha aludido a una conducta caracterizada por la "malicia", entendida ésta como una actuación dolosa. También así se la caracterizaba cuando el demandado actuaba de una manera despreciable con indiferencia voluntaria y consciente de los derechos y seguridad de los demás (Civ. Code, par 3294 subd. -c-). No podemos exigir únicamente el aspecto objetivo del incumplimiento sino que, además, consideramos que es necesaria una particular subjetividad. En este punto coincidimos con Alejandro Andrada en que la institución de las "penas privadas" propende al establecimiento de un derecho más igualitario y más justo. En ese marco no parece respetar elementales exigencias de justicia, la circunstancia de tratar igualitariamente a aquel que ha causado un daño por una mera negligencia o imprudencia, que a aquel que comete graves transgresiones, de manera consciente y aún, en ocasiones, obteniendo pingües ganancias con su reprochable accionar.

En síntesis, aún para sus defensores como Pizarro y el citado autor, debe receptarse el daño punitivo "cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia causa un perjuicio a otro", en este criterio decididamente nos enrolamos y brevitatis causae "...resulta contrario a la esencia del daño punitivo, y a más de 200 años de historia, sostener que un abogado está habilitado a pedir y el juez a concederlos ante la simple invocación de que el proveedor no ha cumplido sus obligaciones legales o contractuales. Para poder cobrar daños punitivos hace falta algo más. Un elemento de dolo o culpa grave es necesario para poder condenar a pagar daños punitivos" -López Herrera, Edgardo, "Daños punitivos en el Derecho argentino, Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor", JA, 2008-II, 1201...".

En función a todo lo expuesto considero que al tratarse de una multa civil que tiene naturaleza netamente "sancionatoria" su interpretación debe ser restrictiva, por lo que su aplicación solo resultará procedente -como ya lo adelantara- cuando concurren al menos dos requisitos: 1) incumplimiento legal o contractual y 2) dolo o culpa grave por parte del proveedor o prestador de los servicios que ocasionaron tales faltas.

Desde esta óptica, la aplicación del artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor es de carácter excepcional, por lo que el simple "incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales para el consumidor", no autoriza su aplicación automática, sino que a la par de ello debe existir un grave reproche (dolo o culpa grave) sobre la conducta del prestador del servicio o proveedor, aún cuando la norma no lo mencione expresamente.

De otro modo, al incluir a la multa por daño punitivo como un rubro indemnizatorio más, se correría el riesgo de propiciar un enriquecimiento ilícito a favor de la víctima, extremo no querido por el sistema de reparación de daños del derecho civil.

Traídos estos conceptos al caso concreto, adelanto que la sanción resulta improcedente.-

Si bien es cierto que en autos ha quedado acreditada la existencia del hecho invocado por la actora para justificar su reclamo, no encuentro elementos suficientes que permitan calificar la "falta al deber de seguridad en la prestación del servicio", como grave a los fines de la multa civil.

Existió, sí, responsabilidad de la demandada por el incumplimiento de un deber anexo a la prestación principal, pero de manera alguna, en función del carácter restrictivo del instituto en cuestión, hubo a mi entender culpa grave o dolo que justifique por ese solo incumplimiento sancionar civilmente a la prestadora del servicio, es decir al Banco Provincia de Neuquén S.A., tal como se pretende.

Con relación al daño moral, diré que cuando la responsabilidad tiene naturaleza contractual, y la relación de consumo lo tiene, la procedencia de éste debe ser considerada con mayor rigor, por lo tanto, es a cargo de quién lo invoca su prueba, no bastando alegar solamente el incumplimiento de las obligaciones contraídas, como pretende hacerlo la parte apelante.

En tal sentido, cabe tener en cuenta que no cualquier descuido contractual o derivado en las relaciones de consumo puede generar por sí mismo un resarcimiento por daño moral, sino que para ello ocurra el afectado debe acreditar de manera concreta que a consecuencia de dicho incumplimiento o falta o prestación en una relación de consumo, ha sufrido una lesión de tal índole.

El caso bajo examen no escapa del principio general enunciado, en el sentido de que al tratarse de daño moral reclamado dentro de las relaciones de consumo se le aplican las mismas consideraciones que corresponden a los reclamos por daño moral dentro de la órbita contractual, por lo que al no haber sido siquiera mencionados los padecimientos que experimentó la actora ha raíz de dicho incumplimiento por parte del banco, los mismos no se presumen, por lo cual corresponde su rechazo por infundado.



En definitiva y, en orden a las consideraciones que anteceden, propongo al Acuerdo: a) revocar la sentencia de grado y en consecuencia hacer lugar parcialmente a la demanda respecto del rubro “daño emergente” el cual conforme las consideraciones expuestas precedentemente, asciende a \$93.000, con más los intereses, tasa activa del BPN, desde la fecha del hecho y hasta su efectivo pago; b) Las costas en función del resultado propiciado se distribuirán en un 80% a cargo de la demandada y en un 20% a cargo de la actora, en ambas instancias, dejándose sin efecto los honorarios y difiriéndose la regulación de ambas instancias para su oportunidad.

Tal mi voto.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Revocar la sentencia dictada a fs. 277/280 vta., y en consecuencia, hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de ambas instancias en un 80% a cargo de la demandada y en un 20% a cargo de la actora (art. 68 y 71 C.P.C.C.).

3.- Dejar sin efecto los honorarios fijados en la instancia de grado, difiriendo su regulación para su oportunidad.

4.- Diferir la regulación de honorarios de Alzada para su oportunidad (art. 15 Ley 1594).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.-

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dr. José Oscar Squetino - Secretario

[Volver al índice](#) - [Por Organismo](#)
- [Por Tema](#)
- [Por Carátula](#)

"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ GARRIDO DOMINGO ANTONIO S/ APREMIO" (Expte.: 462880/2012)

– Sentencia: 166/13 – Fecha: 12/11/2012

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

JUICIO DE APREMIO. DEMANDA. PLAN DE PAGOS. MANDAMIENTO DILIGENCIADO. COSTAS AL ACTOR.

Corresponde confirmar lo resuelto en la instancia de origen en cuanto impone las costas a la parte actora, teniendo en cuenta en principio el marco legal, que hace excepcional la eximisión de costas, con fundamento en la naturaleza procesal del juicio ejecutivo, cuando la accionante controvierte categóricamente la defensa exigiendo el pronunciamiento a su respecto, y luego, la situación del deudor que con notable antelación al momento de la intimación de pago judicial había regularizado su obligación al amparo de expresa regulación administrativa, obteniendo de la acreedora plazo para su cumplimiento. (Del Voto del Dr. Medori, en mayoría)

Las conductas asumidas por las partes, ameritan que las costas sean impuestas por su orden, pues por un lado, el accionado dio motivo al inicio de estas actuaciones, y por el otro, fue la propia accionante quien a pesar de haber otorgado facilidades de pago extrajudicialmente y por la misma deuda que aquí se reclama, diligenció un mandamiento de intimación de pago y embargo, que resultaba innecesario. (Del Voto del Dr. Ghisini, en minoría)

Texto completo:

NEUQUEN, 12 de noviembre de 2013.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ GARRIDO DOMINGO ANTONIO S/ APREMIO" (Expte. N° 462880/12) venidos en apelación del JUZGADO DE JUICIOS EJECUTIVOS N° 2, a esta Sala III integrada por el Dr. Marcelo Juan MEDORI y el



Dr. Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia del Secretario actuante, Dr. José Oscar SQUETINO y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- Viene la presente causa a estudio en virtud del recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 30, contra la Resolución de fs. 27/29 vta. A fs. 32/36 luce memorial cuestionando la imposición en costas.

Expresa, que no corresponde a su parte cargar con las costas del proceso toda vez que a la fecha de la emisión de la boleta de deuda y promoción de la acción, el demandado se encontraba en mora.

Dice, que fue el demandado quién no cumplió con su obligación fiscal de la que resulta sujeto pasivo al día del vencimiento de ésta, provocando así el inicio de las presentes actuaciones.

Entiende, que imponer las costas a la actora implicaría premiar al demandado, quién en definitiva obligo a su parte por su actitud morosa a interponer la presente acción judicial.

Señala, que la imposición de costas a la actora deja abierta la puerta para que luego de iniciadas las actuaciones judiciales tendientes al cobro de las sumas adeudadas por los contribuyentes en concepto de impuestos, los demandados regularicen sus deudas, quedando exento del pago de las costas.

Cita jurisprudencia y solicita se revoque la resolución apelada, imponiéndose las costas al demandado.

A fs. 39/40, la parte demandada contesta el traslado del memorial, solicitando su rechazo con costas.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, observo que de las constancias de autos, la demanda ejecutiva (fs. 3), tendiente a procurar el pago del impuesto inmobiliario, se inició el 19/12/11, es decir, con anterioridad al plan de pagos suscripto extrajudicialmente el día 10 de abril de 2012, entre el Sr. Domingo A. Garrido y la Dirección Provincial de Rentas.

Así entonces, puedo afirmar que al momento de la interposición de la demanda, el accionado se encontraba en mora, situación ésta que amerita en principio, que deba soportar las costas de la presente ejecución.

Ahora bien, por otra parte advierto también que la actora a pesar de haber acordado el plan de facilidades de pago, retiró y diligenció el mandamiento de intimación de pago y embargo el 6/06/12, conforme surge de la constancia de fs. 15 vta.

Así pues, las conductas asumidas por las partes, ameritan que las costas sean impuestas por su orden.

En efecto, por un lado, el accionado dio motivo al inicio de estas actuaciones, y por el otro, fue la propia accionante quien a pesar de haber otorgado facilidades de pago extrajudicialmente y por la misma deuda que aquí se reclama, diligenció un mandamiento de intimación de pago y embargo, que resultaba innecesario.

En tal sentido la Jurisprudencia ha dicho:

“Las costas deben ser impuestas en el orden causado en el caso en que, por acuerdo de partes se canceló la deuda y fue innecesario dictar la sentencia de ejecución”. (Autos: Dirección Nacional de Recaudación Previsional c/ Boletín Oficial e Imprenta Provincial de San Juan s/ ejecutivo. Tomo: 314 Folio: 1070 Magistrados: Levene, Cavagna Martinez, Fayt, Barra, Nazareno. Exp.: D. 442. XXI. - Fecha: 17/09/1991).

Y que: “El estado de mora del ejecutado es suficiente razón para promover la ejecución fiscal, debiendo, por ende, cargar con las costas judiciales. Sin embargo, el hecho de acogerse él mismo al régimen de facilidades de pago implementado en el decreto 1249/95, cancelando el capital reclamado, con más sus intereses y recargos, sin que el ejecutante lo pusiera de manifiesto en el expediente, no autoriza a éste último a proseguir con la acción por el monto deducido, limitándose el marco de la ejecución a las costas y gastos judiciales” (Autos: M.C.B.A. c/ SCHIANO Y CIA. S.A. s/ EJECUCION FISCAL - N° Sent.: 099159 - Civil - Sala I - Fecha: 19/08/1997).

III.- En función de las constancias reseñadas, considero justo y equitativo que las costas sean impuestas por su orden, por lo que en tal sentido propiciaré la revocación del fallo apelado.

El Dr. Medori dijo:

Que habré de disentir con el voto que antecede y propiciar la confirmación del pronunciamiento de grado en la materia que viene recurrida en cuanto impone las costas a la actora vencida.

Ello conforme ya me expidiera en la causa "PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ LOPEZ ELIAS S/ APREMIO" (Expte. N° 363.369/8, del 18 de mayo de 2010.), interpretando las reglas procesales comprometidas bajo el siguiente análisis:

“I.-... que en materia de gastos causídicos en procesos como el que nos ocupa, la previsión del art. 558 del CPCyC adopta el criterio objetivo de la derrota a los fines de su imposición siguiendo lo establecido en el primer párrafo del art. 68 del citado ritual, advirtiendo, sin embargo, que aquel no recepta la potestad introducida en el segundo apartado de este último artículo, para eximir al vencido bajo argumento fundado.

Que establecer, a su vez como premisa general que las costas y los honorarios constituyen instituciones establecidas en directo interés para que el derecho que es desconocido o resulta de una controversia salga incólume de la discusión procesal, derivándose ello una relación de medio a fin respecto a la pretensión al cual acceden, y de allí incuestionable para el juzgador la obligación de expedirse.



Que se ha dicho que las costas -y por ende los honorarios- guardan una conexión íntima con la declaración del derecho efectuada en juicio. Su fundamento se encuentra en la litis que causa los gastos judiciales, porque todo lo que fue necesario para el reconocimiento del derecho, es disminución del mismo, y debe reintegrarse a su titular, a fin de que éste no sufra detrimento por causa del pleito (J.A. T. 38, pág. 680 y t. 37, pág. 1.373).

Que tal como se adelantara, la norma aplicable al caso (art. 558 del rito) consagra: "Costas. Las costas del juicio ejecutivo serán a cargo de la parte vencida, con excepción de las correspondientes a las pretensiones de la otra parte que hayan sido desestimadas. Si se hubiese declarado procedente la excepción de pago parcial, al ejecutado se le impondrán sólo las costas correspondientes al monto admitido en la sentencia." (cfme. arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 505 y ss. del Cód. Civil; 68 y 539 del C.P.C.C.).

Que sobre el particular, la doctrina reseña que: "...la norma transcripta adhiere al criterio que, con carácter general, adopta el art. 68 del CPN, y se funda, ..en el hecho objetivo de la derrota, aunque descarta la posibilidad admitida por esta última disposición, de que el juez exima de la responsabilidad de pagar las costas a la parte vencida en el supuesto de encontrar "mérito" para ello. La condena en costas en el juicio ejecutivo es, por lo tanto, ajena a toda valoración sobre la conducta de las partes o la índole de las cuestiones controvertidas. Por "parte vencida" debe entenderse, a aquella que obtiene un pronunciamiento judicial totalmente adverso a la posición jurídica que asumió en el proceso. En consecuencia corresponde considerar parte vencida y responsable, por ende, del pago de las costas, al ejecutante cuya pretensión resulta íntegramente rechazada en virtud de prosperar aunque sea sólo una de las diversas excepciones opuestas.." (p.509, t. VII, Dcho. Procesal Civil, Palacio).

II.- Que como antecedentes, cabe atender que en fecha 18/12/2007 se promueve la presente ejecución cuando la demandada era obligada frente al tributo contenido en el título de deuda emitido el 13/11/2007 por no haberlo ingresado tempestivamente (fs. 2); sin embargo, esta última antes de ser intimada de pago (06/10/2008 -fs.23 y vta.), y como resultado de una convención expresamente autorizada por la acreedora, accede a un plan de cancelación de la misma deuda en cuotas a cuyo fin se establecieron diversos requisitos y plazos cuyo cumplimiento fueron suficientemente acreditados en autos y vigente (fs. 57/58).

Que frente al desconocimiento que hiciera la actora respecto a los precisos extremos invocados por la accionada, la señora juez de grado debió pronunciarse sobre la excepción de espera, haciéndolo de manera favorable en fundamento que fuera consentido por las partes, subsistente lo relacionado a la imposición en costas que se le impusiera a la perdedora, que es cuestionado poniendo de relevancia la mora de la obligada al tiempo de la interposición de la acción.

Que resulta relevante señalar el argumento de la a quo como conclusivo respecto de las costas, cuando explica que: "(...) al ser evidente que nos encontramos ante un caso de demora en la comunicación del acreedor del tributo (Dirección Provincial de Rentas) a su letrado de la existencia de la concesión de un plan de pagos, corresponde hacer lugar a la excepción interpuesta y rechazar la demanda, con imposición de costas a la actora, de conformidad con lo establecido por el art. 558 del CPCC" (fs. 61, 5to. párrafo).

III.- Atento los elementos fácticos y jurídicos relevados, considero que debe confirmarse lo decidido por la sentenciante, teniendo en cuenta en principio el marco legal, que hace excepcional la eximición de costas, con fundamento en la naturaleza procesal del juicio ejecutivo, cuando la accionante controvierte categóricamente la defensa exigiendo el pronunciamiento a su respecto, y luego, la situación del deudor que con notable antelación al momento de la intimación de pago judicial había regularizado su obligación al amparo de expresa regulación administrativa, obteniendo de la acreedora plazo para su cumplimiento.

La jurisprudencia mayoritaria ha sentado que: "En el proceso ejecutivo no se juzga la conducta subjetiva del vencido como fundamento de la exención, sino que se hace un análisis objetivo en vista de lo que decide la sentencia. Así, si se rechaza la demanda, las costas se imponen al ejecutante." (CFed Mar del Plata, 6.2.97, LL 1998-D-902; id., TSCórdoba, sala CivCom, 2.7.93, LLC 1993-878).

"Habida cuenta que de la pericia contable resulta que el ejecutado al momento de ser intimado de pago y citado de remate nada adeudaba y por lo tanto no se hallaba incurso en mora, pues la misma ya se había compurgado con la aceptación del pago de las cuotas atrasadas efectuada por la abogada de la actora, sólo cabe rechazar la demanda con imposición de costas a la ejecutante, porque la ley se ha hecho cargo de la índole especial del título ejecutivo y considera objetivamente disvaliosa la conducta de la parte que usa dicho título sin derecho, como la de quien actuando con ligereza da pie a que se rechace parcialmente la pretensión (art. 1071, Código Civil, art. 556, C.P.C.C.)." (Referencia Normativa: Cci Art. 1071; Cpcb Art. 556, Cc0203 Lp, B 71454 Rsd-155-91 S, Fecha: 25/07/1991, Juez: Pereyra Muñoz (sd), Caratula: Caja De Previsión Social Para Profesionales De La Ingeniería De La Provincia De Buenos Aires C/ Agosteguis, Gerardo S/ Cobro Ejecutivo, Mag. Votantes: Pereyra Muñoz - Pera Ocampo-LDT)".

Que el análisis y conclusiones expuestas favorable a la excepción de espera del antecedente citado resultan aplicables a los presentes en la que se acogió la de pago total, conforme cancelación extrajudicial del impuesto derivado de la convención aprobada por la propia actora, quien no obstante sigue instando este proceso, e incluso en su responde (fs. 18/22) propicia el rechazo de la defensa y controvierte la imposición en costas, pretendiendo justificar conducta con argumentos que, tal como desarrollara arriba, y en definitiva, no procede atender.



Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propicio rechazar la apelación, y confirmando el fallo recurrido, imponer las costas de la Alzada a cargo de la ejecutante y recurrente vencida, a cuyo efecto deberán regularse los honorarios profesionales con ajuste a los arts. 15 y 40 de la ley arancelaria.

Tal mi voto.

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ, quien manifiesta:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto del Dr. Medori, adhiero al mismo.

Por todo ello, la SALA III POR MAYORIA,

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 27/29 vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada a cargo de la ejecutante y recurrente vencida (art. 558 C.P.C.C.).
- 3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes e esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).
- 4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr. Federico Gigena Basombrió

Dr. José Oscar Squetino - Secretario

[Volver al índice](#) -[Por Organismo](#)
-[Por Tema](#)
-[Por Carátula](#)

"CREDITO AUTOMATICO S.A. C/ CUEVAS CONCEPCION OLGA S/ COBRO EJECUTIVO" (Expte.: 215284/1998) – Sentencia: 157/13 – Fecha: 29/10/2013

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

PAGARE A LA VISTA. EXCEPCIONES DE FALSEDAD E INHABILIDAD DE TITULO. PRUEBA PERICIAL. PERICIAL CALIGRAFICA. ELEMENTOS FORMALES DEL TITULO.TITULO EJECUTIVO HABIL.

La falsedad de la firma alegada por el recurrente debe establecerse por dictamen pericial caligráfico, medio normalmente idóneo para su comprobación, resultando insuficiente a tal fin la comprobación de la ausencia del firmante en la fecha indicada en el pagaré, pues con ello de manera alguna se corrobora que la firma inserta en el mismo sea falsa.

Aún en el hipotético caso que la demandada haya acreditado haberse mudado al exterior, esa sola circunstancia, de manera alguna hace procedente la excepción de inhabilidad de título planteada, pues en un pagaré con vencimiento a la vista la falta de presentación al cobro, lejos de invalidarlo como tal, difiere el cómputo de los intereses para la fecha del diligenciamiento de la intimación de pago y embargo. Mas allá que con la documentación adjuntada (pasaporte) se tenga por acreditado que la accionada se mudó a vivir a otro país, tal circunstancia, en el caso, tampoco enerva la validez de la presentación al cobro que denuncia el actor, máxime cuando la propia apelante reconoció expresamente que el lugar de pago era en "Capital Federal".

Texto completo:

NEUQUEN, 29 de octubre de 2013.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CREDITO AUTOMATICO S.A. C/ CUEVAS CONCEPCION OLGA S/ COBRO EJECUTIVO", (Expte. N° 215284/98), venidos en apelación del Juzgado Civil N° TRES, a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia de trance y remate de fs. 137/139 rechaza la excepción de inhabilidad de título y falsedad interpuesta por la demandada.



A fs. 140/142, la accionada presenta memorial y solicita en primer lugar, que se abra en esta instancia la presente causa a prueba y que luego se proceda al rechazo de la acción incoada en su contra; o en su defecto, de declararla procedente, se la tenga por constituida en mora a partir del 7 de marzo de 2012, fecha en que se diligenció la intimación de pago y embargo (fs. 123/124 vta.).

Seguidamente, se agravia por el tratamiento dado en el fallo de primera instancia, a la excepción de falsedad e inhabilidad de título. Argumenta, que su parte en ningún momento puso en discusión la causa de la obligación, sino que, para probar la inhabilidad de título por falta de presentación al cobro, en la fecha en que se menciona en la demanda, acompañó las pruebas documentales obrantes en autos y ofreció la restante.

Indica, que la documentación acompañada ha sido a los fines de acreditar que la firma no le pertenece, pues no estuvo en la ciudad de Buenos Aires en la fecha de la firma del título (5 de septiembre de 2007), y menos aún a la fecha de su presentación al cobro: el 5 de octubre de 1997.

Señala, que conforme pasaporte adjuntado, en la fecha que se indica como presentación al cobro, su parte se encontraba fuera del país, por lo que en caso de resultar procedente la acción debe tomarse como fecha de mora la indicada en el mandamiento de intimación de pago y embargo (fs. 123/124).

Corrido el pertinente traslado, el memorial no fue contestado por la contraria.

II.- Ingresando al estudio de las cuestiones traídas a debate, adelanto que no tendrá andamio la petición para producir prueba ante la Alzada. Al respecto esta Cámara tiene dicho que la apertura a prueba en segunda instancia es de carácter excepcional y su interpretación es restrictiva (PS. 1986-II-235/236; PS. 1988-I-98/99, Sala II; PS. 1991-III-561/564, Sala I; Palacio-Alvarado Velloso, "Código Procesal", IV-365). Así, el replanteo de prueba en la Alzada no debe ser instrumento del descuido, demora, desidia o desinterés en el requerimiento oportuno o el diligenciamiento de los medios probatorios perdidos, de modo que sólo tendrán cabida cuando la decisión que denegó la prueba se deba a un error, negativa injustificada o negligencia decretada inoportunamente (JUBA7 -NQN- Q0002671).

En el mismo sentido, se ha sostenido que su procedencia es excepcional y se funda, principalmente, en que el Juez de grado no haya resuelto correctamente la cuestión planteada. Además, el criterio de admisibilidad de la misma debe ser restrictivo, por cuanto importa retrotraer posibilidades que tienen una oportunidad prefijada. Por otra parte, si la cuestión pudo ser debatida con anterioridad y esto no ocurrió por la inactividad de los interesados no corresponde abrir a prueba en la Alzada (PS. 1994-I-38/40- Sala I).(JUBA7 -NQN- Q0000350).

Por lo expuesto, y teniendo en cuenta que la peticionante ni siquiera ha indicado en forma clara y concreta las pruebas a replantear, propondré al Acuerdo no hacer lugar a su producción ante esta Alzada.

En otro orden, y en cuanto a los agravios, diré que con la documentación adjuntada por la demandada de manera alguna se acredita la excepción de falsedad que invoca.

Si bien, en su presentación de fs. 116/121, opuso excepciones de falsedad e inhabilidad de título, negando, en virtud de la primera que la firma que se le atribuye en el documento base de la presente ejecución sea suya, no ofreció pericial caligráfica y el art. 542 del C.P.C. y C., expresamente establece que las excepciones se propondrán en un solo escrito conjuntamente con el ofrecimiento de prueba.

La falsedad de la firma alegada por el recurrente debe establecerse por dictamen pericial caligráfico, medio normalmente idóneo para su comprobación, resultando insuficiente a tal fin la comprobación de la ausencia del firmante en la fecha indicada en el pagaré, pues con ello de manera alguna se corrobora que la firma inserta en el mismo sea falsa.

Esta Cámara, ha sostenido: "[...] quienes debían activar la producción de la pericial caligráfica, único fundamento de la excepción y prueba vital para el resultado de su defensa, eran los accionados, por lo que no debieron perder la oportunidad de producirla (conf. PI, 1997, T.II, f°231/32, Sala I, entre otras causas) [...]", ("ABN AMRO BANK N.V. SUC. ARG. C/ CAUQUOZ MONICA Y OTROS S/ COBRO EJECUTIVO", EXP N° 335394/6).

Por ello, ante el incumplimiento de lo dispuesto por el art. 549. 2° párrafo del C.P.C. y C., corresponde rechazar la primera de las excepciones y confirmar en tal sentido el fallo apelado.

En lo que respecta a la segunda de las excepciones interpuestas, diré que el título base de la presente ejecución no resulta inhábil como lo cataloga la demandada, en primer lugar porque ella misma reconoce que no ataca la validez formal del título y en segundo lugar porque, conforme surge de los términos de su apelación, la discusión se centra básicamente en la fecha de mora.

Observo, que es el propio apelante, quien a pesar de fundar la excepción de inhabilidad de título en la falta de presentación del pagaré a la vista, solicita en ante esta instancia que se tome como fecha de mora la de la diligencia del mandamiento de intimación de pago y embargo de fs. 123/124 vta., al mencionar que en la fecha que indica el actor como de presentación al cobro, se encontraba en el exterior.

En lo que respecta a la presentación del documento para su cobro, diré que tratándose de un pagaré a la vista y con cláusula sin protesto existe la presunción iuris tantum reglada por la ley mercantil favorable al tenedor en el sentido de que ha presentado el documento. De allí que, la negativa del demandado es insuficiente para enervar las consecuencias de tal presunción cuando el ejecutante, como en el caso, afirmó que la



vista del documento se hizo en una fecha determinada. En todo caso, el obligado debe asumir la prueba del hecho disputado. (art. 50 Decreto-ley 5965/63).

Aún en el hipotético caso que la demandada haya acreditado haberse mudado al exterior, esa sola circunstancia, de manera alguna hace procedente la excepción planteada, pues en un pagaré con vencimiento a la vista la falta de presentación al cobro, como se dijo, lejos de invalidarlo como tal, difiere el cómputo de los intereses para la fecha del diligenciamiento de la intimación de pago y embargo.-

Ahora bien, advierto que aún cuando con la documentación adjuntada (pasaporte) se tenga por acreditado que la accionada se mudó a vivir a otro país, tal circunstancia, en el caso, tampoco enerva la validez de la presentación al cobro que denuncia el actor, máxime cuando la propia apelante reconoció expresamente que el lugar de pago era en "Capital Federal".

Ello así, pues al haber identificado el lugar de pago con el de creación en "Capital Federal" (art. 102 del Dec. -Ley N° 5965/63) no resulta suficiente alegar el cambio de residencia al exterior para desvirtuar la fecha de presentación invocada por el accionante.

En tal sentido se ha dicho que:

"Es improcedente que la deudora alegue que el pagare no pudo haberle sido presentado en la fecha indicada por la actora, aduciendo que a esa fecha se había mudado de domicilio, ya que tal manifestación importa reconocimiento de haber tenido tal domicilio y no desvirtúa la concurrencia a tal lugar por parte del portador del título". (Auto: CREDITUR SA C/ MUSCHONG, ALICIA S/ EJEC. - CÁMARA COMERCIAL: E - Mag.:GUERRERO - BENGOLEA - Fecha: 10/08/1984).

Y también que:

"Si en un pagaré a la vista los firmantes han fijado el domicilio del acreedor como lugar de pago, no pueden pretender que la presentación se haga en lugar distinto. En tal caso, será suficiente que el título sea presentado en el lugar y domicilio pertinentes, aunque el obligado no se halle presente allí; su ausencia -y su real desconocimiento de tal circunstancia- no obsta a la validez de la presentación, ni a la efectivización de sus consecuencias" (LDT Autos: ALE MADERAS SA C/ COOP. DE CREDITO, VIVIENDA Y CONSUMO LTDA. S/ CONSIGNACION 23/12/1992).

IV.- Por las razones expuestas y jurisprudencia citada, propongo al Acuerdo la confirmación de la sentencia de grado en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios, con costas de la Alzada al recurrente vencido (Art. 558 Cód. Proc.), a cuyo efecto se regularán los honorarios profesionales con ajuste al Art. 15 LA.

Tal mi voto.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 137/139, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (art. 558 C.P.C.C.).
- 3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes e esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).
- 4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

[Volver al índice](#) [-Por Organismo](#)
[-Por Tema](#)
[-Por Carátula](#)

"BORQUEZ CID BERNARDITA DEL C.Y OTROS C/ TRONCOSO JELDRES ALBERTO E. S/ D.Y P. X USO AUTOM." (Expte.: 389063/2009) – Sentencia: 156/13 – Fecha: 29/10/2013

DERECHO CIVIL:Accidente de tránsito.

COLISION ENTRE AUTOMOVIL Y MOTOCICLETA. MUERTE. MANIOBRA IMPRUDENTE. EBRIEDAD. CULPA DE LA VICTIMA.APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD.

Cabe confirmar lo resuelto en la instancia de origen que rechaza la demanda entablada por daños y



perjuicios derivados de un accidente de tránsito, pues la maniobra efectuada por el demandado si bien es riesgosa, no estaba prohibida en esa encrucijada y fue realizada con la precaución debida, sin embargo dos testigos dan cuenta que no pudo evitar el siniestro ante la sorpresiva irrupción del actor a excesiva velocidad y sin luces en un lugar oscuro y avanzada la noche, todo lo cual exime de responsabilidad al demandado por culpa de la víctima (cfme. arts. 1111 y 1113 del CC).

Texto completo:

NEUQUEN, 29 de octubre de 2013

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BORQUEZ CID BERNARDITA DEL C. Y OTROS C/ TRONCOSO JELDRES ALBERTO E. S/ D. Y P. X USO AUTOM.", (Expte. N° 389063/9), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 5 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 14 de septiembre del 2012 (fs. 487/492), expresando agravios a fs. 516/519.

Argumenta que la juez de grado incurre en errónea apreciación de la prueba al basarse en una declaración testimonial que nunca existió en sede civil y descarta otra por no haber declarado en sede penal cuando si lo hizo, abstrayéndose de la pericia accidentológica y afirmando circunstancias no evidenciadas, declara la culpa de la víctima cuando el accidente mortal fue ocasionado por la negligente maniobra de giro realizada por el demandado.

Reserva el caso federal, pide prueba y solicita se revoque el fallo recurrido, haciendo lugar a la demanda en todas sus partes con costas.

Corrido el pertinente traslado la parte demandada contesta a fs. 521/524.

Manifiesta que el testigo citado declara en el expediente penal que fuera ofrecido como prueba en los presentes, tres testigos dan cuenta de lo contrario a lo referido por el testigo propuesto por la apelante y la pericia accidentológica es contradictoria, habiéndose comprobado que el proceder negligente del motociclista fue la causa del evento dañoso.

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 demanda entablada por daños y perjuicios con fundamento en que se acredita que si bien el accionado intentó una maniobra peligrosa cual es el giro hacia la izquierda, los testigos Brizuela y Sepúlveda Salas dan cuenta de que el damnificado circulaba a alta velocidad, sin luces, sin casco y en estado alcoholizado, de noche y en un lugar oscuro, lo que exime de responsabilidad al perseguido.

Reunidos los recaudos de admisibilidad y cuestionada la apreciación de la prueba, estimo que el pedido formulado no reúne los recaudos del art. 260 inc. 2 y 5 del CPCC y observo que la pericia accidentológica (fs. 341/354 y 366) afirma no tener elementos para determinar la velocidad, remitiéndose al croquis y descripción policial, que da cuenta del impacto en la delantera derecha del auto y delantera izquierda de la moto, y concluye que no puede determinar la causalidad. La propia efectuada en la causa penal (fs. 416/425) tampoco puede determinar velocidades, describiendo daños de los vehículos, igualmente inculpa al demandado.

La pericia médica (fs. 391 y 397) da cuenta de que la víctima ingresó al hospital con diversos traumas asociados a cuadro de intoxicación alcohólica, con afecciones preexistentes: asma bronquial, obesidad mórbida y etilismo crónico, falleciendo a los días por distress respiratorio y fallo multiorgánico.

El testigo Brizuela (fs. 325 y 414) asegura haber visto desde la parada de colectivos la moto segundos antes del choque, iba sin luz ni casco y a una velocidad fuerte, aproximadamente 40 a 50 km/h, era una esquina sin luces, oscura, ahora hay alumbrado, y era de noche entre las 10,30 a 11 hs..

Patiño Quezada (fs. 333) también afirma que estaba oscuro, describe el accidente sin precisión de velocidades y medidas de seguridad.

Neira (fs. 335) dice que el auto gira en U sin aviso y con velocidad, que la moto venía despacio y traía luces y casco, siendo óptima la visibilidad, y que vio el accidente de enfrente donde alquilaba un local.

Sepúlveda Salas (fs. 412) narra los hechos vistos desde la vereda "era tarde, estaba oscuro, creo que fue después de las diez de la noche. ..Que la camioneta circulaba por calle Dr. Abraham venía como del barrio Mudon y como para doblar a mano izquierda hacia la plaza, llevaba colocada la luz de giro. La camioneta disminuyó su marcha, se orilló, venía despacio para doblar a su izquierda cuando escuchamos un ruido de una moto que pasó así, rápido y sentimos el impacto. Que la moto circulaba por la misma calle en dirección contraria. .. Fuimos a ver y el muchacho de la moto estaba tirado, no llevaba casco, no llevaba tampoco las luces encendidas de la moto. ..Que el conductor de la camioneta se detuvo y se bajó enseguida a ayudarlo. Que el lugar estaba oscuro, ahora han colocado más alumbrado. ..la moto debía circular a más de treinta km/hs.. La camioneta dobló despacio calculo a unos diez km/hs..".



Del contraste de estas probanzas y lo valorado por la sentenciante por un lado y por la recurrente por el otro, surge que esta última imputa a la primera que se basa en un testigo que nunca declaro en sede civil, Sepúlveda Salas, más lo hizo en penal, siendo la propia apelante la que acompaña la copia de la declaración en cuestión, habiendo ofrecido el expediente penal como prueba ambas partes.

Advierte el error de la jueza que afirma que el testigo Neira no declaro en sede penal, más no se hace cargo de que el desliz es inducido por su parte que al agregar las copias pertinentes no acompaña justamente esa declaración. Todos los testigos citados declaran en el expediente penal según consta a fs. 430, inclusive el mentado Neira, y la instrucción penal ya advertía la contradicción de los testigos conforme fs. 436, de conformidad a las copias presentadas por la misma recurrente (fs. 446).

Acusa otro error, que se afirma que Neira estaba dentro de su local comercial, y si bien es cierto que no lo dice expresamente, se infiere de su declaración al contestar que ve el accidente de frente porque alquilaba un local (primera repregunta).

Aduce falta de prueba de la supuesta oscuridad y cita la pericia accidentalológica, ignorando que el perito se refiere a la actualidad de la esquina, siendo los testigos al momento del hecho los que afirman la falta de suficiente visibilidad y que con posterioridad se iluminó la zona con alumbrado público.

Denuncia que no se ha analizado la pericia accidentalológica, lo que tampoco es cierto, la jueza la considera, remarcando que no ha podido llegar a conclusiones certeras y destaca que el perito se desdijo de la atribución de responsabilidad que menciona la recurrente.

De esta forma, se puede concluir que la apelante tergiversa ciertas situaciones procesales y declaraciones formuladas, acentúa lo manifestado por su testigo y la pericia, se abstrae de evidencias concretas, e imputa falta de congruencia, insistiendo que no se avala el exceso de velocidad y la falta de luces de la víctima.

También evade que las pericias accidentalológicas solo se basan en la posición de los vehículos, desconociendo las declaraciones testimoniales y careciendo de elementos técnicos para respaldar una conclusión de causalidad.

Que llama la atención la flagrante contradicción del testigo Neira con los dos referidos por la juzgadora, cuando estos aseguran claramente el exceso de velocidad y la falta de casco y luces de la moto, aquel ve todo lo contrario, estimando con acierto la magistrada el mayor valor de los primeros por su coincidencia y posición espacial y distancia del lugar del suceso.

Que a ello debe sumarse la comprobación del estado de ebriedad de la víctima que indudablemente aporta un elemento negativo de gravedad al momento de reconstruir el evento en lo que hace al cumplimiento de las normas de tránsito y especialmente al control efectivo de los vehículos.

Cabe mencionar que la maniobra efectuada por el demandado si bien es riesgosa, no estaba prohibida en esa encrucijada, y fue realizada con la precaución debida, según los testigos referidos, no pudiendo evitar el siniestro ante la sorpresiva irrupción del actor a excesiva velocidad y sin luces en un lugar oscuro y avanzada la noche (cfme. arts. 1111 y 1113 del CC).

El principio de autorresponsabilidad implica que el damnificado debe asumir las consecuencias de su propia negligencia. La culpa exclusiva de la víctima exonera de responsabilidad al agente dañoso porque es una causa extraña o ajena. En tal situación el agente dañoso aporta una causa física en la generación del daño a la que se niega relevancia jurídica; dicho en sede de responsabilidad civil, no es causa jurídica porque carece de rango atributivo. 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. (p. 541 y ss., Responsabilidad civil por accidentes de automotores, Marcelo López Mesa).

En este sentido, ha dicho el Tribunal Supremo Español en diversos fallos que “el comportamiento imprudente de la víctima puede tener tal relevancia en el orden causal, mostrarse tan imprevisible y contrario al elemental principio de la confianza, tan decisivo y eficiente en la originación del resultado, que llegue a excluir todo rastro de imprudencia en la actuación del agente, llegándose a la conclusión de la accidentalidad o fortuidad del acto enjuiciado, al resultar difícilmente acusable tanto el factor psicológico de la imprevisión, ante el inesperado riesgo suscitado por el sujeto pasivo, como el elemento normativo de incumplimiento de un deber objetivo de cuidado, sorprendido el propio agente por el súbito e impensado proceder del sujeto interpuesto”. (TSdeE, sala 2, 25.9.86, LL(Esp) 1986-4-437).

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propicio el rechazo de la apelación, confirmando el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas en la alzada a cargo del recurrente vencido, a cuyo efecto deberán regularse los honorarios profesionales con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 487/492, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al recurrente vencido (art. 68 C.P.C.C.).



3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes e esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

[Volver al índice](#) [-Por Organismo](#)
[-Por Tema](#)
[-Por Carátula](#)

"ESPARZA RICARDO ALBERTO M. C/ ESCALA SUR S.R.L. S/ DESPIDO" (Expte.: 412563/2010) –
Sentencia: 183/13 – Fecha: 12/12/2013

DERECHO LABORAL: Derecho colectivo del trabajo.

CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO. ENCUADRAMIENTO CONVENCIONAL. INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN. EMPLEADOS DE COMERCIO.

Resultado correcto el encuadre laboral del actor dentro del régimen de Trabajadores de la Construcción (Ley N° 22.250 y CC 76/75) y no el de empleados de comercio conforme fue su pretensión. Ello así ya que la prestación que el actor realizaba para su empleadora se centraba en la instalación de muebles, pisos y no en la venta de tales implementos. Precisamente, las tareas de instalación de muebles y pisos flotantes, al ser una tarea complementaria o coadyuvante de la construcción se encuentra comprendida en el ámbito de la aplicación de la referida ley .

La circunstancia de que la tarea de colocación de pisos y placares se efectuó también en obras ya construidas o viviendas ya habitadas, no resulta suficiente para excluir la aplicación del régimen legal de trabajo para el personal de la industria de la construcción, pues se trata de una actividad complementaria que encuadra en lo dispuesto en el art. 1, inc. b, del citado ordenamiento.

Texto completo:

NEUQUEN, 12 de diciembre de 2013.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ESPARZA RICARDO ALBERTO M. C/ ESCALA SUR S.R.L. S/ DESPIDO" (Expte. N° 412563/10) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 3 a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina TORREZ, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. GHISINI dijo:

I.- En primera instancia se rechazó la demanda interpuesta por el actor contra la empresa Escala SUR S.R.L., por considerar correcto el encuadre laboral del señor Ricardo Alberto Esparza en el régimen de Trabajadores de la Construcción (Ley N° 22.250 y CC 76/75).

A fs. 216/220 el actor interpone recurso de apelación contra la sentencia; aduce que el a-quo ha incurrido en un error de apreciación tanto de los hechos como de la prueba producida, no ajustándose su conclusión al encuadre previsto por el art. 1 de la ley N° 22.250.

Afirma que, conforme surge de las declaraciones de los testigos Barros, Sotelo y García, no es cierto lo sostenido en la sentencia, en cuanto a que la actividad que efectuó haya sido la de instalación de muebles y pisos en obras que eran construidas por otros empresarios.

Aduce, que de los testimonios referenciados precedentemente surge que los muebles y los pisos se colocan tanto en edificios nuevos como habitados, por lo que entiende que circunscribiéndose la actividad principal de la empresa a la venta y diseño de muebles, no cabría encuadrar dicha actividad bajo el régimen de la construcción.

Afirma, que del informe emitido por la Municipalidad surge que el local del demandado se encuentra habilitado como mueblería, por lo que expresa que el carácter de empresa constructora que emana del informe de ERIC (fs. 139) es relativo, pues no advierte qué conexidad o de qué modo coadyuva a la obra de construcción la instalación de muebles o pisos flotantes.

Considera aplicable el art. 8 del Convenio de Comercio, pues entiende que allí se menciona la actividad que despliega el actor.



Finalmente, dice, que no sería aplicable los antecedentes jurisprudenciales mencionados en la sentencia, en tanto estamos en presencia de una sociedad que para el cumplimiento de sus fines tiene un sólo establecimiento comercial que tiene por objeto la venta de muebles, lo que no justifica la aplicación del convenio de la construcción.

A fs. 224/225, la demandada contesta los agravios, solicita que los mismos sean rechazados toda vez que no cumplen con los requisitos del art. 265 del Ordenamiento Procesal.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, el tema central en el que se circunscriben los agravios fincan en el encuadramiento convencional de la relación de trabajo, es decir, en la determinación del convenio colectivo aplicable, en virtud de ser esta cuestión la causa por la que el demandante reclama la diferencia de la liquidación practicada como consecuencia de la ruptura de la relación laboral.

En este sentido, mientras la sentencia sostiene que el convenio colectivo aplicable a la actividad desempeñada por el actor es el de la Construcción, el apelante entiende que es el de la actividad principal de la empresa demandada, es decir, el convenio de empleados de comercio.

Cabe hacer notar, que en autos no está controvertida la fecha de ingreso, egreso y actividad que desempeñaba el actor, sino que los agravios se enfocan en el encuadre en el convenio apuntado precedentemente.

Circumscripata la materia del recurso a lo que se acaba de señalar, considero que la crítica que sobre éste punto el recurrente efectúa sobre la sentencia, no alcanza a conmovir la argumentación brindada en el fallo apelado.

La ley 22.250 del Régimen Laboral de los Obreros de la Construcción, en la parte que aquí nos concierne, claramente en su art. 1, establece que:

“Están comprendidos en el régimen establecido en la presente ley: a) El empleador de la industria de la construcción que ejecute obras de ingeniería o arquitectura, ya se trate de excavaciones, de construcciones nuevas o de modificación, reparación, conservación o demolición de las existentes, de montaje o de partes ya fabricadas o de vía y obras...b) El empleador de las industrias o actividades complementarias o coadyuvantes de la construcción propiamente dicha, únicamente con relación al personal que contrate exclusivamente para ejecutar trabajos en las obras o lugares a que se refiere el inciso a), c) El trabajador dependiente de los referidos empleadores que, cualquiera fuera la modalidad o denominación que se acuerde a su contratación o a la forma de su remuneración, desempeñe las tareas en las obras o lugares de trabajo determinados en los incisos a y b..”. (el subrayado me pertenece).

Habiendo quedado debidamente acreditado en autos (reconocimiento del propio accionante y declaración efectuada en los testimonios abonados en la causa) que la prestación que el actor realizaba para su empleadora se centraba en la instalación de muebles, pisos y no en la venta de tales implementos, resulta de aplicación la ley 22.250 y el CCT 76/75, referidos a los empleados de la construcción.

Precisamente, las tareas de instalación de muebles y pisos flotantes, al ser una tarea complementaria o coadyuvante de la construcción se encuentra comprendida en el ámbito de la aplicación de la ley 22.250.

El presente caso es uno de aquellos que excepciona el principio general que enuncia el recurrente, de “primacía del convenio referido a la actividad principal del establecimiento” ya que la actividad que éste lleva a cabo comporta la adscripción a dos convenios diferentes (por un lado el de empleados de comercio y por el otro el de la construcción) que han de ser utilizados para el correcto encuadre de los dependientes en orden a la actividad que cada uno de ellos desempeña en la empresa, ello con independencia que la empresa posea un solo establecimiento.

En tal sentido la Jurisprudencia ha dicho que:

“En materia laboral lo que cuenta es la verdadera situación creada sin que la naturaleza de los vínculos jurídicos que ligan a las partes quede sujeta a la denominación dada por actora o demandada. En el "sub lite" el accionante califica la relación como la de un viajante de comercio en tanto el accionado como un contrato de distribución. La disparidad es total y es competencia del juzgador determinar en base a los hechos probados, la naturaleza jurídica del vínculo estableciendo el encuadre correspondiente. Fundamento del Dr. González. (01/03/1996 - PARTES: Pérez, Antonio Alberto c/ Perez, Armando y/o Tsu Cosméticos y/o Cosméticos Oriental S.A. y/o Japan Cosmetics S.A. y/o pers. fis. o jurid. que res. resp. s/ reclamo laboral. FIRMANTES: Dres. Carlos G. González, Ariel G. Coll -en disidencia-, Rodolfo R. R. Roquel FALLO N°: 579 - TRIBUNAL: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA).

Y que:

El encuadre convencional, es la resolución judicial por la que se determina, para un caso concreto, qué convención colectiva debe regir la relación laboral de uno o mas trabajadores y su empleador. Si la demandada explota una estación de servicio y el actor se desempeña como operario de la playa, la CCT aplicable es la 391/75, desplazando por especialidad la correspondiente a empleados de comercio. (Cámara de Apelaciones de Neuquen- Sala II autos: “Villagran, Jose Domingo C/ Estación De Servicio Diez Hnos S.a. S/ Cobro De Haberes”- Mag. Votantes: Garcia - Gigena Basombrio).

Por otra parte, siguiendo con el lineamiento de los agravios expuestos, diré que la circunstancia de que la tarea de colocación de pisos y placares se efectuó también en obras ya construidas o viviendas ya habitadas, no resulta suficiente para excluir la aplicación del régimen de la ley



22.250, pues se trata de una actividad complementaria que encuadra en lo dispuesto en el art. 1, inc. b, del citado ordenamiento de la construcción.

Ello así toda vez que si bien la ley 22.250 distingue las actividades que tienen por objeto la construcción propiamente dicha, de aquellas que participan complementariamente con ello (colocación de pisos, placard etc.) ésta última actividad también se encuentra incluida.

Así la jurisprudencia ha dicho que:

“La disposición contenida en el art. 1, inc. b, de la ley 22.250, alude a todas aquellas industrias o actividades que tengan por objeto complementar o coadyuvar a los fines de la construcción, es decir: en obras de ingeniería o arquitectura, y sea que se trate de “excavaciones, de construcción nuevas o de modificación, reparación o conservación de las existentes”, tal cual dispone, a su vez, el inc. a del mismo precepto (S.C.J.B.A; 33.227, 7—8-84).

Concluyendo sobre éste punto, diré que aún cuando el objeto principal de la empresa no se circunscriba a la construcción de obras, cuando provee trabajadores a terceros para que se desempeñen en las condiciones descriptas en los incs. a, b y c del art. 1, contrae las obligaciones impuestas al empleador por la ley 22.250.

Por todo ello, y compartiendo los fundamentos de la instancia de grado, propongo al Acuerdo que se rechace el recurso confirmándose la sentencia en cuanto ha sido materia del mismo. Las costas correspondientes a ésta instancia serán a cargo de la actora. Los honorarios profesionales se ajustarán a la pauta del art. 15 LA y a los demás parámetros habitualmente tenidos en cuenta por la Sala. Así voto.

El Dr. Marcelo Juan MEDORI dijo:

Que habré de adherir a los argumentos del voto que antecede por adecuarse a lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia mediante ACUERDO NRO. 34 del 23 de diciembre de 2009 en los autos “ASENCIO MARTÍN JAVIER Y OTROS C/ GRÚAS GUT S.R.L. S/ DESPIDO” (Expte. 138 año 2006), y sus acumulados: “GODOY GERARDO JAVIER Y OTROS C/ GRÚAS GUT S.R.L. S/ DESPIDO” (Expte. 4 año 2007), “ACOSTA CARLOS ROBERTO Y OTROS C/ GRÚAS GUT S.R.L. S/ DESPIDO” (Expte. 34 año 2007) y “BECERRA NELSON LUIS Y OTROS C/ GRÚAS GUT S.R.L. S/ DESPIDO” (Expte. 43 - año 2007), oportunidad en que se habilitó la instancia revisoria extraordinaria de inaplicabilidad de ley con motivo de la jurisprudencia contradictoria – inc. D, del art. 15, de la Ley 1406- que emanaba de las Salas III y I respecto al ámbito de aplicación personal de un convenio colectivo de trabajo.

En los antecedentes “ASENCIO” y “ACOSTA”, de esta Sala III, se había juzgado correcto el encuadre de los actores en el C.C.T. N° 76/75 -de la industria de la construcción-, y la inaplicabilidad del correspondiente a los petroleros privados -N° 299/98- partiendo de la idea que el encuadramiento convencional se define según cuál es la actividad principal de la empresa, y que las tareas propias de la empleadora constituyen un servicio que podría ser prestado para distintos tipos de contratistas, pero que esencialmente hacen a la industria de la construcción.

En contrario, en las causas “GODOY” y “BECERRA” de la Sala I se estableció la posibilidad de concurrencia, que el Art. 4°, último párrafo, del C.C.T. N° 76/75 permite aplicar otro convenio colectivo, a pesar de que la empresa pertenezca a la construcción, siempre y cuando resulte más beneficioso y que las tareas desarrollada por los trabajadores de un establecimiento de dicha empresa esté amparada por aquél, definiéndose por el de los petroleros privados por el desempeño laboral exclusivo en una zona petrolera y que actividad de la empleadora demandada era prestar sus servicios esencialmente para asistir a la industria petrolera.

El TSJ unifica la doctrina en materia de encuadre convencional, estableciendo que para el supuesto en que una empresa cuente con más de un establecimiento, corresponde aplicar el C.C.T. de la actividad principal desarrollada en cada uno de ellos.

Explica “2.- Cuando la empresa tiene establecimientos, la atención debe centrarse en la actividad principal desarrollada, en concreto, en cada uno de ellos.

“Puede suceder que sea la misma en todos y, por consiguiente, que todos estén comprendidos en el mismo ámbito personal de un convenio colectivo.

“Pero, también puede acontecer que en alguno de ellos se cumpla una actividad distinta y por tanto, que ese establecimiento se halle alcanzado por el ámbito personal de otro convenio, propio y adecuado a su explotación.

“Esa coexistencia de actividades diferenciadas suele traer aparejada la necesidad de diseñar la organización productiva de un modo especial y acorde a cada una de ellas, con el deliberado propósito de que resulte apta para la consecución de sus fines.

“Como dentro de dicha organización están comprendidos los trabajadores, la categoría profesional de cada uno de ellos se ajustará a las propias particularidades de esas actividades.

“Por ende, es lógico pensar que resulten alcanzados por el convenio colectivo de la actividad principal desplegada en cada establecimiento”.

A tal fin reseña diversas alternativas tipificantes que deben considerarse en la tarea del intérprete, como es el riesgo empresario diferenciado y distintivo de las actividades y la organización de medios productivos específicos que se exijan en cada una de ellas;



destacando, por ejemplo, las singularidades del mercado laboral del lugar al que concurre y que comparte con otras empresas del sector, e incluso la localización del establecimiento (punto 3), explicando en definitiva:

“La actividad principalmente desarrollada en un establecimiento, que exige una constatación concreta, dejará entrever el propio dinamismo que caracteriza al sector productivo en el que se desarrolla, como también sus especiales y singulares necesidades, todo lo cual conformará una realidad productiva a la que el empresario se ajustará. Esa realidad particular es la que aprehenden el sector sindical y empresario al celebrar un convenio colectivo de trabajo. Por ende, cuando se suscita un conflicto como el de autos, habrá que estar a la convención que mejor la refleje (4).

De todas formas, aclara que “En estos supuestos no cabe recurrir al principio de la norma más favorable (aplicable en los casos de duda) sino al principio de regulación de mínimos, por el cual el convenio de la especialidad se aplicará si de él surgen mejores condiciones que el acuerdo de la actividad. Estas precisiones muestran que no resulta correcto interpretar que la cláusula autoriza aplicar otro convenio a los trabajadores que cumplan tareas en una actividad afín o distinta de la construcción, como podría ser la petrolera, por el simple hecho de resultar más beneficioso (5).

Agrega que tampoco resulta apropiado tener en cuenta el concepto de “zona” donde se desarrolla la actividad para definir el ámbito personal de un convenio colectivo de trabajo “pues más allá de los conflictos que acarrearía definir los alcances de esa zona, aplicar una regla de esa índole llevaría a sostener que cualquier trabajador, por la simple circunstancia de cumplir sus tareas en una de ellas, queda comprendido en el convenio colectivo de la actividad del petróleo, sin importar cuál es su oficio o profesión, ni si su labor se cumple en una actividad propia, afín o ajena al petróleo, y tampoco tendrá incidencia la actividad del patrono. (6)“.

Que en definitiva, aún cuando en los presentes la controversia se haya centrado en el análisis de las tareas desarrolladas por el trabajador, resulta de aplicación la doctrina emanada del fallo que se cita, bajo cuyos términos habré de adherir a los argumentos de voto que antecede.

Por lo expuesto, esta SALA III

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la sentencia de fs. 204/207 en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 17, Ley 921).
- 3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).
- 4.- Regístrese, notifíquese 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](#)

"LILLO JULIO RUBEN C/ CANALI ELIO ROQUE S/ COBRO DE HABERES" (Expte.: 413918/2010) – Sentencia: 184/13 – Fecha: 17/12/2013

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

DESPIDO DIRECTO. SERVICIO DE TAXI. INJURIA GRAVE. PERDIDA DE CONFIANZA. DESPIDO POR JUSTA CAUSA.

Cabe confirmar lo resuelto en la instancia de grado que tiene por configurado el distracto por injuria grave en los términos del art. 242 de la LCT, ya que se han evidenciado las principales imputaciones formuladas en la misiva resolutoria y que hacen fundamentalmente a la retención de la recaudación y la falta de información esencial referida al accidente de tránsito producido con el taxi encomendado, en tanto ello transgrede obligaciones legales de buena fe, fidelidad, colaboración, diligencia y responsabilidad (según art. 62 y ss. LCT); deberes expresamente previstos en el estatuto profesional (art. 9 CCT436/06); normas contractuales propias de la relación laboral y sus circunstancias particulares; con grave afectación de la confianza e implicancias indefinidas hacia terceros.



Texto completo:

NEUQUEN, 17 de diciembre de 2013

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "LILLO JULIO RUBEN C/ CANALI ELIO ROQUE S/ COBRO DE HABERES", (Expte. N° 413918/2010), venidos en apelación del Juzgado Laboral 3 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 5 de julio del 2013 (fs. 155/158), expresando agravios a fs. 159/164.

Argumenta que el juez de grado incurre en arbitrariedad al desestimar la indemnización por despido cuando se informa debidamente al demandado el accidente de tránsito, los testigos dan cuenta de las malas prácticas de los patronos, no se han acreditado las sendas imputaciones formuladas, como tampoco el perjuicio ocasionado, siendo desproporcionada la sanción impuesta. Denuncia que se ha omitido resolver el reclamo de aguinaldo y vacaciones proporcionales.

Apela la imposición de las costas y solicita se revoque el fallo recurrido, haciendo lugar a la demanda en todas sus partes con costas.

Corrido el pertinente traslado la parte demandada no contesta.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis hace lugar parcialmente a la demanda entablada en concepto de multa por defectuosa registración salarial conforme art. 10 de la ley 24.013, rechazando la demanda de indemnización originada en el despido directo, en razón de la falta de respuesta operada al requerimiento de información cursada por la empleadora, producido el accidente de tránsito con el taxi encomendado.

De las actuaciones producidas, surge que el contrato de trabajo que uniera a las partes, se inicia el 27.4.2009, para el desempeño de funciones de chofer efectivo (fs. 26/57), comenzando el intercambio epistolar el perseguido que intima al demandante el 26 de noviembre del 2009 con el siguiente texto: "...notifico a ud. que con fecha 24 de noviembre de 2009, se verifica que el vehículo Chevrolet Corsa Clasis 4 ptas. Gls 1.4 2009, dominio IJV623, que fuera asignado a su persona para realizar servicio de taxi, fue chocado en su parte frontal y abandonado a las 14:51 en calle Mendoza 878, asimismo el día de la fecha ud. no dio explicación alguna de lo ocurrido, como así tampoco entregó la recaudación del servicio. En consecuencia, intimo plazo 48 hs. de recibida la presente informe sobre el hecho ocurrido, denuncie datos del siniestro y reintegre valores de la recaudación, bajo apercibimiento de rescindir relación laboral por su exclusiva culpa. No obstante le comunico que a los fines de considerar la entidad del agravio y en honor a la buena fe de las partes quedare a la espera de contar con su respuesta." (fs. 7).

El mismo día el dependiente intima por registración defectuosa y aclaración laboral (fs. 2); para contestar el 30 de noviembre que la información fue puesta en conocimiento y que la recaudación fue entregada al hijo del empleador (fs. 4); este contesta y reitera la intimación (fs. 5); finalmente, el propietario hace efectivo el apercibimiento y despide con alegación de justa causa el 7 de diciembre (fs. 6), a través de la siguiente manifestación: "Por este medio rechazo su telegrama., por falaz y malicioso, ud. no entregó la recaudación diaria a mi hijo y en modo alguno comunicó sobre las circunstancias de tiempo, lugar y dinámica del accidente que protagonizo, máxime que el vehículo fue embistente en el hecho ocurrido, por el tenor de los daños en su frente. Destaco que 1) su continuo proceder malicioso, 2) su conducción desaprensiva al impactar otro rodado y dañar el otorgado, 3) su retención indebida de recaudación y 4) su silencio al no proporcionar datos de lo ocurrido causa todo injuria grave, que no consiente a partir de la fecha la prosecución de la relación laboral por su exclusiva culpa." (fs. 6).

La prueba certificada a fs. 115, 136 y 148, aporta como destacable la prueba testimonial, que se refiere al vínculo laboral existente y al suceso del choque que fuera admitido por el propio dependiente (ver fs. 101 Hermosilla afirma que en la base le dijeron que el actor chocó el auto y lo dejó en frente, que sabía por él mismo que ya había chocado otra vez y por otro propietario que éste andaba fuerte, y a fs. 103 Riquelme da cuenta de que el operador le dijo que el actor dejó el auto afuera y no avisó al propietario tras el choque, estaba dañado en la trompa).

El artículo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo prevé expresamente: "Justa causa. Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación. La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso." (cfme. Arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 inc. k de la Const. Prov.; 10, 62 y ss. y 243 de la L.C.T.; 9 in. L del CCT436/06; y 377 y 386 del C.P.C.C.).

El despido o la situación de despido puede originarse en justa causa, que se configura en caso de inobservancia por cualquiera de las partes de las obligaciones resultantes del contrato en términos que configuren injurias de tal gravedad que no consientan la prosecución de la relación laboral. Tiene que haber un comportamiento contractualmente ilícito, objetivamente grave, capaz de hacer que no resulte



equitativamente exigible a la parte afectada, la subsistencia del vínculo. (p. 1613, t. II, Tratado Práctico del Derecho del Trabajo, Fernandez Madrid).

La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resultan de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la ley laboral y las modalidades y circunstancias personales en cada caso. En particular tienen importancia los deberes y derechos que se establecen en los arts. 62 a 89 de la L.C.T..

En el caso concreto a estudio, el accionante reconoce que tuvo un accidente de tránsito con el vehículo que se le asignara para la realización del servicio de taxi, surgiendo del intercambio telegráfico que el empleador propietario requiere información al respecto, y el chofer protagonista del evento dañoso omite aportar fehacientemente los datos correspondientes. Asimismo, se puede sumar a ello según lo expresado por los testigos, que no era el primer incidente de esa naturaleza a pesar de la escasa antigüedad en el puesto de trabajo, que los daños estaban en el frente del rodado, y que ciertamente abandonó el automóvil en la base sin avisar personalmente al titular. Tampoco se ha comprobado la entrega de la recaudación como es de práctica.

Con ello, cabe concluir que se han evidenciado las principales imputaciones formuladas en la misiva resolutoria transcrita, más allá de las apreciaciones subjetivas contenidas en la misma, que hacen fundamentalmente a la retención de la recaudación y la falta de información esencial referida al accidente de tránsito producido. Lo que transgrede obligaciones legales de buena fe, fidelidad, colaboración, diligencia y responsabilidad (según art. 62 y ss. LCT); deberes expresamente previstos en el estatuto profesional (art. 9 CCT436/06); normas contractuales propias de la relación laboral y sus circunstancias particulares; con grave afectación de la confianza e implicancias indefinidas hacia terceros, configurando injuria grave en los términos del art. 242 de la LCT.

El recurrente no se hace cargo de que en su contestación telegráfica ninguna información aporta y de la innegable importancia ante un evento como el acontecido, cuyas consecuencias pueden ser gravosas para el propietario del automotor, cuando esto es lo que el magistrado considera relevante, no siendo necesario que se detenga en otros elementos probatorios que aprecia no lo son. Por otro lado, basta acreditar una causa suficiente para el despido, aunque se hayan alegado varias.

La jurisprudencia es mayoritaria al respecto: "Asimismo el marco legal y doctrinario para valorar la injuria esta dado por la disposición del art. 243 de la L.C.T. y la doctrina que señala que en el supuesto que el empleador invoque varias causas de despido, es suficiente que acredite una sola de ellas que por su gravedad justifique la extinción del contrato de trabajo (C.N.A.T. Sala VIII, 14/8/80, "Formica, José F. vs. La Internacional Empresa de Transporte de Pasajeros S.A.")"(DRES.: SAN JUAN DIAZ RICCI, MONTERIZO HECTOR ANDRES C/ VILLALONGA FURLONG S.A. s/ COBROS, Fecha: 26/08/1998 {F}, Sentencia N°: 110, Cámara Laboral -LDT).

En relación a la liquidación final de aguinaldo y vacaciones, ciertamente le asiste razón al apelante, tales rubros no han sido considerados por el sentenciante. Los mismos han sido reclamados a fs. 18 vta., la perito contadora informa a fs. 126 que lo liquidado es en base a 4 horas, y conforme a lo establecido por la propia sentencia a fs. 156, en lo que hace a la jornada laboral y la remuneración devengada, corresponde una diferencia de \$1.346, en concepto de aguinaldo (1.458 menos lo abonado a fs. 55 111,94) y \$800, por vacaciones, proporcionales al tiempo trabajado (7 meses), devengando los intereses fijados en el dictado de referencia.

Finalmente, respecto a la crítica desarrollada a la imposición de las costas por su orden, entiendo que la misma aparece ajustada al principio general de la derrota, atemperado en materia laboral, teniendo en cuenta el nuevo pronunciamiento que hace que el actor resulte ganancioso en aproximadamente un 50% de su reclamo inicial, por aplicación de lo normado en los arts. 68 del CPCC y 17 de la ley 921.

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propicio el rechazo de la apelación en su mayor parte, modificando el fallo recurrido sólo en lo que hace a la ampliación del monto de condena que será de \$5.261, con costas en la alza por su orden, a cuyo efecto deberán regularse los honorarios profesionales con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

Tal mi voto.

El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Rechazar en su mayor extensión el recurso interpuesto, modificando la sentencia dictada a fs. 155/158, sólo en lo que hace a la ampliación del monto de condena, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de Alzada por su orden (arts. 71 C.P.C.C. y 17 Ley 921).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, 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](#)

"D. N. I. C/ C. M. N. Y OTROS S/ IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD" (Expte.: 20909/2005) – Sentencia:
187/13 – Fecha: 19/12/2013

FAMILIA: Filiación.

IMPUGNACION DE PATERNIDAD. DAÑO MORAL.

La conducta asumida por el demandado con posterioridad a la notificación de la demanda, al negar haberse relacionado con la madre de la actora y que ésta sea su hija, no permiten caracterizar como voluntario y oportuno la filiación que recepta la condena, ni que el proceder de aquel fuera habilitado por tratarse del ejercicio regular de un derecho; así, desde que la sentencia es la que finalmente admite la paternidad, comprobándose incumplidos los deberes que se le imponían, incluso el de actuar de buena fe, frente a la trascendencia del derecho humano comprometido, resultando irrelevante el aporte de la progenitora que admitió el registro de otro padre.

Si bien no existe prueba de haber conocido antes de la demanda el embarazo de la madre y el nacimiento de la actora, y que el demandado se sometió a la prueba de ADN en estas actuaciones, tales circunstancias no exculpan por sí la omisión que se le endilga a título de dolo y culpa grave, conforme la evaluación cumplida de sus actos posteriores, que constituyen indicios suficientes que obstan concluir que el reconocimiento de la filiación sea voluntario y oportuno.

El hijo tiene el derecho a ser reconocido por sus progenitores. De lo que se infiere que el acto de reconocimiento de un hijo es un derecho – deber en nuestro ordenamiento jurídico. En este entendimiento, la conducta omisiva del progenitor debe ser catalogada de antijurídica.

A los fines de la cuantificación del daño derivado de la oportunidad y términos en que se reconoce el vínculo filial, conforme las consecuencias perjudiciales informadas en relación a la omisión de reconocer y emplazar a la actora como hija –según lo informada el perito en psicología- se habrá de atender no sólo a la conducta ya descrita en los capítulos anteriores - incumplimiento a los deberes a cargo del padre biológico- sino también que la progenitora ha concurrido en el acaecimiento de la afectación que resarce el daño moral en la misma y equiparable proporción (50%), luego de haber consentido la inscripción de la menor por otra persona. Con tales premisas, sumado a que se trata de una hija que ha alcanzado la etapa adulta de la vida y cuenta con dos hijos, conforme las atribuciones conferidas por el art. 165 del CPCyC y las pautas seguidas en los antecedentes citados, se establece como monto de condena por el rubro reclamado la suma de \$15.000,00.

Texto completo:

NEUQUEN, 19 de diciembre de 2013.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "D. N. I. C/ C. M. N. Y OTROS S/ IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD" (Expte. N° 20909/2005) venidos en apelación del JUZGADO DE FAMILIA N° 1, a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Medori dijo:

I.- Vienen estos autos a estudio del Cuerpo en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 284, contra la sentencia del 20 de diciembre de 2012 (fs. 276/280) que hace lugar a la demanda de impugnación y rechaza el daño moral reclamado.

En su memorial de fs. 292/294 se refiere a presentaciones efectuadas con anterioridad, hace un recuento de lo allí manifestado, para luego expresar que el Juez no ha meritado las circunstancias mediante las cuales se ha producido la gestación y que ha sido necesario iniciar las presentes actuaciones para lograr el reconocimiento filiatorio ocultado por años por el demandado, quien siempre tuvo conocimiento.



Dice, que el abuso sexual de una menor de quince años trae aparejado el hecho real, cierto y efectivo del embarazo, más aún cuando el mismo es reiterado y ha tenido lugar en el mismo domicilio del demandado.

Considera, que resulta claro que al Sr. V. nunca le interesó hacerse cargo de una hija natural que había sido el producto del abuso de su empleada domestica, y simplemente siguió con su vida sin siquiera el mínimo malestar moral, sin preguntarse alguna vez que había sido de su hija. Del memorial, se ordeno correr traslado a la contraria, quién vencido el plazo para hacerlo no lo contesta.

II.- Reuniendo mínimamente los recaudos del art. 265 del CPCyC la expresión de agravios formulada, he de señalar en primer lugar que, si bien en un supuesto de omisión de reconocimiento de la paternidad, me expedido en forma favorable a la procedencia del daño moral, que surge in re ipsa -por ser el propio hecho generador el que permite inferir el vejamen- tratándose de una conducta ilícita cuando concurre el requisito subjetivo de la culpa o dolo en el requerido (conf. "RAABE MARIA ELENA C/ URRUTIA PASCUAL ENRIQUE S/ FILIACION" (Expte. N° 18294/4, del 27/12/2007), he adherido a su procedencia en supuestos de hijos que han adquirido la mayoría de edad donde se ha cuantificado el perjuicio (\$20.000) (conf. "FUENTES IRENE ESTHER C/ GUZMAN MARTA LIDIA Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", (EXP N° 15681/4 del 13/11/2007).

Que a su vez, considerando la conducta procesal del progenitor, propicié el rechazo del rubro cuando no se había acreditado anoticiamiento e intimación previa respecto a la existencia de embarazo y nacimiento de los hijos que se había producido varios años antes de la promoción de la acción como resultado de una relación informal ("GOMENZORO RITA MABEL C/ TRAVNIK ALFREDO GABRIEL S/ FILIACION" (Expte.N° 17685/4 del 04/08/2011).

Que el acaso que se aborda presenta otras aristas que habrán de valorarse a partir de la acreditación del vínculo de la actora, quien al promover la acción era mayor de edad, contaba con 39 años y era madre de dos hijos, la afección psicológica informada por la especialista y, fundamentalmente, la conducta que asumió el demandado en su estrategia procesal, tratarse de una progenitora menor de edad (16 años), como también no haber otorgado ni emplazado en el estado de familia a aquella luego de ser agregado el resultado de la prueba de ADN positivo en fecha 09 de marzo de 2011 y dictada la sentencia definitiva el 20 de diciembre de 2012, ni haber instado siquiera la inscripción del reconocimiento de la identidad biológica.

III.- Que los agravios apuntan a relacionar causalmente la afección espiritual que resarce el daño moral, con la ausencia de rol paterno derivado del oportuno reconocimiento de la filiación por el demandado, la falta de interés de aquel en ver a su hija, hacerse cargo y saber de su destino, y haber rechazado que mantuvo relaciones con la madre que era una adolescente al tiempo de ser concebida, que llevó a la necesidad de tener que promover esta acción.

El planteo, entonces, impone el análisis de aquellos antecedentes colectados en el proceso de los que resulta la paternidad positiva que informa la prueba de Poliformismo Molecular del ADN (fs. 218/223 prueba de ADN).

También se ha acreditado que el progenitor demandado tenía 35 años cuando nace la actora, el 05 de mayo de 1966 (conforme actas de fs. 2 y la de fs. 46 por la que aquel había nacido el 29 de septiembre de 1930) mientras que la madre contaba con 16 años.

Resulta de la causa que fue la progenitora la que admitió que otro hombre, al que se unió con posterioridad, reconociera como hija a la actora, y que de ésta relación nacieron seis hermanos (fs. 5/9), ocultándose la verdadera identidad hasta avanzada su edad (fs. 11/12).

Que como se anticipara, la actora inicia esta acción el 20 de abril de 2005 (fs. 16), habiendo alcanzado la vida adulta, con 39 años, siendo madre de dos hijos (fs. 3/4); admitiendo que lo hace luego del fallecimiento de aquel reconociente (el 13 de agosto de 2004 – certificado de fs. 10), padre de sus hermanos maternos, y que la espera se debió a su intención de no generar controversias familiares (fs. 13).

La pericial en psicología describe las secuelas psíquicas que produjo en la actora no saber con claridad acerca de su paternidad, afectando su concepción en torno a la función paterna por no inscribirse en ella la idea de que un padre debería oficiar como protector; por el contrario se instaló una conducta crónica consintiendo prácticas abusivas que alteró su sexualidad para el futuro y la comprensión de los diferentes roles dentro de la estructura familiar (punto A); también, desde la privación de la identidad y negación de conocer su verdadero lugar y singularidad en el ámbito de la familia del padre biológico, su psiquismo se impregnó de un sentimiento de exclusión permanente, y desconfianza para establecer lazos de cariño y protección familiar (punto B); agrega que al indagar sobre su propia historia y verdaderos vínculos familiares, decide acudir a la familia de su padre biológico quien la rechaza al ser producto de una relación extramatrimonial y provenir de una extracción social considerada por él inferior (punto 3); y finalmente, que el abandono de su padre afectó su autoestima (punto 4) (fs. 133).

IV.- Que el plexo expuesto no deja dudas de que la actora se vio privada de su identidad y origen familiar desde que nació y que debió requerir judicialmente el reconocimiento paterno, dictada la sentencia que lo decreta, cuando ya contaba con 46 años.



Que el pronunciamiento de grado descarta la culpa y dolo con fundamento en hechos anteriores a la demanda como es la falta de prueba de que el progenitor conociera el embarazo y nacimiento, mientras también considera uno posterior, que es no haberse negado a la prueba de ADN en el proceso.

Que acierta la recurrente en su crítica respecto a las consecuencias que se derivaron de la ausencia del rol paterno, la falta de interés en el demandado de hacerse cargo y saber de ella, la negativa a admitir las relaciones con su madre que era una adolescente, que aparejaron traumas hasta hoy no superados y confirma la pericia psicológica de fs. 133.

Ello así porque constituyen hechos no controvertidos, que el demandado con posterioridad a la notificación de la demanda, postuló que no conocía a la madre ni que existiera como persona, tampoco que con ella mantuviera contacto sexual.

Que tal negativa, en un proceso destinado a determinar la filiación, es ciertamente impropia porque implicó negar la misma existencia e identidad de la actora, frente a los categóricos resultados del ADN.

Expresa el demandado sin justificación alguna, que:

“Se niega rotundamente la totalidad de los hechos reseñados por la parte actora en relación a supuestas relaciones sexuales ocurridas entre el suscripto y la Sra. C.” (fs. 51).

Tal postulado no queda en el ámbito de las negativas, y forma parte de su principal postulados en el capítulo de los “HECHOS”, donde “desconoce en forma expresa y categórica la existencia de una relación de carácter sexual, sentimental o de cualquier otro tipo entre el suscripto y la Sra. M. N. C.” (fs. 52 vta.).

Luego abunda, y recurre a severos calificativos describiendo a la pretensión de la actora como hipotética e improbable, que ciertamente no se compadece con la filiación luego comprobada (fs. 52).

Que contextualiza la situación presentándose como la víctima cuando denuncia que se le está generando un “grave problema de índole moral y física” que “gratuitamente” debe soportar; no es de menor importancia que frente a tal afectación formula “expresa reserva de accionar judicialmente en defensa de mis derechos en caso que la presente demanda sea íntegramente rechazada” (fs. 52/53).

Finalmente indica que es a cargo de la hija acreditar la exigencia de haber incurrido en dolo o culpa grave para que proceda la indemnización por daño moral (fs. 54).

Que sin perjuicio de lo que se desarrollará en el capítulo siguiente acerca de la responsabilidad del demandado, resulta oportuno advertir desde ya el doble estándar en que se coloca el perseguido frente a aquella persona que reclama por su paternidad; mientras para sí pretende que la proporción de la certeza sea la que configura al dolo o culpa grave, para la actora la reduce a la mínima exigencia, señalando que su agravio ya se concreta por la mera interposición de la demanda, desplazando incluso a la duda.

Que en segundo lugar, a pesar de haber sostenido que en el “hipotético e improbable caso de resultar positiva la prueba genética a desarrollarse, y en consecuencia resultar el suscripto el padre biológico de la actora, se asumirán los deberes legales correspondientes” (fs. 52/53), lo cierto es que luego de notificado el resultado positivo de la pericia de ADN en fecha 31 de marzo de 2011 (fs. 230), incluso de la sentencia dictada, de la que se anoció el 20 de diciembre de 2012 (fs. 282), no se denuncia ni existen indicios de que el demandado haya reconocido voluntariamente a la actora en el organismo que registra los nacimientos ni haberle otorgado trato familiar.

V.- Que los antecedentes colectados acerca de la actuación cumplida por el demandado resultan elocuentes para desvirtuar la posibilidad de justificar su conducta, alejando del análisis las circunstancias de exculpación como son la duda o error respecto a la paternidad, o el ocultamiento materno.

El obligado no satisface con hipótesis alguna aquellas negativas del vínculo de la madre y los términos con los que se introduce la contrariedad que genera la pretensión; por el contrario, constituyendo indicios precisos, graves y concordantes respecto a la certeza de su paternidad, y con ello, aporta el requisito subjetivo de la responsabilidad, al integrarse y completar la antijuridicidad de la omisión al reconocimiento.

Se ha comprobado un exceso en el ejercicio del derecho de defensa que ameritaba el planteo, y desproporcionado en relación a las circunstancias que rodearon la concepción y gestación de una madre expuesta a la vulnerabilidad de tener que afrontar la vida como madre a los 16 años, frente a la experiencia y formación del progenitor que en aquella oportunidad ya contaba con 35 años.

Así, a la mencionada despreocupación evidenciada ante la certeza de estar frente a una hija –que caracteriza una grave negligencia- le sigue la negativa deliberada a reconocerla y otorgarle el estado de familia acreditada hasta aquí (dolo), extremos que obstan a disculpar la conducta del actor y que el reconocimiento pudiera ser considerado oportuno.

Tales extremos evidencian un desinterés deliberado y de despreocupación que caracteriza al obrar negligente, descalificable por abusivo y contraria a la buena fe que se le imponía, tratándose de una hipótesis factible la que se le confrontaba; tal conducta termina consagrando su voluntad de eludir los deberes que se le imponían como progenitor, que incumplidos constituyen la ilicitud, al afectar derechos



directamente vinculados con esenciales atributos de la personalidad humana, y que se ven reflejados en las afecciones que informa el especialista a fs. 133.

Que aún cuando el ocultamiento en que incurre la madre se conecta y concurre con la actuación atribuida al progenitor, es factible su consideración al tiempo de establecer su aporte causal, más no obsta a que el proceder de este último cumpla con los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual: la antijuridicidad, el factor de atribución (culpa grave y dolo), el daño y la relación de causalidad entre el perjuicio y la omisión al reconocimiento filiatorio oportuno.

A.- La antijuridicidad: El régimen de la paternidad extramatrimonial previsto en el art. 247 del C.Civil, facilita y simplifica la determinación de la identidad del hijo; sin embargo en tanto dicho compromiso del padre es omitido, se afecta o perturba la determinación de la filiación y el goce de derechos humanos elementales, como es el de la identidad, al nombre, a las relaciones familiares, a la dignidad personal y protección de la integridad moral, implícitamente reconocido en la Constitución Nacional (art. 33), y expresamente en el Pacto de San José de Costa Rica -Ley 23.054-, y la Convención de los Derechos del Niño –arts. 7.1, 8.1 y 2 ratificada por Ley 23.849-, se conculca el principio establecido en el art. 1109 del C.Civil, generando un daño resarcible a quien tiene el derecho a obtener para sí el cumplimiento del deber; incluso se ha considerado que en estos supuestos la antijuridicidad la define la caracterización abusiva de la omisión (art. 1071 C.Civil).

Sobre el particular, el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012, en su Art. 587, comprendido en el Título de la Filiación, y bajo la denominación Reparación del daño causado, prevé expresamente: “El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo I del Título V del Libro Tercero de este Código”, recestando la doctrina y jurisprudencia nacional consolidada que considera que la falta de reconocimiento genera un daño jurídicamente reparable.

Por ello, aún cuando la reforma no introduce cambios en lo que se refiere a los factores de atribución que es de tipo subjetivo (dolo o culpa –arts. 1722 y 1724), amplía la función reparatoria de la responsabilidad, a las de prevención, imponiendo que toda persona, en cuanto de ella dependa, debe adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, y la de no agravar el daño, si ya se produjo (art. 1710).

Así, en el título Preliminar se anticipa a la mencionada tutela al incluir como principio que impregna a todo el ordenamiento y relaciones jurídicas, el que fija que los derechos deben ser ejercidos de buena fe, y lo considera abusivo cuando contraría los fines del ordenamiento jurídico o si se han excedido los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (arts. 2do., 9no. Y 10mo.).

El proyecto recepta la doctrina y jurisprudencia mayoritaria respecto a la función reparatoria de la responsabilidad civil por la que, el deber de reparar surge de la violación del deber de no dañar a otro o del incumplimiento de una obligación, estableciendo como regla principal en materia de antijuridicidad que la acción u omisión dañosa es antijurídica salvo que se pruebe que está justificada, como actualmente se admite frente al ejercicio regular de un derecho.

Que en definitiva, conforme las consideraciones legales expuestas, la conducta asumida por el demandado con posterioridad a la notificación de la demanda, al negar haberse relacionado con la madre de la actora y que ésta sea su hija, no permiten caracterizar como voluntario y oportuno la filiación que recepta la condena, ni que el proceder de aquel fuera habilitado por tratarse del ejercicio regular de un derecho; así, desde que la sentencia es la que finalmente admite la paternidad, comprobándose incumplidos los deberes que se le imponían, incluso el de actuar de buena fe, frente a la trascendencia del derecho humano comprometido, resultando irrelevante el aporte de la progenitora que admitió el registro de otro padre.

Que en tal sentido, cabe restringir los efectos de la interferencia de la conducta de la madre para viciar la voluntad del progenitor que omite el reconocimiento, fundamentalmente a partir de la notificación de la demanda, habiendo contado con pleno acceso al verdadero estado de las cosas para exteriorizarlo.

B.- Que el factor de atribución constituye un requisito de la responsabilidad por daños en casos de falta de reconocimiento de la filiación, el que por ser de tipo subjetivo, impone que se constate haber incurrido en culpa o del dolo.

Que como se anticipara, de los antecedentes expuestos surgen indicios concordantes sobre la grave negligencia del demandado al formular su negativa al reconocimiento voluntario del vínculo filial y al describir los hechos, tanto como la negativa dolosa a otorgar voluntariamente el estado y trato de hija a la actora.

Que si bien no existe prueba de haber conocido antes de la demanda el embarazo de la madre y el nacimiento de la actora, y que el demandado se sometió a la prueba de ADN en estas actuaciones, tales circunstancias no exculpan por sí la omisión que se le endilga a título de dolo y culpa grave, conforme la evaluación cumplida de sus actos posteriores, que constituyen indicios suficientes que obstan concluir que el reconocimiento de la filiación sea voluntario y oportuno.

C.- El daño y la relación causal con el ilícito: La necesaria conexidad entre daños y bien jurídico protegido nos lleva a determinar cuál es el bien o derecho que se vulnera con la falta de reconocimiento. Creemos que de lo que se trata es de una vulneración a los derechos de la personalidad, concretamente una violación del derecho a la identidad personal, al negarse el estado civil; más concretamente el



estado de familia, en este caso el estado de hijo. Por lo tanto, lo que se debe resarcir específicamente es el daño que deriva de la falta de emplazamiento en el estado de familia, falta de emplazamiento en el estado de hijo por no haber mediado reconocimiento voluntario. Este daño a un bien jurídico extrapatrimonial como lo es el derecho a la identidad y especialmente el derecho al estado de familia o al emplazamiento familiar, puede producir daño moral o daño patrimonial: El daño moral deviene de la falta de emplazamiento familiar, de la negativa o falta del derecho a la identidad, específicamente configurado por la falta de derecho de uso del nombre, y por la falta de ubicación en una familia determinada. (Graciela Medina, Responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo (Reseña jurisprudencial a los diez años del dictado del primer precedente 07/ 08/ 2004 Lexis N° 0003/000573- JA 1998-III-I 166).

Por lo expuesto, aún cuando se adhiera a la mayoritaria doctrina –ahora receptada en el proyecto de C.Civil- respecto a que no se requiere una prueba específica de la afectación de los bienes extrapatrimoniales –que reconoce el daño moral- como consecuencia de la conducta del padre que omite voluntariamente el reconocimiento de la filiación y emplazamiento en estado de hijo en forma oportuna, lo cierto es que en estas actuaciones ha quedado configurado en estas actuaciones, a tenor de la pericia de fs. 133 que informa cabalmente sobre los padecimientos de la actora así como que ellos guardan relación causal inmediata con la omisión aquí analizada, con lo que tales requisitos de la responsabilidad aparecen suficientemente configurados.

VI.- Acerca de la procedencia y cuantificación del daño moral en los supuestos de responsabilidad del padre que omite el reconocimiento y emplazamiento oportuno del hijo, la doctrina explica que:

“... En realidad, el reconocimiento de un hijo constituye un derecho-deber. De allí que el no reconocimiento voluntario de la paternidad sea considerado como antijurídico. En tal sentido, si la filiación y el apellido, como atributos de la personalidad, no pueden ser desconocidos legalmente y el orden jurídico procura su concordancia con el orden biológico, aquel que lude voluntariamente su deber jurídico de reconocer a su hijo, resulta responsable por los daños ocasionados a quien tenía el derecho a ser emplazado en el estado de familia respectivo, por no poder ejercer el goce y derechos derivados del mismo.

El primer precedente que registra nuestra jurisprudencia, a favor del reconocimiento, se remonta al año 1988. En efecto, por entonces, en un fallo que tuvo lugar en la Provincia de Buenos Aires, en el departamento judicial de San Isidro, la Alzada confirmó el decisorio de primera instancia, que había hecho lugar al resarcimiento por daños y perjuicios en virtud de que el demandado no había reconocido voluntariamente a su hijo (E.D. 128-330 Y 173-473).

En tal ocasión, se determinó que la falta de reconocimiento del hijo propio engendra un hecho ilícito, que hace nacer, a su vez, el derecho a obtener un resarcimiento en razón del daño moral que puede padecer el hijo por tal omisión. El fundamento del ilícito se encontró –en el referido precedente- en el artículo 3296 bis del Código Civil: “Es indigno de suceder al hijo, el padre o la madre que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la menor edad o que no le haya pasado alimentos y asistencia conforme a su condición y fortuna”. Dicha sanción prevista por la norma llevó a sostener el carácter antijurídico de la omisión del reconocimiento voluntario.

A partir de entonces se fue abriendo paso, en la jurisprudencia una corriente favorable al resarcimiento, la que finalmente impera en la actualidad.

Agréguese que el derecho del niño a ser reconocido por sus padres tiene protección constitucional. La reforma constitucional de 1994 ha incluido tratados internacionales con jerarquía constitucional (conf. Art. 75, inc. 22), entre los cuales encontramos la Convención sobre los Derechos del Niño que contempla el derecho a la identidad del niño, en particular, el derecho a conocer a sus padres biológicos (arts. 7° y 8°).

Entre dichos tratados con jerarquía constitucional también se encuentra consagrada expresamente la igualdad de los hijos, la cual debe ser observada a fin de procurar el emplazamiento en el vínculo filial. En efecto, se determina que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo. Las medidas de protección y asistencia deben hacerse sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Además, se señala que los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la Convención, debiendo asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, si distinción alguna, enumerando entre otras cuestiones, la condición de sus padres o de sus representantes legales.

Por todo ello, el hijo tiene el derecho a ser reconocido por sus progenitores. De lo que se infiere que el acto de reconocimiento de un hijo es un derecho – deber en nuestro ordenamiento jurídico. En este entendimiento, la conducta omisiva del progenitor debe ser catalogada de antijurídica.

El Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 contempla en el título de la Filiación, una norma expresa en tal sentido, bajo la denominación Reparación del daño casado: “El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo I del Título V del Libro Tercero de este Código” (art. 587).

La disposición proyectada se limita a efectuar una remisión a las normas generales de la responsabilidad civil, sin efectuar un desarrollo específico de los daños en materia de filiación, lo que hubiera sido conveniente en razón de las diversas cuestiones y conflictos



interpretativos que han surgido en la práctica judicial. En tal contexto, en su redacción se desconocen los problemas prácticos que se han debatido en la jurisprudencia argentina en derredor de la temática en cuestión. Ante la ausencia de previsiones específicas, seguirán vigentes las discusiones jurisprudenciales que rigen ante la falta de reconocimiento voluntario del hijo por parte del progenitor.

No hallará exenta tampoco la posibilidad de que se tome en consideración el quantum indemnizatorio del daño moral por la actitud procesal del demandado durante el juicio de filiación. La jurisprudencia tiene dicho que el daño moral debe ser admitido, si se ha demostrado la actitud procesal asumida por el progenitor renuente a asumir su obligación parental, en cuanto a la no contestación de la demanda y que recién en la contestación de la expresión de agravios afirmó que no tenía conocimiento de la existencia de la niña” (Néstor E. Solari en Proyecto de Código Civil y Comercial, Edit. Rubinzal Culzoni, Enero 2013, Punto 4, pag. 540/543, el resaltado es propio).

También mayoritariamente la jurisprudencia es coincidente en que: “El daño moral debe cuantificarse valorando las particulares circunstancias de cada caso. Pues no es lo mismo el dolor moral que puede sufrir un adolescente, quien transita en la vida de relación como persona negada por su padre, e incluso con el mote de “madre soltera” (con la consiguiente disminución que siente frente a sus amigos y compañeros de colegio y conforme a su posición social), o el que puede tener aquel a quien su padre obstinadamente lo desconoce como hijo, que el de aquel otro, cuando ello sucede en sus primeros años de vida, en donde todavía no se repara en tales aspectos o el padre biológico en los hechos no desconoce el vínculo.” (Civil - Sala E DUPUIS. Sentencia Definitiva C. E238939 M., M. del C. y otro c/M., V. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS).

VII.- Que a los fines de la cuantificación del daño derivado de la oportunidad y términos en que se reconoce el vínculo filial, conforme las consecuencias perjudiciales informadas en relación a la omisión de reconocer y emplazar a la actora como hija –según lo informada el perito en psicología- se habrá de atender no sólo a la conducta ya descrita en los capítulos anteriores - incumplimiento a los deberes a cargo del padre biológico- sino también que la progenitora ha concurrido en el acaecimiento de la afectación que resarce el daño moral en la misma y equiparable proporción (50%), luego de haber consentido la inscripción de la menor por otra persona.

Con tales premisas, sumado a que se trata de una hija que ha alcanzado la etapa adulta de la vida y cuenta con dos hijos, conforme las atribuciones conferidas por el art. 165 del CPCyC y las pautas seguidas en los antecedentes citados, se establece como monto de condena por el rubro reclamado la suma de \$15.000,00.

El importe fijado devengará intereses que se computarán a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén, desde la fecha de notificación de la demanda hasta el efectivo pago.

VIII.- En definitiva propiciaré al acuerdo que, acogiendo el recurso de la actora, se revoque la sentencia de grado, condenándose al co-demandado B. V. a abonar a aquella la suma de \$15.000 en concepto de daños y perjuicios, con más los intereses estipulados en el capítulo anterior.

Atendiendo a la forma en que se decide el presente, las costas en ambas instancias se impondrán al demandado B. en su carácter de vencido (art. 68 y sgtes. del CPCyC), debiéndose dejar sin efectos los honorarios regulados por la acción de daños y perjuicios, los que fijarán en la suma de \$... en conjunto para las letradas patrocinantes de la actora, y en \$... en conjunto para los profesionales que asistieron a la parte co-demandada B. (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 20 s.s. y c.c. de la Ley 1594, debiendo regularse los de Alzada de conformidad al art. 15 L.A.- El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:

Por compartir la solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Revocar la resolución dictada a fs. 276/280 en relación al daño moral, y en consecuencia, condenar al co-demandado B. a abonar la suma de PESOS QUINCE MIL (\$15.000), con más los intereses estipulados en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de ambas instancias al demandado B. en su carácter de vencido (art. 68 C.P.C.C.).

3.- Dejar sin efecto los honorarios regulados por la acción de daños y perjuicios, los que adecuados al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), se fijan en las siguientes sumas: para las letradas patrocinantes de la actora, de PESOS ... (\$...) en conjunto, y para los profesionales que asistieron a la parte co-demandada B., de PESOS ... (\$...) en conjunto (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 20 s.s. y c.c. de la Ley 1594.

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter, (art. 15 L.A.).

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](#)

"MUÑOZ FLORES LIDIA ELIZABETH C/ REVELLO JUAN CARLOS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO DE AUTOMOTOR C/ LESIÓN O MUERTE" (Expte.: 367400/2008) – Sentencia: 190/13 – Fecha: 19/12/2013

DAÑOS Y PERJUICIOS: Accidente de tránsito.

BOCACALLE SIN SEMAFORO. PEATON EMBESTIDO. PRIORIDAD DE PASO. RESPONSABILIDAD DEL CONDUCTOR DEL AUTOMOVIL. PRESUNCIONES. SEGURO. PAGO DE LA PRIMA. POLIZA DE SEGURO. ALCANCE DE LA COBERTURA. SUSPENSION.

Cabe confirmar origen que condena al demandado -conductor del rodado- por la atribución total de responsabilidad en la producción del accidente objeto de autos, toda vez que el peatón no sólo tenía prioridad de paso ante un cruce de arterias sin semáforos, sino que, conforme se describe en el croquis policial de la causa penal y en la pericia mecánica, se encontraba trasponiendo la arteria de manera avanzada, por ello el accionado debió tomar los recaudos que exigía las condiciones de espacio, tiempo y lugar y detener su marcha a fin de permitir a la demandante y al menor culminar el cruce de la calzada.

La violación de la prioridad de paso importa una grave presunción "iuris tantum" de responsabilidad contra quién no la ha respetado, que si bien admite prueba en contrario, en el caso no ha sido acreditada por el accionado.

El límite normal de velocidad fijada en las normas de tránsito (art. 51, Ap E.I Ley Nacional de Tránsito), no constituye una cifra arbitraria, sino que se encuentra determinada por las posibilidades mecánicas que tiene un conductor de poder detener en un espacio razonable su marcha, a fin de evitar un accidente.

Y precisamente la conducta del demandado ha sido desaprensiva de las normas de tránsito, pues en proximidad a una intersección de tanta circulación vehicular como peatonal, debió extremar los recaudos a su alcance, deteniendo su marcha a fin de permitir que la actora terminara de cruzar la calle.

Cabe concluir que a la fecha de producirse el accidente, y por imperio de la falta de pago en tiempo oportuno, la vigencia del contrato de seguro se encontraba transitoriamente suspendida (art. 31 de la Ley 17.418), y consecuentemente el hecho accidental que ocurrió durante la suspensión no es indemnizable.

Texto completo:

NEUQUEN, 19 diciembre de 2013.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MUÑOZ FLORES LIDIA ELIZABETH C/ REVELLO JUAN CARLOS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO DE AUTOMOTOR C/ LESIÓN O MUERTE" (Expte. N° 367400/08) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 2 a esta Sala III integrada por el Dr. Marcelo Juan MEDORI y el Dr. Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina TORREZ, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Fernando M. Ghisini dijo:

I.- La sentencia definitiva de primera instancia dictada el día 13 de marzo de 2013 (fs. 465/476) hizo lugar a la demanda promovida por la parte actora y condenó al Sr. Juan C. Revello, a abonar la suma de \$32.860 en concepto de daños con más sus intereses desde la fecha del hecho hasta su efectivo pago, con costas a cargo de éste último.

Esa sentencia es apelada por la parte demandada a fs. 481, expresando agravios a fs. 498/503, los que son replicados por la citada en garantía (fs. 505/508 y vta.), solicitando su rechazo con costas.

II.- Se agravia el demandado por la atribución total de responsabilidad que la jueza de grado le atribuye en la producción del accidente objeto de autos.

Expresa, que si hubiera sido correcto que el hecho hubiera ocurrido en la calle Juan B. Justo a escasos metros de la intersección con Irigoyen y a la velocidad que refiere la sentencia (59 km/h), es totalmente improbable que el cuerpo de la víctima hubiera sido arrojada a seis metros del punto del impacto.

Ello, en función del test de impacto que describe y adjunta en soporte informático, en las mismas condiciones indicadas en el párrafo anterior, el cuerpo del peatón hubiera sido desplazado a 19 metros del punto de encuentro y hubiera recibido heridas mortales o como mínimo fracturas múltiples en todo su cuerpo inclusive su cabeza.



En función de lo expuesto, concluye que el vehículo supuestamente impactante no podría haber circulado a una velocidad de 59 km/h. Agrega que, conforme video que adjunta en CD, la posición en que quedó la víctima denota que la velocidad de circulación del automóvil impactante rondaría los 29 Km/h.

Califica de arbitraria la sentencia en cuanto interpreta que la Sra. Muñoz circulaba dentro de la senda peatonal, toda vez que, conforme surge del croquis policial de fs. 3 y de la pericia de fs. 258, el punto de impacto ocurrió fuera de dicha senda.

De allí que interprete que ante falta de prueba, todo lleva a concluir que de su parte no hubo responsabilidad alguna.

En segundo lugar, dice que la demanda se basó en la responsabilidad objetiva, descartándose la de índole subjetivo. Por lo que llegado el momento de responder la demanda impetrada, su parte negó ser el titular registral del vehículo, como así su calidad de dueño o guardián.

Asimismo, afirma que el andamiaje argumental de la sentencia se acentuó en la responsabilidad objetiva consagrada en el art. 1113 del Código Civil, sin advertirse que su parte no ostenta carácter de titular registral del vehículo en cuestión.

En ese orden de ideas, sostiene que cada parte debe probar los presupuestos de hecho de las normas cuya consecuencia jurídica invoca a su favor, y que la actora no ha logrado demostrar ninguno de los extremos negados por su parte al contestar la demanda.

El tercer agravio, se circunscribe a que afirma que hubo una vulneración al cumplimiento del contrato de seguro. Advierte que el juez meritúo exclusivamente la prueba pericial contable ofrecida por la citada en garantía, sin considerar los comprobantes de pago que adjuntara su parte.

Expone, que el pago de la tercer cuota se encontraba en su poder y que la aseguradora al momento de responder la citación nada dijo al respecto, por lo que interpreta, que ello implica que ha reconocido tácitamente la validez de los recibos adjuntados.

Arguye que resulta arbitraria la sentencia al excluir la cobertura por responsabilidad civil, por el sólo hecho de la supuesta demora del productor de seguros en la rendición de cuentas a la compañía y su correspondiente liquidación y pago. Indica, que ello surge de la propia declaración del testigo Francisco Eduardo Cirigliano, (interrogatorio n° 12).

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, advierto que la prueba introducida en esta etapa procesal resulta improcedente, ello en función del principio de defensa en juicio y toda vez que no corresponde tener en cuenta en esta Alzada, aquellos elementos probatorios que no han sido debidamente ofrecidos en la instancia de grado.

Por ello y a los fines de resolver el recurso en estudio, sólo se tendrán en cuenta los medios probatorios producidos en la instancia anterior.

Hecha esta aclaración, debo decir que en los accidentes protagonizados por un automóvil y un peatón, como es el caso de autos, resulta de aplicación la presunción “iuris tantum” derivada del 2° párrafo del art. 1113 del Código Civil, por lo que debe interpretarse que se trata de daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, por lo tanto el conductor del rodado y/o en su caso el propietario del mismo sólo se pueden eximir de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima, el hecho de un tercero por el que no se debe responder o el caso fortuito.

En el caso, el recurrente no ha logrado probar la culpa de la víctima en la producción del siniestro para eximirse total o parcialmente de responsabilidad.

Por el contrario, considero que la conducta del demandado ha sido el factor determinante en la producción del accidente motivo de autos, al circular por encima de la velocidad reglamentaria, en un lugar en donde la máxima permitida es de 30 km/ hora.

De la prueba pericial mecánica obrante a fs. 258/262, se desprende que accionado circulaba superando el límite legal de 30 km/ hora, establecida por la Ley Nacional de Transito.

Por otra parte, teniendo en cuenta las condiciones de tiempo y lugar en que ocurre el accidente, aún en el caso de que el punto de impacto como da cuenta el informe accidentológico de fs. 72/73 y croquis de fs. 3 de la causa penal- haya sido fuera de la senda peatonal, ello de manera alguna amerita consagrar algún grado de responsabilidad de la víctima como pretende el demandado.

Conforme se determina en la referida pericial policial de la causa penal que tengo a la vista, el impacto ocurrió a unos 4,90 metros de la trayectoria imaginaria del cordón cuenta oeste de la calle Hipólito Irigoyen y a 4.40 mts del cordón cuneta norte de la calle Juan B. Justo, vale decir que la actora efectuó el cruce a escasos metros (1,70) de la línea peatonal, por lo tanto, dadas las características de como ocurrió el hecho, de manera alguna ha servido de concausa para su producción.

Digo ello, pues el peatón no sólo tenía prioridad de paso ante un cruce de arterias sin semáforos, sino que, conforme se describe en el croquis policial de la causa penal y en la pericia mecánica (fs. 258), se encontraba trasponiendo la arteria de manera avanzada, por ello el accionado debió tomar los recaudos que exigía las condiciones de espacio, tiempo y lugar y detener su marcha a fin de permitir a la demandante y al menor culminar el cruce de la calzada.

Cabe tener presente que la violación de la prioridad de paso importa una grave presunción “iuris tantum” de responsabilidad contra quién no la ha respetado, que si bien admite prueba en contrario, en el caso no ha sido acreditada por el accionado.

Por otra parte, el apelante no ha logrado explicar que incidencia pudo tener el hecho que la actora circulara a escasos metros de la línea peatonal (1,70 mtrs)- ver croquis de fs. 3 de la causa penal- pues resulta evidente que si la Sra. Muñoz hubiera cruzado por sobre la línea, al



acortar la distancia entre el vehículo y el accidente igualmente se hubiera producido, por la sencilla razón que la distancia de frenado sería menor.

Por lo tanto, la queja sobre esta particular circunstancia no hace variar en lo más mínimo el grado de responsabilidad que se le atribuye, pues resulta claro que el factor determinante y exclusivo ha sido sin lugar a dudas la falta de cumplimiento de las reglas de tránsito por el conductor: a) superar la velocidad de 30 km/hora y b) no detener la marcha del vehículo cediendo el paso a la actora.

En tal sentido el artículo 50 de la Ley Nacional de Tránsito dispone: “El conductor debe circular siempre a una velocidad tal que, teniendo en cuenta su salud, el estado del vehículo y su carga, la visibilidad existente, las condiciones de la vía y el tiempo y densidad del tránsito, tenga siempre y total dominio de su vehículo y no entorpezca la circulación. De no ser así, abandonar la vía o detener su marcha”. (el subrayado me pertenece).

El límite normal de velocidad fijada en las normas de tránsito (art. 51, Ap E.I Ley Nacional de Tránsito), no constituye una cifra arbitraria, sino que se encuentra determinada por las posibilidades mecánicas que tiene un conductor de poder detener en un espacio razonable su marcha, a fin de evitar un accidente.

Y precisamente la conducta del demandado ha sido desaprensiva de las normas de tránsito, como se dijo más arriba, pues en proximidad a una intersección de tanta circulación vehicular como peatonal, debió extremar los recaudos a su alcance, deteniendo su marcha a fin de permitir que la actora terminara de cruzar la calle.

Por lo expuesto, es que propondré al acuerdo que se rechace este agravio y se confirme la sentencia en cuanto a responsabilidad tal como fuera determinada en la instancia de grado.

En cuanto al agravio relativo a la legitimación pasiva interpuesta por Sr. Juan Carlos Revello, adelanto mi opinión en el sentido que dicho cuestionamiento resulta manifiestamente improcedente.

Independientemente que no sea titular registral del vehículo, no caben dudas que detenta la guarda material y jurídica del mismo, en función de una evidencia concreta que lo demuestra, como ser el contrato de seguro que el propio demandado ha efectuado sobre la unidad siniestrada. Situación ésta que ante la falta de prueba en contrario, amerita rechazar el argumento defensora utilizado en torno a su falta de legitimación pasiva.

En lo demás me remito a lo expuesto ab-initio al tratar la responsabilidad del demandado.

AGRAVIOS RELATIVOS A LA FALTA DE COBERTURA DE LA ASEGURADORA CITADA EN GARANTÍA:

Cabe recordar sintéticamente que la normativa de la Ley de Seguros prevé la Cláusula de Cobranza del Premio que establece: que la cobertura que otorga la póliza quedará automáticamente suspendida cuando vencido cualquiera de los plazos para el pago del premio exigible éste no fue realizado en término, *que tal suspensión de cobertura se iniciará en todos los casos a partir de la hora 24 del día de vencimiento para el pago del premio exigible, *que el asegurado quedará constituido en mora en forma automática por el simple vencimiento del plazo, *que toda rehabilitación de cobertura suspendida por falta de pago en término surtirá efecto desde la hora cero del día siguiente a aquel en que el asegurador haya recibido el pago total del importe o importes vencidos, *que tal rehabilitación regirá solamente para el futuro y no purgará la suspensión anterior de la misma derivada de la mora del asegurado en el pago del premio, y *que transcurridos 60 días desde que se suspendió la cobertura por falta de pago del premio sin que el asegurado la haya pagado, el contrato de seguro quedará automáticamente resuelto de pleno derecho por el simple vencimiento del plazo (conf. Ernesto E. Martorell, “Tratado de Derecho Comercial”, Tomo V, Seguros, pág. 241, nota n° 47, Editorial La Ley, año 2010).

Concretamente el quejoso nada cuestionó acerca de la pericial contable rendida en autos, dictamen que fue terminante al indicar la falta de pago de la prima por el asegurado (fs. 358/359) al momento de acaecer el siniestro de marras: 15 de febrero de 2006.

De lo expuesto, cabe concluir que a la fecha de producirse el accidente, y por imperio de la falta de pago en tiempo oportuno, la vigencia del contrato de seguro se encontraba transitoriamente suspendida (art. 31 de la Ley 17.418), y consecuentemente el hecho accidental que ocurrió durante la suspensión no es indemnizable (en igual sentido, mi voto en “Sandoval Víctor A. c/ Saglietti e Hijos S.A. y otro s/ Accidente Ley 9688”, en CC0002, NQ. CA 28 RSD-351-95 S 13.6.95, en Sumario Q0001558, JUBA7).

Reforzando lo anterior diré que el pago de la prima producido con posterioridad al siniestro, no tiene otro alcance para la aseguradora que la rehabilitación de la póliza, pero no purga con retroactividad los efectos de la suspensión de la cobertura; no genera para la aseguradora responsabilidad alguna por los efectos de los siniestros que se hubieran producido durante el plazo de la suspensión transitoria de la póliza.

Por todo lo expuesto, corresponde desestimar los agravios y confirmar lo resuelto en la instancia de origen respecto de la defensa de fondo opuesta por la citada en garantía.

IV.- Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo que se confirme la sentencia de primera instancia en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios, con costas dealzada al demandado vencido (art. 68 del C.P.C. y C.), difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.



El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 465/476, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada al demandado vencido (art. 68 C.P.C.C.).
- 3.- Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 15 L.A.).
- 4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

[Volver al índice](#) [-Por Organismo](#)
[-Por Tema](#)
[-Por Carátula](#)

"DE TROCHI LUIS MARIANO C/ SIMON TERESA S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS" (Expte.: 388169/2009) – Sentencia: 177/13 – Fecha: 21/11/2013

DERECHO CIVIL: Sucesiones.

COBRO DE PESOS.ACCION AUTONOMA PREMATURA. RENDICIÓN DE CUENTAS EN EL SUCESORIO.

Habrà de confirmarse la sentencia que desestima la demanda entablada por el coheredero contra la administradora del acervo hereditario en concepto de cobro de pesos ya que resulta prematura e inadmisibile, por cuanto no se ha acreditado el vínculo obligacional y los montos de procedencia, debido a la falta de rendición de cuentas formal e inventario de los bienes y los gastos que integran el acervo hereditario.

En el caso particular de la sucesión, es usual que un heredero asuma de hecho la administración, sin designación judicial y sin otorgamiento de poder por parte de los coherederos, situación que configura un mandato tácito si existe conocimiento y tolerancia de ellos (art. 1874 C.Civil), o gestión de negocios si los coherederos lo ignoran (art. 2288 C.Civil); de ello que la obligación de rendir cuentas rige tanto para el administrador judicialmente designado (art. 739 del CPCC) como para el de hecho (art. 1909 y 2296).

La obligación de rendir cuentas, surge del mandato tácito efectuado por los coherederos que intervienen en el proceso sucesorio, la que además ha sido expresamente reconocida por la demandada. Así lo que queda pendiente seguramente es la mentada rendición de cuentas que ante la disputa judicial es recomendable que sea formulada debidamente en el juicio universal en trámite, posibilitando la aprobación o impugnación y su consecuente liquidación.

Texto completo:

NEUQUEN, 21 de noviembre de 2013

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "DE TROCHI LUIS MARIANO C/ SIMON TERESA S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS", (Expte. N° 388169/9), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NUMERO 5 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 22 de febrero del 2013 (fs. 1370/1373), expresando agravios a fs. 1386/1387.

Argumenta que la juez de grado incurre en arbitrariedad al desestimar la demanda cuando se ha admitido la obligación de rendir cuentas en calidad de administradora del acervo hereditario según art. 739 del CPCC, obteniéndose del inmueble denunciado cinco alquileres que deben ser rendidos 50% para la demandada y 10% a cada uno de los herederos, deducidos los gastos según pericia contable realizada en autos.

Solicita se revoque el fallo recurrido, haciendo lugar a la demanda con costas.



Corrido el pertinente traslado la parte demandada contesta a fs. 1392.

Manifiesta preliminarmente que no se cumplen los requisitos exigidos por el art. 265 del CPCC y que en su caso se pretende omitir la determinación del acervo hereditario, gestionando los bienes conforme art. 3573 bis del CC y en calidad de propietaria exclusiva.

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 en concepto de cobro de pesos por inadmisibles y anticipada, en tanto no se ha acreditado el vínculo obligacional y los montos de procedencia atento la falta de rendición de cuentas formal e inventario de los bienes y los gastos que integran el acervo hereditario.

Que los autos caratulados “De Trocchi Luis Tomas s. sucesión ab-intestato”, expte. n° 339.407/6, glosados por cuerda, dan cuenta del fallecimiento del causante el 16 de junio del 2005 (fs. 7), el inicio del proceso sucesorio el 8 de agosto del 2006 (fs. 17) y la declaratoria de herederos, entre los cuales se verifica a las partes del presente pleito (fs. 77 y 133), habiéndose denunciado como integrantes del acervo hereditario, bienes gananciales: un inmueble y un automotor (fs. 16).

Cabe destacar como relevante que en tales actuaciones, el actor recurrente plantea la presente cuestión en su calidad de coheredero (fs. 110), que fuera denegada por el tribunal, mandando ocurrir por la vía correspondiente (fs. 111), y a continuación, la cónyuge supérstite demandada se compromete a realizar rendición de cuentas en calidad de administradora de hecho (fs. 125); luego, los representantes de otro coheredero peticiona se designe a la última como administradora judicial a los efectos del art. 739 del CPCC (fs. 127), lo que no ha sido proveído.

Que el artículo 739 del Código Procesal estipula expresamente: “Rendición de cuentas. El administrador de la sucesión deberá rendir cuentas trimestralmente, salvo que la mayoría de los herederos hubiere acordado fijar otro plazo. Al terminar sus funciones rendirá una cuenta final. Tanto las rendiciones de cuentas parciales como la final se pondrán en secretaría a disposición de los interesados durante cinco y diez días, respectivamente. Si no fueren observadas, el juez las aprobará, si correspondiere. Cuando mediaren observaciones, se sustanciarán por el trámite de los incidentes.” (cfme. arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 3386 y 3573 bis del Cód. Civ.; y 652 y ss. del Cód. Proc.).

Se denomina rendición de cuentas en general a la obligación que contrae quien ha realizado actos de administración o de gestión por cuenta o en interés de un tercero, y en cuya virtud debe suministrar a éste un detalle circunstanciado y documentado acerca de las operaciones realizadas, estableciendo, eventualmente, el saldo deudor o acreedor resultante en contra o a favor del administrador o gestor. (Palacio, Derecho Procesal Civil, procesos de conocimiento, t. VI, p.255).

“Toda persona que haya administrado bienes, o gestionado negocios total o parcialmente ajenos, aunque sean comunes del administrador o gestor con otra persona, ejecutado un hecho que suponga el manejo de fondos o bienes que no le pertenezcan en propiedad exclusiva, se encuentra en la obligación de presentar las cuentas de su administración o gestión, a menos que la ley o el que tenga derecho a examinarlas, lo eximía expresa o tácitamente.” (SCBA, LL 75-387; CNCiv, sala A, LL 98-709; CNCom, sala D, ED 56-608).

La rendición de cuentas puede ser extrajudicial o judicial según que, respectivamente, se efectúe fuera de juicio o constituya el objeto de una pretensión procesal fundada en la negativa u omisión del obligado a rendirlas o en la negativa del dueño de los bienes a recibirla. También es necesariamente judicial la rendición de cuentas que –como deber inherente a sus funciones- debe realizar quien ejerce un cargo judicialmente otorgado, como ocurre con los administradores de las sucesiones (art. 739 del CPCC), aunque en tales supuestos el cumplimiento de la obligación es exigible por vía incidental dentro del proceso en el cual recayó la correspondiente designación.

“El proceso de rendición de cuentas, consta, básicamente, de dos etapas: en la primera se establece, por vía del proceso sumario, si existe la obligación de rendir cuentas y en la segunda reconocida esa obligación, como derivación de la anterior –se examinan las cuentas efectivamente rendidas, por el trámite correspondiente a los incidentes, restando eventual ejecución de los saldos activos, por el procedimiento de ejecución de sentencia.” (Autos: Estado Nacional (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) c/ Formosa Provincia de s/ sumario. Tomo: 322 Folio: 2263 Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, López, Bossert, Vázquez. Disidencia: Abstención: Boggiano. Exp.: E. 379. XXXII. - Fecha: 30/09/1999-LDT).

En el caso particular de la sucesión, es usual que un heredero asuma de hecho la administración, sin designación judicial y sin otorgamiento de poder por parte de los coherederos, situación que configura un mandato tácito si existe conocimiento y tolerancia de ellos (art. 1874 C.Civil), o gestión de negocios si los coherederos lo ignoran (art. 2288 C.Civil); de ello que la obligación de rendir cuentas rige tanto para el administrador judicialmente designado (art. 739 del CPCC) como para el de hecho (art. 1909 y 2296).

De esta manera, y en virtud de los hechos enunciados y el encuadre jurídico formulado, entiendo que le asiste razón a la sentenciante en cuanto a la improponibilidad de la acción promovida, más ello pudo ser advertido tempranamente, evitando el mantenimiento del conflicto y el consecuente dispendio jurisdiccional.

Que sin embargo, no coincido en que no se ha acreditado la obligación de rendir cuentas, en tanto ella surge, como se ha expuesto, del mandato tácito efectuado por los coherederos que intervienen en el proceso sucesorio, la que además ha sido expresamente reconocida por la



demandada en esos mismos autos como se mencionara. Así, integrando los postulados de las partes y teniendo en miras de evitar mayor dispendio jurisdiccional, lo que queda pendiente seguramente es la mentada rendición de cuentas que ante la disputa judicial es recomendable que sea formulada debidamente en el juicio universal en trámite, posibilitando la aprobación o impugnación y su consecuente liquidación.

La jurisprudencia ha dicho en tal sentido que: "Si de hecho el cónyuge o cualquiera de los herederos, ejerciera la administración de los bienes relictos sin designación unánime de los restantes coherederos o del juez, con el conocimiento y tolerancia de aquéllos, y aún sin su conocimiento, cualquiera sea la naturaleza jurídica que se asigne a esa gestión, pesa sobre él la obligación de rendir cuentas de ellas en los términos del art. 649 del Cód. Civ."(REFERENCIA NORMATIVA: CCI Art. 649, CC0002 SM 39013 RSD-40-96 S, Fecha: 07/03/1996, Juez: MARES (SD), Carátula: Iordache, Constantino c/ Adm. autos "Iordache s/ Suc. s/ Inc. rend. Cuentas, PUBLICACIONES: LLBA 1996, pág. 1212, Mag. Votantes: Mares-Occhiuzzi-Cabanas- LDT).

"Tratándose de reclamaciones concretadas por herederos contra la cónyuge del causante referida a los bienes que deben ser incluidos en el acervo sucesorio, el trámite incidental resulta formalmente apto para su sustanciación, tal como expresamente lo prevé el art. 760 del Código de rito." (REFERENCIA NORMATIVA: CPCB Art. 760, CC0201 LP 100911 RSD-116-4 S, Fecha: 15/06/2004, Juez: MARROCO (MA), Caratula: Incidente Rendición de cuentas en autos Purdie, Jorge Carlos s/ Sucesión, Mag. Votantes: Sosa-Marroco-Bissio- LDT).

"El artículo 748 del Cód. Procesal regula expresamente el plazo para rendir las cuentas parciales y finales de la administración del sucesorio, como también el trámite a que debe sujetarse y su eventual aprobación o rechazo. Mediando objeción de los interesados, corresponde la vía incidental, decidiendo en definitiva el juez con prescindencia incluso de la opinión de la mayoría. Según dicha normativa, esas rendiciones deben ser puestas de manifiesto en secretaría por cinco días si son parciales y diez si finales, plazo común que corre desde la última notificación por ministerio de la ley, ya que no es necesaria la personal o por cédula, por cuanto es un supuesto especialmente previsto en el capítulo sobre administración en el proceso sucesorio que torna inaplicables las vistas o traslados y liquidaciones en general, que sí exigen la notificación personal o por cédula." (REFERENCIA NORMATIVA: CPCB Art. 748, CC0100 SN 9092 RSD-170-8 S, Fecha: 28/10/2008, Juez: PORTHE (SD), Caratula: Montes de Allegue Amalia s/ Sucesión Ab-Intestato, Mag. Votantes: Porthé-Telechea-LDT).

III: Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propicio el rechazo parcial de la apelación, confirmando el fallo recurrido de acuerdo a lo expresado, en los términos del párrafo I I, título II de los considerandos, con modificación de las costas que serán impuestas en ambas instancias por su orden (art. 71 CPCC), a cuyo efecto deberán adecuarse y regularse los honorarios profesionales con ajuste a la ley arancelaria.

Tal mi voto.

El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

I.- Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto, confirmando la sentencia dictada a fs. 1370/1373 en los términos del párrafo I I título II de los considerandos, que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de ambas instancias por su orden (art. 71 C.P.C.C.).

3.- Dejar sin efectos los honorarios de los letrados de la demandada, intervinientes en la instancia de grado, (art. 279 C.P.C.C.), los que se fijan en las siguientes sumas: para la Dra. ..., patrocinante, de PESOS ... (\$...) y para el Dr. ..., apoderado, de PESOS ... (\$...), manteniendo los de los restantes letrados.

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

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](#)

"GARRIDO FRANCISCO C/ CLIBA ING. AMB. S.A. ECSAN S.A. UTE S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" (Expte.: 416206/2010) – Sentencia: 01/14 – Fecha: 04/02/2014

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.



DESPIDO SIN JUSTA CAUSA. INJURIA LABORAL. VALORACION DE LA INJURIA.

Si bien ha quedado debidamente acreditado que el actor no tenía carnet habilitante para manejar la unidad de auxilio, lo cierto es que la empleadora no probó que haya sido la conducta del actor la que provocó la rotura del camión, situación ésta que no permite, calificar de grave tal comportamiento a los fines de justificar el despido.

Texto completo:

NEUQUEN, 04 de febrero de 2014.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "GARRIDO FRANCISCO C/ CLIBA ING. AMB. S.A. ECSAN S.A. UTE S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", (Expte. N° 416206/2010), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL NRO. 4 a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y el Dr. Fernando GHISINI con la presencia de la Secretario actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- En instancia de grado se dictó sentencia el 21 de marzo de 2013 (fs. 144/150 vta.) que hace lugar, en su mayor extensión, a la demanda interpuesta por el actor contra CLIBA INGENIERIA AMBIENTAL TECSAN AMBIENTAL SA UTE, condenando a ésta última al pago de 121.453,75, en concepto de capital, con los intereses y costas.

Esta resolución judicial resulta apelada por los letrados del actor en lo que respecta a su regulación de honorarios por bajos.

A su turno, apela la demandada a fs. 157/161.

II.- Sostiene que si el a-quo tiene por probado que el actor cometió el hecho que motiva la causal de despido, no puede resolver en forma contraria, más aún cuando el actor no poseía carnet habilitante para conducir un rodado de tal porte.

Afirma que esta probado en autos que transportó en esas condiciones a los cargadores y esta acreditado que la unidad fue averiada.

En cuanto al plazo al que hace mención el a-quo entre la falta cometida el 13/09/09 y el despido, el 18/09/09, expresa que ello se ha debido a que durante dicho lapso se instruyó una breve investigación a fin de determinar la responsabilidad del actor.

Argumenta que el magistrado interpretó de manera errónea la prueba. En tal sentido, dice que con las documentales y testimoniales, se encuentra acreditado en autos el riesgo por el cual el demandante expuso a sus compañeros de trabajo. Además ello significó un riesgo potencial económico para la empresa, pues al carecer de carnet habilitante, en caso de un accidente esta no tendría cobertura de su aseguradora.

Sostiene que el potencial riesgo creado y el efectivo daño material del camión, es suficiente prueba para fundar el despido dispuesto por CLIBA, sin que se viole el principio de proporcionalidad.

A fs. 163/165 vta., contesta traslado el actor.

Expone, que la demandada no critica ninguno de los fundamentos por los cuales el juez entiende que la falta habría existido, pero no revistió entidad necesaria, no fue tan grave como para servir de sustento a la máxima sanción laboral posible, cuál es la pérdida del puesto de trabajo. No dice por que razón el juez ésta equivocado al considerar que la falta no constituye una causal suficiente de despido, ni refuta razonadamente los motivos considerados por el magistrado de grado. Por lo que tanto, solicita que se declare desierto el recurso y se confirme el fallo apelado.

En el caso de que se ingrese en el análisis del recurso para no quedar en un estado de indefensión, subsidiariamente adhiere al recurso de apelación, para que, en el eventual supuesto, se realice un análisis integral de la causa y de todos los argumentos vertidos en la primera instancia, manifestando que si bien el a-quo tiene por probada la falta que se le imputa a la demandada, sosteniendo que tiene por probado que su parte condujo el camión recolector de residuos, conforme los testimonios de los Ser Alias y Merenguel Pino, expresa que también declararon otras personas y existen circunstancias que restan valor probatorio.

Entiende que, ninguno de los dos testimonios tenidos en cuenta por el a-quo han afirmado que iban detrás del camión, en la pisadera, con lo cual no se explica como pudieron ver que quién conducía el camión, en horas nocturnas, era Garrido; y no el chofer o el otro chofer que trajo el camión de remplazo.

Por su parte, afirma que, conforme se desprende de los testimonios de los Sres. Arana, Navarrete y Bravo, el actor no hizo más que cumplir con el procedimiento normal y habitual, y en cumplimiento de las ordenes que le impartía el supervisor o jefe del taller.

Por lo que entiende que los agravios de la demandada deben rechazarse toda vez que Garrido no cometió ninguna falta disciplinaria y no causó daño alguno.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, liminarmente diré que para que el despido tenga justa causa debe existir una inobservancia de las obligaciones de alguna de las partes de tal entidad que configure injuria. Por lo tanto, no cualquier incumplimiento de una



obligación contractual lo justifica. La violación de los deberes de prestación o de conducta de las partes constituye un ilícito contractual que no siempre legitima el ejercicio de la facultad rescisoria, toda vez que se debe tratar de una injuria que por su gravedad torne imposible la continuidad del vínculo, vale decir, un grave ilícito contractual.

La valoración de la existencia de la injuria la debe efectuar el Juez. Así, el art. 242, de la LCT, faculta a los jueces para evaluar las causas de despido y establece las pautas que prudencialmente deben tener en consideración: "el carácter de las relaciones que resultan de un contrato y las modalidades y circunstancias personales en cada caso", a ello debe agregársele el principio de buena fe, consagrado en los arts. 62 y 63 de la LCT.

Sentado lo anterior y al tener en cuenta la fecha de ingreso del Sr. Francisco Garrido, como asimismo los antecedentes obrantes en la causa, de donde no surge que el mismo haya sido pasible de un apercibimiento o sanción anterior durante los últimos cuatro años desde la fecha del despido (2004/2005), resulta a todas luces desproporcionado y sin justificación el despido dispuesto por la empresa, pues aún cuando se tenga por comprobada la falta cometida, la LCT le otorga al empleador, en virtud de sus facultades disciplinarias, la posibilidad de recurrir a apercibimientos o sanciones pertinentes, siempre y cuando se ejerzan dentro de los límites enmarcados por los principios de razonabilidad y funcionalidad.

Si bien ha quedado debidamente acreditado que el Sr. Garrido no tenía carnet habilitante para manejar la unidad de auxilio, lo cierto es que la empleadora no probó que haya sido la conducta del actor la que provocó la rotura del camión, conforme se describe en el telegrama de fs. 20, situación ésta que no permite, a mi entender, calificar de grave tal comportamiento a los fines de justificar el despido.

El apelante no señala ninguna prueba que corrobore que los daños ocasionados al vehículo hayan sido como consecuencia de la conducta que se le atribuye al accionante, por ello considero que la sentencia de grado deberá confirmarse.

La jurisprudencia ha expresado que:

"El acto u omisión que puede generar injuria debe revestir suficiente entidad que no deje dudas en el animo del Juez de que se esta en presencia de una falta realmente grave que destruye definitivamente el principio de disciplina y mutuo respeto que debe imperar en las relaciones entre empleadores y trabajadores, debiéndose tener en cuenta para apreciar la gravedad, la antigüedad del empleado, sus antecedentes, su comportamiento anterior, es decir, todas las circunstancias personales de hecho que pueden haber rodeado el caso..." (Sala I0, 26/12/02- González, Sixto A. Vs Fate SA).

Concluyendo, entonces, no existen elementos que me lleven a la convicción cabal de que la falta que se le atribuye al accionante reúna entidad suficiente para configurar el despido con causa, sobre todo teniendo en cuenta, además de lo hasta aquí expuesto, que el sistema legal vigente tiende a privilegiar la subsistencia de las relaciones laborales y la parte que asume la iniciativa de ponerle fin, carga con la demostración de una conducta inexcusablemente incompatible con la prosecución del vínculo, demostración que no debe dejar margen de duda. (Conf: CNTr., sala V, octubre 31-988, Verón, Víctor A. c/ Celulosa Recuperada: DT, 1989-A, 66; T y SS, 1988-1119, ídem., PS, 1996, t.II-261; id., "Medrano c/ A.C.A. s/ despido", ambos de la Sala I).

En cuanto a la regulación de honorarios efectuada en primera Instancia a favor de los profesionales que actuaron en representación de la parte actora, el recurrente entiende que los mismos resultan reducidos por lo que solicita su elevación.

Adelanto desde ya que dicho agravio tendrá acogida favorable, en virtud de que efectuando los cálculos pertinentes resulta reducida la regulación de los honorarios de los letrados de la actora.

De allí que en función de las pautas contenidas en los arts. 6, 8, 10, 20, 39 y concordantes de la Ley Arancelaria, y monto por el que prospera la presente demanda, propongo elevar los honorarios del Dr. ..., apoderado de la actora, en la suma de \$... y los del Dr. ..., patrocinante de la misma parte, en la suma de \$...

Por lo expuesto propicio la confirmación de la sentencia en todo lo que fue materia de recurso y agravios, con costas a la vencida (art. 17 ley 921) debiendo regularse los honorarios de esta instancia de conformidad con el art. 15 de la L.A.

Tal mi voto.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la sentencia de fecha 21 de marzo de 2013 (fs. 144/150 vta.), en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios.
- 2.- Elevar los honorarios de los Dres. ... y ..., letrados de la parte actora, en la suma de \$... y \$... respectivamente.
- 3.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 17, Ley 921).
- 4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido para la primera instancia a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).



5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

[Volver al índice](#)

[-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"VEDOYA PABLO HERNAN C/ DE MARTINO MARCELO Y OTRO S/ D. Y P. INCONSTITUCIONALIDAD L. 24557" (Expte.: 372904/2008) – Sentencia: 02/14 – Fecha: 04/02/2014

DERECHO LABORAL: Accidente de trabajo.

ACCIDENTE DE TRABAJO. ACCION CIVIL. ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO. EMPLEADOR - GUARDIAN DE LA COSA. RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR. RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

En los términos del art. 1113 del Código Civil, corresponde responsabilizar a la empleadora por los daños y perjuicios sufridos por un trabajador quien estaba trabajando un material con la amoladora cuando la misma se le escapa de las manos y se hiere la mano izquierda, toda vez que surge que el operario estaba cumpliendo tareas ordenadas por su empleador y que para su realización puedo entender útil el uso del dispositivo en cuestión para desarmar las placas de yeso y/o estructuras metálicas que aparecen en las fotografías, evidenciándose insuficiente el uso de un destornillador al no describirse ni acreditarse la técnica que se debía aplicar como tampoco que se haya vedado la utilización de aquel, extremos todos ellos que desacreditan la alegada culpa de la víctima, y comprobándose de esta manera la falta de suficiente diligencia del guardián de la cosa, sin que se acredite fehacientemente negligencia del operario.

Texto completo:

NEUQUEN, 4 de febrero de 2014

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "VEDOYA PABLO HERNAN C/ DE MARTINO MARCELO Y OTRO S/ D. Y P. INCONSTITUCIONALIDAD L. 24557", (Expte. N° 372904/2008), venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería N° I a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori dijo:

I.- Que la parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva del 28 de diciembre del 2012 (fs. 600/612), expresando agravios a fs. 647/654.

Argumenta que la juez de grado incurre en arbitrariedad al acoger el reclamo por accidente de trabajo cuando se ha comprobado mediante el testigo denunciado que el actor manipuló la herramienta por su sola voluntad, no habiéndosele ordenado tal tarea por parte de la empleadora y desconociéndose el motivo de su utilización. Pide condena expresa para la ART atento las posibles acciones regresivas de la misma y cuestiona la pretensión civil dado el consentimiento de la vía especial. Cita doctrina del TSJ.

Apela la imposición de las costas, hace reserva del caso federal y solicita se revoque el fallo recurrido, rechazando la acción con costas.

Corrido el pertinente traslado la parte actora contesta a fs. 661/664.

Manifiesta que el patrón reconoció el accidente de trabajo y que se contradice al pretender su desconocimiento mediante la declaración de un único testigo dependiente, no existiendo acción regresiva alguna y habiéndose declarado reiteradamente la inconstitucionalidad de la cláusula que veda la acción civil.

Solicita se rechace la apelación con costas.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis hace lugar a la demanda entablada en concepto de daños y perjuicios ocasionados en accidente de trabajo, declarando la inconstitucionalidad del art. 39 ap. I de la ley 24.557 y acogiendo la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por la ART, en razón del reconocimiento del evento dañoso y no acreditada



debidamente la alegada culpa de la víctima, trayéndose un único testigo dependiente cuyos dichos no fueron corroborados en los términos del art. 1113 del Cód. Civil, debiendo deducirse lo abonado en sede administrativa.

Que el texto apelativo se advierte que la crítica incurre en un desarrollo argumental contradictorio, que en el caso de los últimos agravios se presentan insuficientes en relación a las exigencias procesales (art. 265 del CPCyC).

A.- Abordando el primer agravio, relacionado con la atribución de responsabilidad a la empleadora y la culpa de la víctima, resulta que la juzgadora establece la responsabilidad objetiva conforme el art. 1113 del Cód. Civil por riesgo creado por la actividad o la cosa y la estrictez en la apreciación de las eximiciones, dando preeminencia al reconocimiento del accidente ante la ART frente al único testigo que es un dependiente del empleador demandado, y la ausencia de otra prueba corroborante.

El recurrente insiste en los dichos de tal testigo de que no debía usar la herramienta mencionada y justifica la falta de otros medio probatorios en que aquel era el único presente en el lugar, minimizando los efectos de la denuncia formulada.

Se observa sobre el particular, que en el escrito introductorio se narra el accidente de trabajo sufrido por el actor en momentos en que prestaba tareas para el demandado, habiéndose ordenado el armado de exhibidores metálicos, aquel manipula una amoladora sin las medidas de seguridad necesarias, produciéndose el evento dañoso a consecuencia de la rotura del disco (fs. 37 vta.); a su vez, en el responde se postula que los exhibidores eran de durlock y que la tarea de acondicionamiento de los mismos no requería ningún corte de amoladora, denunciando culpa de la víctima (fs. 130 vta.).

No resultará ajeno al análisis que es el mismo empleador el que denuncia formalmente el siniestro ante la ART, describiendo que el empleado estaba trabajando un material con la amoladora cuando la misma se le escapa de las manos y se hiere la mano izquierda (fs. 122 y 123); en este sentido, las fotografías traídas por la accionada dan cuenta de estantes de durlock que fueron eliminados para la apertura de los exhibidores (fs. 94 y ss.), mientras que la pericia de seguridad instruye sobre la capacitación y medidas de seguridad necesarias para la manipulación de la herramienta en cuestión (fs. 345/346); finalmente, el testigo referido ratifica las fotografías y los dichos del perseguido, aclarando que es dependiente de este, con funciones de encargado del comercio, y afirmando que sólo requerían para las tareas, destornillador, pinza y martillo (fs. 289 y ss.).

Indudablemente, el marco legal lo aporta el artículo 1.113 del Código Civil que prescribe expresamente: “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. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.” (cfme. arts. 19 de la Const. Nac.; 27 de la Const. Prov.; 1.068 y 1.111 del Cód. Civil; y 377 y 386 del Cód. Procesal).

La doctrina explica que “En cualquiera de estos casos, al demandante le basta con probar el daño sufrido y el contacto con la cosa de que proviene aquél. Es al demandado a quien le compete probar que de su parte no hubo culpa (si la cosa no es viciosa o riesgosa) o bien la culpa de la víctima o de un tercero (si lo es).” (p. 329, Tratado de Dcho. Civil, Obligaciones II, Borda).

“(para la)..doctrina, hoy prevalecte en la jurisprudencia, no basta con la simple prueba de la diligencia: es menester que se pruebe que el daño se produjo por culpa de la propia víctima o de un tercero o que resultó de un caso fortuito o el dueño es inimputable. Adherimos a esta doctrina que es la que mejor se adecua con nuestra opinión de que la responsabilidad del dueño se funda en el riesgo creado. Basta que haya relación de causalidad entre la acción de la cosa y el daño para que el propietario responda, a menos que se prueben las aludidas circunstancias eximentes, porque ellas probarían que el daño no resultó del riesgo sino de otras causas.” (ídem, p. 351).

Ante todo cabe tener presente la disposición legal citada que brinda el contexto de interpretación de los hechos, destacando que para eximirse de responsabilidad se deberá acreditar la culpa de la víctima o la utilización de la cosa en contra de la voluntad del dueño.

Sin embargo, la única evidencia traída a estos efectos por el empleador demandado ha sido el testimonio del encargado del local, quien manifiesta que la herramienta no debió ser usada. Más, nos encontramos dentro de una relación laboral en la que se ha encomendado cierta tarea y se ha puesto a disposición un kit de herramientas, entre las cuales se encontraba la cosa peligrosa, y el propio declarante admite que en ningún momento se prohibió el uso de ella, que el trabajador fue contratado para tareas de mantenimiento, que la orden era retirar los estantes de durlock y que no presencia el accidente ya que se había retirado del lugar.

Con ello, surge que el operario estaba cumpliendo tareas ordenadas por su empleador y que para su realización puedo entender útil el uso del dispositivo en cuestión para desarmar las placas de yeso y/o estructuras metálicas que aparecen en las fotografías, evidenciándose insuficiente el uso de un destornillador al no describirse ni acreditarse la técnica que se debía aplicar como tampoco que se haya vedado la utilización de aquel, extremos todos ellos que desacreditan la versión intentada, y comprobándose de esta manera la falta de suficiente



diligencia del guardián de la cosa, sin que se acredite fehacientemente negligencia del operario, lo que torna aplicable la presunción legal de responsabilidad consecuente además con la admisión emanada de la denuncia administrativa.

La jurisprudencia ha dicho en un caso similar: "En el caso, el accidente que incapacitó en forma parcial a la trabajadora se produjo cuando la pollera y medias de nylon que vestía en la ocasión se incendiaron al pasar por delante del hogar a gas que se encontraba en el camino entre el escritorio de la accionante y la puerta de entrada -la actora cumplía funciones de recepcionista y debía recibir a las personas que ingresaban a la oficina- lo que le provocó quemaduras de tercer y segundo grado. Tal como lo señaló la Corte, resulta necesaria una prueba concluyente demostrativa de que el accidente de trabajo tuvo por causa una actuación negligente del damnificado "para dar adecuado sustento a la imputación de culpabilidad en que se centra el rechazo de la demanda de indemnización fundada en disposiciones del derecho civil" (Fallos: 329:2667 "Rivarola c/ Neumáticos Goodyear"). Sin embargo, la imputación de "culpa de la víctima" formulada por la apelante, debe desestimarse en tanto omitió toda indicación de la prueba que demostraría la alegada negligencia de la trabajadora, máxime cuando de la naturaleza de las tareas llevadas a cabo por la actora, resulta evidente que en el cumplimiento de ellas debía necesariamente circular en ese espacio, al menos desde su escritorio hasta la puerta principal de acceso a las oficinas de la agencia. Es que para liberar de responsabilidad al dueño o guardián no basta la mera invocación de culpabilidad de la víctima o de un tercero: la presunción de culpa del art. 1113 CC no cae ante cualquier indicio o inducción no muy claro, ni preciso, sólo se levanta con pruebas incuestionables y convincentes (CNACiv., Sala K, 29/2/08 "Guaranga, J.C. c/ GCBA").(Auto: T., P. S. c/ Bacam Process y otros s/ despido - CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO. - Sala: Sala IV - Mag.: Guisado - Pinto Varela - Tipo de Sentencia: SD - N° Sent.: 96102 - Fecha: 29/02/2012 - Nro. Exp.: 19795/09-LDT).

B.- Respecto al agravio relacionado con la reparación debida, en la sentencia de grado se fija el resarcimiento por daño físico y moral, tomando como pautas los porcentajes de incapacidad estimados por el perito médico y la incidencia patrimonial general de la minusvalía. Desde aquí, el apelante se torna más confuso aún. Imputa contradicción por desechar la acción contra la ART y luego descontar lo abonado por ella, aduciendo que su parte queda expuesta a acciones de regresión y que la aseguradora debe responder hasta el límite del seguro.

Como se puede observar no ataca concretamente el párrafo que cita de la sentencia, referido a la cuantificación del daño, y alude en forma vaga a otras cuestiones, la responsabilidad de la ART, lo que indudablemente transgrede la estipulación procesal del art. 265 del CPCC, que exige la crítica concreta y razonada de la resolución que se persigue modificar.

C.- Acerca de la inconstitucionalidad del art. 39 LRT, el sentenciante así lo decreta en virtud de vedar al trabajador la acción integral que tiene todo ciudadano, verificándose concretamente la disminución de la reparación debida al comparar el régimen especial y común, según doctrina de la CSJN, descontando lo percibido de la ART ya que no puede cobrar dos veces por el mismo hecho; por su parte el recurrente defiende la LRT, haciendo hincapié en que la misma es obligatoria, preventiva, reparatoria e integral, inhibiendo la acción civil, esto último consentida por el reclamante que se sometió al trámite administrativo.

De esta forma en ningún momento se adentra en los fundamentos de la inconstitucionalidad, tales la restricción de los derechos del trabajador y la afectación económica producida por las tarifas menguadas, incumpliendo otra vez lo prescripto por la norma procesal de aplicación, al no brindar las bases lógicas y jurídicas imperiosas para plantear un debate revisor.

D.- En relación a la falta de legitimación pasiva opuesta por la ART, el pronunciamiento de grado la acoge, en razón de que no se encuentra cubierta la responsabilidad civil en el contrato de seguro, no habiéndose alegado ni probado omisión con incidencia en la causa del siniestro.

Sin embargo, la demandada insiste en acciones de repetición que no puntualiza, transcribiendo jurisprudencia. Aduce que si se obliga a la empleadora fuera de la ley, también se debe condenar a la ART fuera de las prestaciones de la misma.

Que tales argumentos resultan insuficientes como crítica, máxime cuando no se ha argüido expresa y fundadamente la condena de la aseguradora por la mayor incapacidad determinada en autos, a tal punto que la misma no ha sido determinada en porcentaje por la juez de grado, lo que no ha sido objeto de agravio conducente, y hubiera justificado el reclamo de la ampliación de las prestaciones especiales contempladas en la Ley de Riesgos del Trabajo a cargo de la aseguradora.

A ese supuesto se refiere el fallo del TSJ citado por el recurrente, "CONCHA ESPARZA ROBERTO ALFONSO C/ CEDICOM S.A.C.I.F.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", con la salvedad de que en aquel la ART nada había abonado, mientras en los presentes, al tiempo de la demanda, ya se había cancelado la prestación por incapacidad parcial y permanente prevista en la ley 24.557.

Tal antecedente dicta que:

"I.- Si las prestaciones comprometidas por la Aseguradora de Riesgos del Trabajo, según le fueran impuestas por la Ley 24.557 o el contrato de afiliación, están destinadas a resarcir, al menos de modo parcial, los daños cuya reparación integral reclama el trabajador, y dentro de éstos se abarcan perjuicios comprendidos en el sistema legal especial o en el contrato de seguro, no hay razones para liberarla del deber de repararlos en la extensión del débito que le resulta exigible cuando ocurre el evento asegurado. Lo contrario implicaría relevarla de reparar los perjuicios emergentes de un infortunio laboral, aceptando su incumplimiento contractual y, al mismo tiempo, conllevaría el desobligarla del



cumplimiento de las prestaciones que le han sido impuestas legalmente por el régimen especial que la emplaza como responsable directa. (del voto del Dr. Kohon).

“2.- En el marco de un reclamo de daños y perjuicios, emergentes de un accidente de trabajo, sustentado en las normas del Código Civil, cabe extender la condena a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo -en el caso, citada como tercero por el empleador- si la indemnización pretendida por la víctima abarca daños cuyo resarcimiento la A.R.T. está obligada a prestar, legal o contractualmente, pues en nada modifica su situación la normativa que resulte aplicable a la pretensión, siempre y cuando se cumplan los extremos fijados en el régimen legal específico que la regula y no se la condene más allá de lo que éste y el contrato la obliga. (del voto del Dr. Kohon).

“3.- No se advierte que menoscabe el derecho de propiedad de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo la extensión de la responsabilidad de la condena impuesta al empleador en una acción de derecho común, que quedaría a resguardo con la limitación a la cobertura específicamente impuesta por el régimen de la Ley 24.557 o el contrato, sino que, una solución contraria, traería aparejado un enriquecimiento indebido a costa del empleador, quién, además de hallarse compelido legalmente a abonar las cuotas del contrato de afiliación, también resultaría condenado al pago total del daño derivado del infortunio, mientras que la aseguradora quedaría liberada de responder a pesar de haber recibido el pago de aquellas cuotas (del voto del Dr. Kohon).

“4.- Si el propio sistema de la Ley 24.557 admite a la víctima o sus derechohabientes -en los casos señalados en el art. 39° -la posibilidad jurídica de que la pretensión resarcitoria se sustente en las normas del derecho común, sin que por ello las aseguradoras queden eximidas de brindar las prestaciones impuestas por aquél, no existen óbices constitucionales ni legales para extender la misma solución legal para otros supuestos, como el de autos, a la luz de las directrices sentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Aquino". (del voto del Dr. Kohon).

“5.- Corresponde declarar procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley, en virtud de la causal prevista por el inc. d), del art. 15°, de la Ley 1.406, y casar el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Zapala, revocando parcialmente la sentencia de grado que eximió de responsabilidad a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo por haber fundado el actor su reclamo en un régimen jurídico general que le es ajeno, en tanto, a la luz de la doctrina sentada por la C.S.J.N. in re "Aquino" y sus proyecciones, la aseguradora debe responder por las prestaciones que legal y contractualmente están a su cargo y en la medida del seguro, aún cuando las víctimas de infortunios laborales funden su reclamo de reparación integral en las normas del derecho civil. (del voto en mayoría).

“6.- Si el actor -en el marco de un reclamo de daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo por vía de la responsabilidad del derecho civil- no demandó a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo por el cumplimiento de la ley especial y ni siquiera solicitó su comparecencia en juicio, sino que la empleadora solicitó su citación como tercera a fin de que cumpla con las prestaciones que resultan de la Ley de Riesgos de Trabajo y el contrato firmado entre ambas, no cabe extenderle la condena que impuso a la aseguradora resarcir al trabajador el daño moral, daño emergente y lucro cesante, en tanto la citada solamente puede ser condenada en los términos del contrato y es un hecho no controvertido que se encontraba cumpliendo con las obligaciones a su cargo, máxime si, como se indica, su responsabilidad queda limitada a lo dispuesto por la ley 24.557 y el contrato. Por lo que no resulta de aplicación, al caso concreto, la doctrina sentada por la C.S.J.N. (Disidencia del Dr. Gigena Basombrio)”.
Así es como el apelante no alcanza a conformar el silogismo jurídico que lo lleve a obtener el resultado pretendido, la revocación o modificación del decisorio impugnado, lo que de ninguna manera puede ser integrado por el tribunal de alzada, sin afectación del derecho de defensa y la obligación de imparcialidad, por lo cual, los agravios analizados deben ser declarados desiertos.

III.- Finalmente, en lo que hace a la disposición de las costas, teniendo en cuenta lo resuelto y lo previsto en el art. 68 del CPCC, también deberá ser confirmada.

IV.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propicio el rechazo de la apelación, confirmando el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas en la alzada a cargo del recurrente vencido, a cuyo efecto deberán regularse los honorarios profesionales con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

Tal mi voto.

El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 600/612, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada al recurrente vencido (art. 68 C.P.C.C.).
- 3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes e esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).



4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

[Volver al índice](#)

[-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"KREITMAN BEATRIZ ISABEL Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO"

- Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería N° 4 - I Circunscripción Judicial - (Expte.: 476640/2013) – Sentencia: S/N – Fecha: 03/02/2014

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

AMPARO COLECTIVO. INTERESES COLECTIVO. INTERES PUBLICO. LEGITIMACION ACTIVA. LEGISLADORES. LEGITIMACION PASIVA. ESTADO PROVINCIAL. ACTIVIDAD HIDROCARBURIFERA. PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE. PEDIDO DE INFORMES. DERECHO A LA INFORMACION. AUDIENCIAS PUBLICAS. OPORTUNIDAD.

La petición de los amparistas: se presentaron los señores Beatriz Isabel Kreitman, Manuel José Fuertes, Alfredo Luis Roberto Marcote y Raúl Juan Dobrusin, e iniciaron amparo contra Provincia del Neuquén, reclamando las siguientes pretensiones: 1) que se condene a la Provincia del Neuquén a brindarles la información que le fuera solicitada por los amparistas, en la nota fechada en 7 de agosto de 2013, concretamente la exhibición del convenio suscripto entre YPF S.A. y Chevron; 2) que se ordene la realización de la audiencia pública prevista en el artículo 41 de la Constitución Nacional, 93 de la provincial y 19 a 21 de la ley 25.675 y la provincial 1875, con prelación a la consideración legislativa del acuerdo suscripto entre la Provincia del Neuquén e YPF S.A.; y 3) en subsidio, para el caso que se resolviera que esa audiencia pública no resulta exigible por lo previsto en el decreto 422/2013, decidir si éste es inconstitucional.

Se resolvió en la sentencia: admitir parcialmente la acción de amparo, y en consecuencia, ordenar a la Provincia del Neuquén para que dentro del plazo de dos días hábiles de estar firme la sentencia, haga entrega a los accionantes de: (a) las partes del convenio suscripto entre YPF SA y Chevron que sirvieron de base para la suscripción del convenio entre la Provincia del Neuquén e YPF S.A. y que el señor Ministro de Energía expresamente refirió que se encuentran en poder de la administración pública; (b) la información relativa a aquel convenio que YPF S.A. facilitó a la administración pública provincial con el objeto de evaluar y aprobar el convenio finalmente suscripto en el orden local por el gobierno provincial.

Y también se decidió rechazar el amparo respecto del pedido de audiencia pública, pues la oportunidad en que los actores consideran que la audiencia pública debe realizarse no es la que dispone nuestro régimen jurídico, pues esa participación ciudadana no está diseñada en la ley como antesala obligatoria del debate parlamentario y posterior decisión. La administración podría fijarla allí, pero no es obligatorio, mientras la audiencia se lleve a cabo con prelación a la ejecución de los trabajos.

Las costas del proceso se impusieron en el orden causado, por el resultado de la decisión y considerando además que se trata de una cuestión jurídicamente novedosa y con trascendencia institucional.

Corresponde rechazar la falta de legitimación activa planteada por la demandada respecto de las pretensiones de los amparistas, quienes invocan el carácter de legisladores provinciales y de vecinos de esta ciudad, pues la legislación es clara en admitir que el amparo pueda ser iniciado no sólo por el titular del derecho subjetivo afectado, sino además por "cualquier persona", respecto de los derechos colectivos. La sola norma del artículo 185 de la constitución provincial –que habilita al pedido de informes por parte de los legisladores- conlleva necesariamente que estén legitimados activamente para requerir judicialmente la efectivización de tal derecho como representantes del pueblo, cuando



interpretan que el mismo ha sido afectado.

La cuestión sometida a decisión no resulta abstracta luego del dictado de la ley 2867, pues el hecho que el proyecto de ley resultara aprobado, no libera a la autoridad de brindar el informe que le fuera solicitado por el legislador, porque si así fuera, entonces se estaría reconociendo en la primera la facultad de juzgar sobre la oportunidad del pedido, lo que es ajeno a la manda constitucional. Del mismo modo, la petición en el sentido de exigir la convocatoria a una audiencia pública, está planteada con carácter previo y obligatorio al tratamiento legislativo del proyecto de ley, por lo que su aprobación no impide su resolución.

El hecho que la Provincia del Neuquén no fuera firmante del acuerdo que sí suscribieran YPF S.A. y Chevron (hecho no controvertido en este proceso), no significa que le sea ajeno, de modo que cabe rechazar la falta de legitimación pasiva alegada por la demandada.

Corresponde admitir la acción de amparo, y en consecuencia, ordenar a la Provincia del Neuquén para que dentro del plazo de dos días hábiles (conforme lo manda el artículo 17.3 de la ley 1981), haga entrega a los accionantes de: (a) las partes del convenio suscripto entre YPF SA y Chevron que sirvieron de base para la suscripción del convenio entre la Provincia del Neuquén e YPF S.A. y que el ministro, señor Guillermo Coco expresamente refirió que se encuentran en poder de la administración pública; (b) la información relativa a aquel convenio que YPF S.A. facilitó a la administración pública provincial con el objeto de evaluar y aprobar el convenio finalmente suscripto en el orden local por el gobierno provincial, pues dos cosas resultan evidentes y surgen de la prueba producida en estos autos: por un lado, que la Provincia del Neuquén no cuenta con la totalidad del convenio suscripto entre YPF S.A. y Chevron; por el otro, que la administración pública cuenta con información que los legisladores actores no conocen (partes de aquel convenio entre YPF S.A. y Chevron, más toda la información relativa al mismo que requirió a YPF S.A. y ésta le envió para evaluar el convenio local).

Corresponde rechazar el amparo respecto del pedido de audiencia pública, pues la oportunidad en que los actores consideran que la audiencia pública debe realizarse no es la que dispone nuestro régimen jurídico, pues esa participación ciudadana no está diseñada en la ley como antesala obligatoria del debate parlamentario y posterior decisión. La administración podría fijarla allí, pero no es obligatorio, mientras la audiencia se lleve a cabo con prelación a la ejecución de los trabajos.

Texto completo:

Neuquén, 3 de febrero de 2014.

VISTOS: estos autos caratulados "KREITMAN BEATRIZ ISABEL Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE AMPARO", expediente número 476640/13, en trámite por ante este Juzgado Civil, Comercial y de Minería número 4, traídos a despacho para el dictado de la sentencia definitiva y de los que

RESULTA: I- Que se presentan los señores Beatriz Isabel Kreitman, Manuel José Fuertes, Alfredo Luis Roberto Marcote y Raúl Juan Dobrusin, e inician este amparo contra Provincia del Neuquén, reclamando (i) se la condene a brindar la información que le fuera solicitada en la nota fechada en 7 de agosto de 2013, y (ii) que previo al tratamiento legislativo en sesión ordinaria, del expediente 20/2013 referido a la convalidación legislativa del decreto 1208/2013 y del acta acuerdo suscripto con YPF S.A. y el Ministro de Energía y Servicio de la Provincia del Neuquén, se ordene realizar la audiencia pública prevista en el artículo 41 de la Constitución Nacional, 93 de la provincial y 19 a 21 de la ley 25675 y la provincial 1875. Además y en subsidio, para el caso que se resolviera que esa audiencia pública no resulta exigible por lo previsto en el decreto 422/2013, plantea su inconstitucionalidad.

Invocan el carácter de legisladores provinciales y de vecinos de esta ciudad, y explican que la omisión estatal de brindarles información vulnera su derecho de acceso a la información, al control de los actos de gobierno, al desempeño de su función pública y a la participación efectiva.

Asimismo, indican que la demandada pretende convalidar legislativamente un decreto que prorroga una concesión de un área petrolera, creándola por la previa desafectación de una superficie diferente y afectándola a una locación ya concesionada, esto es de la concesión Loma La Lata a la concesión Loma Campana, y por un plazo superior al legalmente permitido en el artículo 25 de la ley 17319, sin haber realizado la audiencia pública que de manera previa impone la normativa señalada, pese a tratarse de una nueva modalidad de explotación.

Respecto de la primera pretensión, explican que el 7 de agosto de 2007 solicitaron a la demandada, información relacionada con el acta acuerdo que suscribieran el Ministro de Energía de la Provincia del Neuquén e YPF S.A., y con el decreto 1208/13, requiriendo concretamente el convenio que suscribiera YPF S.A. con la empresa Chevron.



Refieren que ese convenio es la base y razón de ser de la firma del acta acuerdo, así como del dictado del decreto en cuestión, por lo que a fin de cumplir con seriedad y responsabilidad su función legislativa, les resulta necesario contar con esa información.

Indican que el señor Ministro Guillermo Coco, les manifestó que no era necesario que contaran con esa información, pero que si así fuera, siguen los amparistas, entonces el principio de publicidad de la información quedaría sujeto a la interpretación discrecional de la autoridad pública respecto a si es necesario, lo que resultaría constitucional y republicánamente inaceptable.

Asimismo fundan la segunda pretensión, en lo previsto por los artículos 41 de la Constitución Nacional, 93 de la Provincial y las leyes 25675 y 1875, pues la prórroga de la concesión petrolera para la explotación de yacimientos hidrocarburíferos no convencionales requiere de la existencia de audiencia pública previa a su aprobación.

En subsidio, alegan la inconstitucionalidad del decreto 422/2013, pues aprobó un listado de actividades -entre ellas la explotación de hidrocarburos por mecanismos no convencionales-, que para ser desarrollados debían presentar un informe ambiental, sin audiencia pública.

Fundan en derecho, ofrecen prueba, reservan la cuestión federal y peticionan.

II- Corrido el traslado de la demanda, se presenta el señor Fiscal de Estado, en representación de la Provincia del Neuquén, a contestarla, negando los hechos expuestos por los actores.

Explica que se trata de una cuestión abstracta, pues en fecha 29 de agosto de 2013 se sancionó la ley 2867, publicada el 30 de agosto de 2013, que aprobó el decreto 1208/13 y el acuerdo celebrado entre la Provincia del Neuquén e YPF S.A., concluyendo así que la resolución del amparo debe de considerar la situación imperante a ese momento.

Refiere que esa sesión legislativa no contó con la presencia de los legisladores actores, pues por su propia voluntad decidieron retirarse del recinto legislativo.

Alega que la vía es improcedente, citando jurisprudencia en apoyo de su postura, indicando que no hay lesión, restricción, alteración o amenaza a derecho concreto alguno, sino mas bien una preocupación general que tiene todo ciudadano con relación al cuidado del ambiente, y una pretensión relacionada al proceso de formación y sanción de las leyes que resulta ajeno a la revisión judicial.

Respecto del planteo de inconstitucionalidad, explica que tampoco es la vía idónea, pues no existe violación a derecho alguno, y además transcurrió el plazo de 20 días previsto en el artículo 3, inciso 6, de la ley 1981, pues el decreto 422/13 fue sancionado el día 4 de abril de 2013.

Indica además que se trata de un planteo de inconstitucionalidad en abstracto, que conforme el artículo 241, inciso a de la Constitución de la Provincia del Neuquén, y la ley 2130, corresponde a la competencia exclusiva e improrrogable del Tribunal provincial.

Explica que no está legitimada pasivamente para ser demandada por el acceso a la información, pues la Provincia del Neuquén es un tercero respecto del convenio suscripto entre YPF S.A. y Chevron, de modo que es lógico que no tenga copias del mismo.

Refiere que es de público y notorio, la negativa por parte de YPF S.A. de hacer conocer el contenido del convenio, sin excepción respecto de la Provincia del Neuquén.

Asimismo alega que si los actores presentaron la nota en fecha 7 de agosto de 2013, la petición está en plazo de ser resuelta, pues los propios amparistas eligieron la vía administrativa. No obstante, aclara además que siendo tercera en esa relación jurídica, y no teniendo entonces copia de ese convenio, no puede ser demandada pues no hay arbitrariedad manifiesta sino imposibilidad fáctica de exhibir lo que no se tiene.

Indica que el régimen de libre acceso a la información pública ambiental, previsto en los artículos 8 y 9 de la ley 25831, dispone que el plazo para resolver esas solicitudes es de 30 días, desde la presentación de la petición, por lo que no se verifica en el caso ninguna infracción.

Respecto de la pretensión relacionada a la audiencia pública, explica que el artículo 41 de la Constitución Nacional no prevé su realización, como requisito previo al debate legislativo, y menos aún para la convalidación de un decreto del Poder Ejecutivo, como el que se acordó mediante la ley 2867.

El artículo 93 de la Constitución Provincial dispone que los emprendimientos públicos o privados que se pretendan realizar en el territorio provincial, y que puedan producir alteraciones significativas en el ambiente, deberán ser sometidos a una evaluación previa de impacto ambiental, conforme el procedimiento que determine la ley, pero no exige la obligatoriedad de una audiencia pública en la oportunidad que pretenden los amparistas, como tampoco la ley 1875, sancionada en consecuencia, pues aún cuando le otorga facultades para exigir informes, evaluaciones, audiencias públicas, etcétera, no prevé la audiencia pública como condición para aprobar un convenio relacionado con actividades hidrocarburíferas y gasíferas.

Refiere que entonces la aprobación legislativa del convenio suscripto con YPF S.A., en modo alguno afectará las facultades y deberes de la autoridad provincial de medio ambiente, "a quien oportunamente le corresponderá analizar si se encuentran cumplidos los recaudos legales para autorizar la ejecución concreta de las obras y proyectos que se pretendan ejecutar en el marco del convenio", exigencia que además contiene la ley 2867, en su capítulo II.

Indica además que conforme la legislación provincial, las actividades hidrocarburíferas deben presentar un estudio de impacto ambiental, debiendo el área técnica dictaminar, en qué casos de informe ambiental, se dan las condiciones para convocar a audiencia pública.



Explica que la ley 2453 declara prioritaria la promoción y ejecución –en el territorio provincial–, de planes destinados a incrementar racionalmente la producción de hidrocarburos líquidos y gaseosos, disponiendo que sea el Poder Ejecutivo quien diseñe la política general al respecto, debiendo bregar por el bienestar de los habitantes.

Así, se dictó el decreto 1162/13 que adhirió al Régimen de Promoción de Inversión para la Explotación hidrocarburífera, creada por el decreto nacional 929/13.

En ese marco jurídico, YPF S.A. presentó ante la autoridad nacional, un proyecto de desarrollo no convencional del área Loma La Lata Norte/ Loma Campana, con un compromiso de inversión directa de USD 1.000.000.000, a ser invertidos durante los primeros 5 años. Asimismo, el 24 de julio de 2013, la Provincia del Neuquén e YPF S.A. suscribieron un acuerdo en el que pactaron el compromiso de la segunda de invertir en el programa piloto, con objetivo preeminente en reservorios no convencionales de la formación Vaca Muerta, la suma de USD 1.464.000.000 en el primer año del proyecto de inversión, para la perforación de aproximadamente 115 pozos, estimando completar la inversión total por hasta la suma de USD 16.506.000.000 para la perforación de 1677 pozos en 15 años.

Ese acuerdo fue aprobado por el decreto 1208/13, cuyo artículo 2 dispone la remisión a la Legislatura provincial, para su consideración.

Cuestiona la legitimación activa, pues sostiene que no se encuentran afectados en un derecho subjetivo propio y concreto.

Indica además, respecto del planteo de inconstitucionalidad del decreto 422/13, que tal como se certificó en la causa, hay pendiente de resolución la acción de inconstitucionalidad iniciada por el señor Alberto Rubén Etcheverry, expediente 4362/13, cuya pretensión es la declaración de inconstitucionalidad de normas, entre las que está el decreto 422/13, por lo que sostiene que en el caso se verifica litispendencia, pues podría darse la existencia de sentencias contradictorias, alegando además que se trata de un caso de competencia exclusiva, excluyente e improrrogable del Tribunal provincial.

Reserva la cuestión federal, ofrece prueba y petición.

Habiéndose decretado el llamamiento de autos, corresponde el dictado de la sentencia definitiva y

CONSIDERANDO: I- Conforme se trabó la litis, y a fin de ordenar lo alegado por las partes, puntualizaré por un lado las pretensiones a resolver:

1) decidir si la Provincia del Neuquén debe brindar la información que le fuera solicitada por los amparistas, en la nota fechada en 7 de agosto de 2013, concretamente la exhibición del convenio suscripto entre YPF S.A. y Chevron; 2) decidir si corresponde ordenar la realización de la audiencia pública prevista en el artículo 41 de la Constitución Nacional, 93 de la provincial y 19 a 21 de la ley 25.675 y la provincial 1875, con prelación a la consideración legislativa del acuerdo suscripto entre la Provincia del Neuquén e YPF S.A.; y 3) en subsidio, para el caso que se resolviera que esa audiencia pública no resulta exigible por lo previsto en el decreto 422/2013, decidir si éste es inconstitucional.

Por otro lado, ordenaré las defensas: 1) que los actores no tienen legitimación activa para instar esta acción de amparo, pues no hay derecho vulnerado que titularicen; 2) que la cuestión se tornó abstracta, pues se sancionó la ley 2867, que aprobó el decreto 1208/13 y el acuerdo celebrado entre la Provincia del Neuquén e YPF S.A.; 3) que hay falta de legitimación pasiva, pues la demandada no fue parte del convenio cuya exhibición se le reclama, y que no es procedente entonces el pedido de información; 4) que no hay obligación de convocar a una audiencia pública de manera previa a la consideración legislativa del acuerdo suscripto entre la Provincia del Neuquén e YPF S.A.; 5) que la acción es improcedente para plantear la inconstitucionalidad del artículo 422/13, pues está vencido el plazo previsto en la ley de amparo, y 6) que existe litispendencia, pues tramita ante el Tribunal provincial, una acción de inconstitucionalidad, cuya pretensión es la declaración de inconstitucionalidad del decreto 422/13, entre otros.

II- En el orden que propongo, consideraré en primer lugar si los actores están legitimados para iniciar este amparo.

Sobre la legitimación activa: Al demandar, los señores Beatriz Isabel Kreitman, Manuel José Fuertes, Alfredo Luis Roberto Marcote y Raúl Juan Dobrusin, alegaron el carácter de vecinos y legisladores provinciales, siendo ambas calidades de público y notorio, pues se trata de diputados provinciales, que por eso mismo son vecinos de esta Provincia del Neuquén.

La pretensión es que se le brinde información que requirieron al Estado Provincial en carácter de legisladores, y además que se convoque a una audiencia pública, con carácter previo al tratamiento legislativo del proyecto enviado por el Poder Ejecutivo, consistente en aprobar el decreto que ratificara el convenio que suscribiera con YPF S.A.

Ese convenio tiene por finalidad la de crear una nueva área de concesión para la explotación de hidrocarburos, escindiendo para ello dos áreas ya concesionadas a YPF S.A.; prorrogar el plazo de esas concesiones, para dar viabilidad a un proyecto de inversión propuesto por la sociedad anónima, que significa invertir en la explotación de reservorios no convencionales de la formación “Vaca Muerta”, una suma determinada de dinero, en dos etapas: la que denomina programa piloto y la posterior.

Los amparistas sostienen que para tratar en el recinto ese proyecto, debe de exigirse que previamente se convoque a una audiencia pública.

Pero además pretenden, en subsidio, que si se considerara que esa audiencia pública no es necesaria en virtud de lo normado por el decreto 422/13, se lo declare inconstitucional.

Veamos entonces si están legitimados activamente para instar esta acción de amparo.



Conforme lo dispone nuestra Constitución Provincial en su artículo 59, puede interponer acción de amparo “toda persona afectada”, y respecto de los derechos colectivos pueden plantearla “cualquier persona, el Defensor del Pueblo y las personas jurídicas que propendan a esos fines.”

Esta norma está en consonancia con el artículo 43 de la Constitución Nacional, la que también prevé una legitimación amplia para instar el amparo pero con el aditamento que refiere a “toda persona”, sin necesidad que sea el afectado; pero respecto de los derechos colectivos, la legitimación es –como en nuestra constitución provincial- igualmente amplia.

Cierto es que la interpretación de la norma provincial ha restringido la literalidad de la cláusula al considerar como legitimado al afectado; sin embargo, la interpretación es amplia cuando se trata de un derecho de incidencia colectiva.

Explica María Angélica Gelli María Angélica Gelli, Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, 4ta. Edición ampliada y actualizada, tomo I, p. 618, ed. La Ley, mayo de 2009., respecto de la norma contenida en la Constitución Nacional, que “el afectado” en derechos de pertenencia colectiva o difusa, comparte la legitimación activa con el Defensor del Pueblo y las organizaciones no gubernamentales, quienes pueden demandar “en resguardo de los derechos que les atañen como sector o grupo social.”

Indica además que los derechos son de incidencia colectiva porque, o bien son compartidos por una pluralidad de sujetos, cada uno de ellos afectados individualmente –lo que podría constituir una acción de clase-, o bien por su pertenencia a una multiplicidad indeterminada de sujetos eventualmente afectados en sus intereses difusos.

Además y de modo expreso, la acción de amparo está habilitada por el propio ordenamiento normativo relativo a los hidrocarburos: el decreto 2656/99, reglamentario de la ley provincial del ambiente 1875, dispone en el inciso 15 de su artículo 1, que uno de los instrumentos de la gestión ambiental de la provincia, es la acción de amparo prevista hoy, en el artículo 59 de la Constitución de la Provincia del Neuquén.

Yendo ahora al análisis de la presentación judicial a sentencia, observo que la primera pretensión introducida es efectuada por los actores en su carácter de legisladores, pues esa calidad fue la invocada en la nota en la que requirieron a la demandada información para considerar el proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo.

Más la segunda, relacionada con la convocatoria a la audiencia pública previa al tratamiento del proyecto de ley, y la subsidiaria inconstitucionalidad que alegan, aparece vinculada con su carácter de ciudadanos, pues la fundan en la afectación ambiental que puede generar el rechazo de su pretensión.

De modo que interpreto que en el caso se verifican dos situaciones en el análisis de la legitimación activa: 1) la primera es que entienden afectado un derecho subjetivo, pues explican en su demanda que para ejercer responsablemente su función de legisladores provinciales, necesitan contar con la información que solicitaran a la demandada; y 2) la segunda es que alegan un derecho de incidencia colectiva, pues remiten a una afectación del ambiente como derecho de todas las partes, si no se convocara a una audiencia pública, reclamando en subsidio, se declare la inconstitucionalidad del decreto que permite no convocarla.

La legislación citada es clara en admitir que el amparo pueda ser iniciado no sólo por el titular del derecho subjetivo afectado, sino además por “cualquier persona”, respecto de los derechos colectivos, por lo que rechazaré la falta de legitimación activa planteada por la demandada, respecto de las dos primeras pretensiones de los amparistas.

Luego, y respecto de la primera pretensión, la sola norma del artículo 185 de la constitución provincial –que habilita al pedido de informes por parte de los legisladores- conlleva necesariamente que estén legitimados activamente para requerir judicialmente la efectivización de tal derecho como representantes del pueblo, cuando interpretan que el mismo ha sido afectado.

Por todo ello es que rechazaré la falta de legitimación activa planteada por la demandada.

Sobre la abstracción de la cuestión sometida a decisión: Con posterioridad a la interposición de la acción, tuvo lugar la sesión legislativa que trató el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo, consistente en la aprobación del acuerdo que la demandada suscribiera con YPF S.A., lo que ocurrió con el dictado de la ley 2867, circunstancia que la demandada alega como fundamento de su petición en el sentido que la cuestión a resolver se declare abstracta.

Sin embargo, no encuentro que ello determine la abstracción que reclama la demandada, pues el deber de la demandada en brindar información a los legisladores (obligación constitucional citada párrafos arriba), no está condicionado por la utilidad de ese informe en relación a una ley específica, ni tampoco el pedido de audiencia pública aparece innecesario de considerar aún cuando el proyecto de ley resultara aprobado.

Es cierto que las dos primeras pretensiones de los amparistas (refiero al pedido de información y a la convocatoria a la audiencia pública), están planteadas como de necesaria ocurrencia previa al tratamiento legislativo de ese proyecto de ley, hoy aprobado; sin embargo, en ambos casos, el hecho que se hubieran obtenido las mayorías necesarias para la aprobación del proyecto de ley en cuestión, no significa que la cuestión no merezca una resolución, pues el debate sobre las cuestiones traídas a juicio no se agotó en esa decisión legislativa.

Adviértase que si así fuera, cada vez que un legislador requiera de información al gobierno, a éste le bastaría aguardar a que el proyecto tenga mayoría legislativa y resultar sancionado, para entonces nunca informar al requirente, y no es ese el sentido de la norma constitucional en tanto siempre podría ser eludida.



La manda no prevé que la autoridad a quien se le solicita el informe, pueda evaluar si esa información es pertinente, oportuna, necesaria o conveniente; cuando el legislador solicita información, la Constitución Provincial dice en su artículo 185, que la autoridad “tiene la obligación de dar los informes escritos que los legisladores en forma individual o colectiva les soliciten.”

De manera entonces que el hecho que el proyecto de ley resultara aprobado, no libera a la autoridad de brindar el informe que le fuera solicitado por el legislador, porque si así fuera, entonces se estaría reconociendo en la primera la facultad de juzgar sobre la oportunidad del pedido, lo que es ajeno a la manda constitucional.

Del mismo modo, la petición en el sentido de exigir la convocatoria a una audiencia pública, está planteada con carácter previo y obligatorio al tratamiento legislativo del proyecto de ley, por lo que su aprobación no impide su resolución.

Por ello es que considero que la cuestión sometida a decisión no resulta abstracta luego del dictado de la ley 2867.

Sobre la falta de legitimación pasiva de la demandada: Para resistir la pretensión de que les sea exhibida a los actores la documentación que oportunamente le requirieran, la Provincia del Neuquén alegó que no puede ser demandada, pues no fue parte del convenio suscripto entre YPF S.A. y Chevron, cuya exhibición se le reclama.

Lo que fue sometido a decisión de los legisladores, es un decreto, el número 1208/13, que aprobó el convenio suscripto entre la Provincia del Neuquén e YPF S.A., agregado como anexo a esa norma.

Los actores requirieron a la demandada (en nota dirigida a la administración central desconcentrada del Poder Ejecutivo, en el caso, al Ministerio de Energía), que les entreguen copia del acuerdo suscripto entre YPF S.A. y Chevron, respecto de la concesión de “Vaca Muerta”, pues entienden que está íntimamente relacionado con el proyecto de ley sometido a su consideración.

Cierto es, conforme lo refiere la demandada, que ese acuerdo no la involucra como parte, pues los propios actores refieren a otros firmantes, aclarando además la Provincia, que ese convenio no está en su poder.

Sin embargo, lo que está aquí en conflicto es el alcance del artículo 185 de la Constitución Provincial y a quién sino a las entidades enumeradas por ese dispositivo, le podría ser requerida la información a que tiene derecho un legislador provincial en su carácter de representante del pueblo. Precisamente, la petición judicial por el incumplimiento de ese dispositivo sólo puede ser dirigida contra las entidades enumeradas por la constitución y en tal sentido se encuentran legitimadas pasivamente, pues la redacción principia así: “Todas las reparticiones públicas, nacionales o provinciales, autárquicas o no y las empresas concesionarias de servicios públicos ...”.

Además, he de agregar que el hecho que la Provincia del Neuquén no fuera firmante del acuerdo que sí suscribieran YPF S.A. y Chevron (hecho no controvertido en este proceso), no significa que le sea ajeno, cuestión que analizaré a continuación, de modo que rechazaré la falta de legitimación pasiva alegada por la demandada.

Sobre la información requerida por los legisladores: Lo cierto y concreto es que la demandada convino con YPF S.A. un acuerdo de inversión, y lo sometió sin mayores datos e información –en particular, sin revelarse el convenio entre la concesionara YPF S.A. y Chevron-, a la consideración de los legisladores provinciales.

Ese convenio no resulta ajeno a la Provincia del Neuquén, pues como el propio Ingeniero Guillermo Coco, titular del Ministerio de Energía referido, lo manifestó al ser consultado por los legisladores integrantes de la “Comisión J”, en la sesión del día 14 de agosto de 2013 (esto es, una semana después que los actores solicitaran el contrato a la demandada, conforme la constancia que está en la foja 520), Chevron era el “socio financiero” de YPF S.A., y explicó que “YPF pide dos conceptos que es: superficie y tiempo. ¿Por qué pide superficie? Pide superficie porque le presenta a la Provincia una asociación, en realidad, de un modelo en el cual directamente viene asociado con otra compañía, que es Chevron”; luego aclaró “yo diría que es un socio financiero, este es un concepto importante que ... lo pueden encontrar en el Expediente pero no públicamente, no se ha dicho, Chevron no es el operador del área ni va a operar el área. Chevron va a poner la plata, es el operador financiero; es decir, que la operación del área sigue siendo YPF Sociedad Anónima.”

Y sigue “Ahora bien, de alguna manera tenían que delimitar el área porque en ese contrato se está hablando de un desarrollo de equis cantidad de pozos con tal cantidad determinada de reservas, y el resto del área no está involucrada Chevron, por lo tanto, de alguna manera había que generar lo que se denomina un cluster, una superficie encerrada donde solamente pudiera tener vigencia ese contrato comercial.”

Es decir, que conforme lo informara el señor Ministro de Energía provincial, el acuerdo comercial entre la concesionaria YPF S.A. y Chevron, fue el punto de partida para que la Provincia del Neuquén acordara como lo hizo con YPF S.A., en tanto esta firma requería: (a) que se delimitara una nueva superficie (que finalmente fue una escisión de áreas ya concesionadas), y (b) que se extendiera el tiempo de la concesión, para así poder realizar la inversión concertada con su socio comercial, Chevron.

De manera entonces que ese acuerdo comercial entre las sociedades, afecta a la Provincia del Neuquén, en el sentido que acepta una inversión aportada por un tercero a la concesionaria, que es la razón de ser del acuerdo con esta última.

Cuando un contrato es suscripto por las partes, pero respecto de un bien de un tercero, éste podrá no ser firmante, pero no es ajeno porque aquel convenio ha sido realizado para impactar sobre bienes de su patrimonio; todo cuanto las primeras acordaron, importó en el caso una nueva



contratación, a consecuencia del primero. Así, a decir del ministro en cuestión, el convenio de financiamiento entre la concesionaria y Chevron, fue la razón de ser del acuerdo de la Provincia del Neuquén con la primera.

La actividad hidrocarburífera que YPF S.A. lleva adelante en esta Provincia como concesionaria, sería financiada por Chevron y ello requería de un nuevo proyecto, de modo que aún cuando el convenio sea de financiamiento conforme aclaró el señor Coco, lo cierto es que la actividad que financia involucra una concesión en este territorio y respecto de los recursos hidrocarburíferos del área concesionada a YPF S.A.

Cierto es que las vicisitudes acordadas entre las sociedades, no altera ni lo que la Provincia del Neuquén pacte con la concesionaria, ni tampoco que la concesionaria sea sólo YPF S.A., pero también es cierto que ese acuerdo no le es ajeno en sus efectos; antes bien, fue la razón del acta acuerdo, cuya aprobación fue sometida a consideración de los legisladores.

El señor ministro continuó explicando ante los legisladores: “A partir del concepto este de cómo le íbamos a dar las condiciones de borde que nos pedía YPF Sociedad Anónima, generamos este acto administrativo. Condiciones de borde que las necesitaba porque necesitaba un socio financiero. De hecho, YPF Sociedad Anónima lleva invertido ya en este tipo de proyecto dos mil setecientos millones de dólares en la Provincia del Neuquén y nunca nos había pedido ningún tipo de plazo excepcional ni nos había pedido una superficie determinada porque no tenía un socio; ahora apareció un socio financiero, ¿eh?, que le dice: yo voy a invertir este dinero en este proyecto, necesito ciertas condiciones. YPF, por otro lado, necesitaba de alguna manera también blindar este proyecto y no entregar el cien por ciento de Loma de La Lata porque, por otro lado, la Provincia también no se lo hubiera dado porque no están dadas las condiciones económicas del proyecto para entregar o extender el plazo de una superficie como es Loma de la Lata Norte; por eso se extendió una superficie de trescientos noventa y cuatro kilómetros cuadrados. El concepto a partir de ahí fue, en función de lo que presentó YPF, cómo íbamos a evaluar este proyecto nosotros desde el punto de vista económico y desde el punto de vista ambiental. Eso tiene que ver también, indudablemente, con la condiciones de borde comerciales que tiene YPF con Chevron.” “... Nosotros como autoridad de aplicación, en cuanto lo que tiene que ver con la petición de YPF Sociedad Anónima como concesionario y como operador y lo que tiene que ver con la petición de YPF Sociedad Anónima como concesionario y como operador y lo que tiene que ver el convenio o el contrato comercial que ha firmado Chevron con YPF. Y, en definitiva, en qué afecta ese contrato comercial a la Provincia del Neuquén. Yo conozco algunas partes de ese contrato que es lo que solicitamos nosotros”.

Más adelante explicó que no pidieron el contrato completo, pues sólo necesitaban conocer de algunas cuestiones de índole económico, por lo que pidieron sólo algunos datos de ese contrato. Así, el señor Ministro explicó que el Gobierno de la Provincia del Neuquén, conoció los datos que necesitaba para evaluar el proyecto de YPF S.A. y lo dijo así: “Yo lo que digo que toda la información que solicitó el Gobierno de la Provincia, que necesitaba para evaluar y aprobar este proyecto, fue entregado por YPF Sociedad Anónima” (ver la versión taquigráfica de la sesión, fojas 65, 68 y 69 de este expediente, reiteradas en las fojas 428 a 430 vuelta).

Aún así, el proyecto de ley sometido a consideración de los legisladores no contenía esa información y como dijera, cierto es que la Provincia del Neuquén no fue parte firmante de ese contrato, pero tampoco era ajena pues con ese acuerdo de financiamiento, decidió y autorizó el proyecto de inversión presentado por YPF S.A., y luego lo sometió a consideración de los legisladores.

De toda esa información, encuentro que los actores conocían y conocen que el Gobierno de la Provincia del Neuquén autorizó ese proyecto de inversión, sin conocer en su totalidad el acuerdo que la concesionaria suscribiera con su socio financiero, por lo que aún cuando la demandada no es ajena a los efectos de ese acuerdo, claramente no fue su firmante y no encuentro ninguna evidencia que indique que está en poder del contrato en cuestión.

A esta altura entonces, bien vale preguntarse si lo que se pretende es la exhibición de un contrato que se sabe no está en poder de la demandada, o en cambio, reprochar y exigirle que lo consiga, pues los actores consideran que así debió ocurrir. Esta conclusión es lo que parece surgir de las alternativas de la sesión legislativa, a cuya transcripción remito en honor a la brevedad.

Más en ambos casos, no aparece controvertido el hecho que la demandada no tiene ese contrato y no parece posible entonces, condenarla a exhibirlo en su totalidad, pues se trataría de imponer una obligación de cumplimiento imposible.

El Poder Ejecutivo decidió someter un proyecto de ley al tratamiento legislativo, sin contar con la totalidad del acuerdo original entre YPF S.A. y Chevron; recordemos que el ministro señor Coco, señaló que en ese carácter conoce algunas partes de ese contrato que fueron solicitadas por la Provincia del Neuquén, y que YPF S.A. entregó toda la información que solicitara y que necesitaba para evaluar y aprobar el proyecto.

Por ello es que sostengo que el Poder Ejecutivo provincial propuso al legislador neuquino que apruebe la ley, sin conocer en lo más mínimo aquel antecedente primario del acuerdo arribado entre YPF S.A. y Chevron, en la confianza de que el poder administrador ya conocía algunos aspectos del mismo, aquellos que consideraba necesarios para evaluar y aprobar el proyecto.

El legislador provincial, por las mayorías que establece la constitución, confió en ello y decidió aprobarlo en tales condiciones. Así nació a la luz la ley provincial número 2867.

En síntesis, tenemos de ese modo que:



- El legislador provincial desconoce el convenio entre YPF S.A. y Chevron, no obstante que ha aprobado el decreto aprobatorio del convenio de la Provincia con YPF S.A., bajo tal desconocimiento y al modo en que se lo propuso el ejecutivo.

- El Poder Ejecutivo, como lo señalara el ministro señor Coco, conoce parte del convenio entre YPF S.A. y Chevron, y cuenta con toda la información que la Provincia le requiriera a YPF S.A. y que ésta le enviara, la cual le fue necesaria y suficiente para llegar al acuerdo con la concesionaria.

Dos cosas resultan pues evidentes y surgen de la prueba producida en estos autos: por un lado, que la Provincia del Neuquén no cuenta con la totalidad del convenio suscripto entre YPF S.A. y Chevron; por el otro, que la administración pública cuenta con información que los legisladores actores no conocen (partes de aquel convenio entre YPF S.A. y Chevron, más toda la información relativa al mismo que requirió a YPF S.A. y ésta le envió para evaluar el convenio local).

El legislador provincial ya se ha pronunciado respecto del convenio local sin considerar necesario contar con tal información. Sin embargo, resta el derecho de los legisladores actores, ejercido individualmente, para obtener del Poder Ejecutivo la información que consideren relevante para su función de representantes del pueblo (artículo 185 de la Constitución Provincial).

Claro que no será todo el convenio YPF-Chevron, porque no hay un solo elemento de prueba en este expediente que acredite que la Provincia del Neuquén lo detenta; pero sí aquellas partes del mismo que el señor Ministro de Energía de esta Provincia refirió en la audiencia del 14 de agosto de 2013, que se encuentran en poder de la Provincia del Neuquén, así como toda la información relativa al mismo que YPF S.A. le facilitó, de acuerdo a los pedidos de la demandada para la evaluación y aprobación del acuerdo local.

Es por ello que en este punto, entiendo que corresponde admitir la acción de amparo, y en consecuencia, ordenar a la Provincia del Neuquén para que dentro del plazo de dos días hábiles (conforme lo manda el artículo 17.3 de la ley 1981), haga entrega a los accionantes de: (a) las partes del convenio suscripto entre YPF SA y Chevron que sirvieron de base para la suscripción del convenio entre la Provincia del Neuquén e YPF S.A. y que el ministro, señor Guillermo Coco expresamente refirió que se encuentran en poder de la administración pública; (b) la información relativa a aquel convenio que YPF S.A. facilitó a la administración pública provincial con el objeto de evaluar y aprobar el convenio finalmente suscripto en el orden local por el gobierno provincial.

Sobre si existe obligación de convocar a una audiencia pública de manera previa a la consideración legislativa del acuerdo suscripto entre la Provincia del Neuquén e YPF S.A.: La segunda pretensión de esta acción, es que se convoque a una audiencia pública, pues la cuestión sometida a decisión de los legisladores contiene temática relacionada con la explotación de hidrocarburos, lo que importa impacto ambiental.

Los actores sostuvieron que esa audiencia pública es previa al tratamiento legislativo del acuerdo suscripto entre la Provincia del Neuquén e YPF S.A., con fundamento en lo normado en los artículos 41 de la Constitución Nacional, 93 de la Constitución Provincial, en la ley nacional 25675 y provincial 1875.

El primero dice así: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos."

El segundo dispone: "Todo emprendimiento público o privado que se pretenda realizar en el territorio de la Provincia y que pueda producir alteraciones significativas en el ambiente, deberá ser sometido a una evaluación previa de impacto ambiental conforme al procedimiento que la ley determine, la que, además, contemplará los mecanismos de participación. La potestad de evaluación y control ambiental alcanza a aquellos proyectos de obras o actividades que puedan afectar el ambiente de la Provincia, aunque no se generen en su territorio."

El artículo 24 de la ley 1875, dice así: "Todo proyecto y obra que por su envergadura o características pueda alterar el medio ambiente deberá contar como requisito previo y necesario para su ejecución, con la Declaración de Impacto Ambiental y su correspondiente Plan de Gestión Ambiental aprobado por la autoridad de aplicación. El procedimiento para la aprobación contemplará un régimen de audiencias públicas y de licencias ambientales. Ninguna obra, proyecto o emprendimiento podrá proseguirse en caso de haberse iniciado sin contar con la licencia ambiental emitida por la autoridad de aplicación. En el caso de obras, proyectos o emprendimientos que por sus características impliquen riesgo ambiental, se deberá incorporar el respectivo estudio de impacto ambiental, conforme lo determine la reglamentación de un anexo de análisis de riesgo."

Y el artículo 4 de la ley 25675 dispone lo siguiente: "La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: Principio de congruencia: La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste



prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga. Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir. Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente. Principio de equidad intergeneracional: Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras. Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos. Principio de responsabilidad: El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan. Principio de subsidiariedad: El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales. Principio de sustentabilidad: El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras. Principio de solidaridad: La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos. Principio de cooperación: Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta.”

Finalmente y también alegado por los amparistas, el artículo 54 de la Constitución Provincial dice así: “Toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas o de cualquier índole, satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, así como el deber de preservarlo. Todo habitante de la Provincia tiene derecho, a solo pedido, a recibir libremente información sobre el impacto que causen o pudieren causar sobre el ambiente actividades públicas o privadas.”

Cuando la Provincia del Neuquén contestó la demanda, explicó que la ley 1875 dispone que debe existir un “riguroso control ambiental”, pero previo a la ejecución de las obras, incluyendo en ese control la convocatoria a audiencias públicas, de manera que entiende que la ley no manda a que ese control exista de manera previa al tratamiento legislativo del acta acuerdo sometido a consideración de los legisladores, por lo que entiende que la pretensión es prematura.

El régimen legal en materia de medio ambiente, sea el nacional o el provincial, asumen que todas las personas tienen derecho a un ambiente sano, pues es considerado un derecho de todos, de allí su calificación de tratarse de un derecho “humano”.

De modo que toda la legislación va encolumnada en ese principio, que es el rector de todo el régimen jurídico, pues de él se derivan los demás derechos y principios.

Claro que ello no es tarea sencilla para el legislador, pues el equilibrio en la ejecución de actividades económicas potencial o efectivamente dañinas al ambiente, y el derecho a que éste sea sano, importa resolver una tensión que no debe de perjudicar ni la prosperidad que también es un objetivo constitucional, ni el ambiente.

La titularidad amplia del derecho a un ambiente sano, es además el fundamento del derecho que prevé la segunda parte del artículo 54 de nuestra Constitución neuquina, tal el de recibir a su solo pedido, la información “sobre el impacto que causen o pudieren causar sobre el ambiente actividades pública o privadas”; justificando también con ello, que en su artículo 93 disponga que la legislación que se dicte para regular la evaluación previa de impacto ambiental, “contemplará los mecanismos de participación.”

De modo entonces que para nuestra ley fundamental provincial, la participación ciudadana fue preocupación del constituyente y con esa idea rectora es que la legislación debe considerar que los habitantes y ciudadanos deben de participar, con derecho además a obtener información, en todos los procesos de evaluación de impacto ambiental, la que califica de PREVIA.

La ley provincial que regula ese procedimiento, es la número 1875, que dispone en su artículo 24, conforme transcribiera textualmente y aquí reitero, que todo proyecto u obra que pueda alterar el medio ambiente, “deberá contar como requisito previo y necesario para su ejecución, con la Declaración de Impacto Ambiental y su correspondiente Plan de Gestión Ambiental aprobado por la autoridad de aplicación. El procedimiento para la aprobación contemplará un régimen de audiencias públicas y de licencias ambientales. Ninguna obra, proyecto o emprendimiento podrá proseguirse en caso de haberse iniciado sin contar con la licencia ambiental emitida por la autoridad de aplicación. En el caso de obras, proyectos o emprendimientos que por sus características impliquen riesgo ambiental, se deberá incorporar el respectivo estudio de impacto ambiental, conforme lo determine la reglamentación de un anexo de análisis de riesgo” (el subrayado sobre la ‘y’ me pertenece).



La norma entonces explica cuándo ocurre la prioridad a la que refiere la Constitución, al decir que es “previo y necesario para su ejecución”, pero recepta la manda constitucional, y al regular el procedimiento para aprobar ese proyecto u obra, dispone que contemplará un régimen de audiencias públicas y licencias ambientales.

Claro que esta norma no sólo está acorde a la Constitución Provincial, sino también a la ley 25675, la que siendo de aplicación a todo el territorio de la Nación (conforme reza su artículo 3), dispone en su artículo 19, que “Toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, sean de incidencia general o particular, y de alcance general.” Coherente con ese derecho, el artículo siguiente impone a las autoridades que “deberán institucionalizar procedimientos de consulta o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos para el ambiente.”

El artículo siguiente exige que esa participación ciudadana debe de asegurarse “principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados.”

Veamos entonces qué procedimiento tiene nuestra legislación local.

El principio es que para la ley 1875, como refiriera, la audiencia pública es mandatoria y previa a la ejecución de un proyecto u obra.

Pero esa ley fue reglamentada por el decreto 2656/99, el que al tratar del artículo 24 de la ley, no refiere a las audiencias públicas, pues estableció un procedimiento que solo exige la ‘licencia ambiental’ (recuerdo aquí la ‘y’ subrayada en mi transcripción del artículo 24 de la ley), sea presentando una evaluación de impacto ambiental (EIA), o un informe ambiental (IA).

Para el inciso 15 del artículo 1 de ese decreto 2656/99, uno de los instrumentos para implementar los principios rectores de esa ley, son “las formas de participación de los habitantes en las decisiones relacionadas con el ambiente y el desarrollo sustentable.”

Aún así, los anexos de ese decreto explican el procedimiento de evaluación del impacto ambiental de determinadas actividades, dividiendo como dijera, aquellas que requieren para ser autorizadas, de la presentación de un informe ambiental (son las actividades del anexo IV), y otras que necesitan presentar un estudio de impacto ambiental (las del anexo V).

La participación ciudadana está prevista en la reglamentación del artículo 31 del decreto en cuestión, el que remite al anexo II, cuyo artículo 10 dice que cuando el interesado presenta el estudio de impacto ambiental o el informe ambiental, la autoridad de aplicación deberá dictaminar “en los casos de I.A. si se dan las condiciones para convocar a audiencia pública”, lo que no explica es con qué parámetros objetivos esa autoridad convoca a la audiencia, dejando librado a la discrecionalidad administrativa la celebración de tales audiencias que en la letra de la ley, como vimos, resultan obligatorias en conjunto con las licencias ambientales.

La actividad hidrocarburífera está dentro del anexo IV, por lo que requiere para ser autorizada, de la presentación de un informe ambiental, oportunidad entonces en que la autoridad de aplicación resolverá la convocatoria a la audiencia en cuestión.

Bien vale advertir, que no está sometido a decisión la correspondencia de ese decreto con las normas relativas a la tutela del medio ambiente; la petición de los amparistas es que la convocatoria a la audiencia pública debe ser previa al tratamiento legislativo del decreto 1208/2013, el que aprobó el acta acuerdo suscripto entre la provincia demandada e YPF S.A.

Mas la normativa citada, que insisto, exige la audiencia pública, no impone que la misma sea llevada a cabo de manera previa a que los representantes del pueblo consideren un acuerdo en el que la Provincia del Neuquén ha dispuesto la creación de una nueva área dentro de dos ya concesionadas y ha modificado el plazo de concesión, a fin de que el concesionario realice un desarrollo no convencional de la explotación hidrocarburífera.

La imposición legal de la audiencia pública tiene otro tiempo (anterior al inicio de la ejecución de los trabajos), que no es el requerido por los accionantes en este amparo.

En efecto, encuentro que la oportunidad en que los actores consideran que la audiencia pública debe realizarse no es la que dispone nuestro régimen jurídico, pues esa participación ciudadana no está diseñada en la ley como antesala obligatoria del debate parlamentario y posterior decisión. La administración podría fijarla allí, pero no es obligatorio, mientras la audiencia se lleve a cabo con prelación a la ejecución de los trabajos. De manera entonces que rechazaré el amparo en este punto, y en virtud de ello es que considero que no aparece necesario considerar respecto de las demás cuestiones introducidas por la demandada, ni la litispendencia, ni el planteo de inconstitucionalidad en subsidio, ya que está dirigido para el caso que considere que la audiencia pública no resulta obligatoria y de los términos hasta aquí expresados, no es ello lo que surge del régimen legal: la audiencia pública está impuesta en la ley, pero no en los tiempos en que es exigida aquí por los amparistas.

III- En conclusión, corresponde admitir parcialmente esta acción de amparo iniciada por los señores Beatriz Isabel Kreitman, Manuel José Fuertes, Alfredo Luis Roberto Marcote y Raúl Juan Dobrusin, y en consecuencia, ordenar a la Provincia del Neuquén para que dentro del plazo de dos días hábiles de estar firme la presente (conforme lo manda el artículo 17.3 de la ley 1981), haga entrega a los accionantes de: (a) las partes del convenio



suscripto entre YPF SA y Chevron que sirvieron de base para la suscripción del convenio entre la Provincia del Neuquén e YPF S.A. y que el ministro, señor Guillermo Coco expresamente refirió que se encuentran en poder de la administración pública; (b) la información relativa a aquel convenio que YPF S.A. facilitó a la administración pública provincial con el objeto de evaluar y aprobar el convenio finalmente suscripto en el orden local por el gobierno provincial. Asimismo, corresponde rechazar la acción en la demás pretensiones.

IV- Respecto de las costas del proceso, en atención a lo resuelto, y considerando además que se trata de una cuestión jurídicamente novedosa y con trascendencia institucional, las impondré en el orden causado (argumento artículo 68 de ley 912, en su segundo párrafo, por remisión del artículo 20 de la ley 1941).

Por todo lo expuesto, constancias de la causa y legislación citada,

FALLO: I- Hacer lugar parcialmente a esta acción de amparo iniciada por los señores Beatriz Isabel Kreitman, Manuel José Fuertes, Alfredo Luis Roberto Marcote y Raúl Juan Dobrusin, y en consecuencia, ordenar a la Provincia del Neuquén para que dentro del plazo de dos días hábiles de estar firme la presente (conforme lo manda el artículo 17.3 de la ley 1981), haga entrega a los accionantes de: (a) las partes del convenio suscripto entre YPF SA y Chevron que sirvieron de base para la suscripción del convenio entre la Provincia del Neuquén e YPF S.A. conforme refiriera en los considerandos a los que me remito por motivos de brevedad; (b) la información relativa a aquel convenio que YPF S.A. facilitó a la administración pública provincial con el objeto de evaluar y aprobar el convenio finalmente suscripto en el orden local por el gobierno provincial, rechazando la acción en la demás pretensiones. II- Imponer las costas en el orden causado, por los motivos explicados. III- Regular los honorarios de los abogados ... y ..., en conjunto, en el carácter de patrocinantes de la parte actora, en la suma de pesos ... \$... (326.92 X 20 X 100 / 70). Los del los abogados ... y ..., en conjunto, en el carácter de apoderados de la parte demandada en la suma de pesos ... (\$...) (326.92 X 20 X 100 / 70 x 40%) y los del Fiscal de Estado ... en la suma de pesos ... \$... (326.92 X 20 X 100 / 70) conforme arts. 10, 14 y 36 de la ley de aranceles profesionales IV- Ordenar la registración y notificación electrónica a las partes, por secretaría.

Dra. Maria Eugenia Grimau - Juez

[Volver al índice](#)

[-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"ZOIA CLAUDIO OSCAR Y OTROS C/ COOP. DE SERV. PUBL. PLOTTIER LT S/ ACCION DE AMPARO"- Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería N° 2 - I Circunscripción Judicial - (Expte.: 472059/2012) – Sentencia: S/N – Fecha: 13/02/2014

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

ACCION DE AMPARO. ARBITRARIEDAD E ILEGALIDAD MANIFIESTA. SOCIEDAD COOPERATIVA. AUTORIDADES ELECTAS. EJERCICIO DE CARGOS. IMPEDIMENTO.

Que se ha decidido hacer lugar a la acción de amparo y declarar arbitraria e ilegal la conducta de la cooperativa consistente en negar el acceso de las autoridades electas por medio de la asamblea de fecha 25 de Septiembre de 2012, a las oficinas en que se encuentran la administración y documentación de la Cooperativa e impedir el ejercicio de los respectivos cargos, debiendo cesar en tales conductas.

La ley 20337 prevé un régimen de administración basado en el voto de los asociados, ya que se definen como organizaciones gestionadas democráticamente por sus asociados, de modo que el impedimento a que se realice la asamblea provocando que se reúnan los delegados fuera de las oficinas de la cooperativa, así como la negativa del ingreso de las nuevas autoridades electas, según da cuenta la escritura pública n°42/6, constituye una conducta ilegítima y arbitraria por parte de quienes ejercen la administración de la demandada, que no dieron cumplimiento a lo dispuesto por el art. 61 de la ley 20337.

Texto completo:

Neuquén, 13 de Febrero del año 2014.



VISTOS: Estos autos caratulados “ZOA CLAUDIO OSCAR Y OTROS c/ COOP. DE SERV. PUBL. PLOTTIER LT s/ ACCIÓN DE AMPARO” (Expte. N° 472059/12) venidos a despacho para dictar sentencia, en los que a fs. 66/74 los Sres. Zoia Claudio Oscar, Vazquez Mirta Graciela, Figueroa Marcelo Luis, Peñalver Ciro Humberto, Oliva Daniel, Piedracueva Liliana Mabel, Aguirre Elías Rubén, Soto Sergio, Parada Silvio, Vega José Aurelio, Cuevas Cornelio, Martínez Alberto, Dziadek Elizabeth, Amaya Sandra Marcela y Genco Juan Ángel, con patrocinio letrado, inician formal acción de amparo contra la Cooperativa de Servicios Públicos de Plottier Ltda., a efectos de que se declare la arbitrariedad e ilegalidad manifiesta de la conducta de la demandada que niega el acceso de las autoridades electas por medio de la asamblea de fecha 25 de Septiembre de 2012, a las oficinas en que se encuentran la administración y documentación de la Cooperativa e impide el ejercicio de los respectivos cargos.

Afirman que la conducta de la Cooperativa configura un ataque manifiesto y evidente respecto de los derechos electorales y políticos de los accionantes y los asociados de la Cooperativa, así como vulnera el derecho de ser representados por las autoridades que democráticamente eligieran.

Manifiestan que la imposibilidad referida vulnera los arts. 37 y concordantes de la Constitución Nacional, art. 21 de la Constitución Provincial y a su vez pone en peligro la existencia misma de la cooperativa.

Invocan su legitimación para obrar, sosteniendo que revisten el carácter de Consejeros de Administración y Síndicos electos democráticamente por el cuerpo de delegados y que cuentan con el aval de el órgano de contralor y fiscalización que resulta ser la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Neuquén, dependiente del Ministerio de Educación y Justicia de la Provincia.

Aseguran que no existe otra vía más apta y eficaz que la del amparo.

Relatan que el día 21 de Febrero de 2012, un grupo de delegados solicitó la convocatoria a asamblea extraordinaria al Consejo de Administración de la Cooperativa y al Síndico de la misma.

En fecha 1 de Marzo de 2012 recibieron en respuesta una nota firmada por los Consejeros de la Cooperativa, el Síndico titular y suplente que no atendía a lo requerido.

Manifiestan que en virtud de la situación relatada y el tiempo transcurrido prosiguieron con la convocatoria a Asamblea Extraordinaria, fijándola para el día viernes 30 de Marzo de 2012 en el cuartel de Bomberos Voluntarios de la ciudad de Plottier.

Dicen que de todo lo ocurrido se dio parte a la Dirección de Personas Jurídicas mediante nota fechada 6 de Marzo de 2012.

Expresan que previo Dictamen legal N° 27/2012, la Dirección General de Control y Fiscalización de Cooperativas y Mutuales dictó la Disposición N° 090/12 en fecha 3 de Mayo de 2012 donde intimó al Consejo de Administración de la Cooperativa a arbitrar los medios para convocar a la Asamblea General Extraordinaria peticionada por los miembros del cuerpo de delegados, en fecha 28 de Febrero de 2012.

Exponen que el Consejo de Administración presentó recurso administrativo contra la disposición referida, el que fue rechazado por el Director Provincial de Personas Jurídicas en fecha 22 de Mayo de 2012 e intima a realizar la convocatoria a asamblea extraordinaria en el plazo de tres días, bajo apercibimiento de ser convocada por la Dirección Provincial de Personas Jurídicas.

Que la Dirección Provincial de Personas Jurídicas resolvió el 22 de Junio de 2012 de oficio, mediante Disposición N° 135/12, convocar a la asamblea general extraordinaria peticionada por los miembros del cuerpo de delegados de la Cooperativa para el día 25 de Julio de 2012.

Dicen que el día de la asamblea llegó una Resolución del Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES) que resolvía declarar la irregularidad e ineficacia de la asamblea general extraordinaria de la Cooperativa convocada para el 25 de Julio por lo que ese mismo día solicitaron una nueva asamblea extraordinaria a lo que la Dirección Provincial de Personas Jurídicas hizo lugar, fijando como fecha el 25 de Septiembre de 2012.

Expresan que el 25 de Septiembre intentaron que la asamblea se realizara en las instalaciones de la Cooperativa pero que fueron impedidos por el Presidente y los miembros del Consejo, por lo que la misma fue finalmente llevada a cabo en el Cuartel de Bomberos.

Refieren que en el acto se decidió remover a los Consejeros y Síndicos de la Cooperativa y se eligieron nuevos integrantes del Consejo de Administración. Asimismo se decidió anular y suspender el llamado a Asambleas de Distrito, lo que fue acatado por la Junta Electoral.

Exponen que el 28 de Septiembre de 2012 la Dirección Provincial de Personas Jurídicas mediante Disposición N° 188/12 declaró la regularidad y eficacia de la asamblea general extraordinaria realizada el 25 de Septiembre de 2012; por lo que afirman, reúnen la calidad de autoridad de la Cooperativa.

Efectúan consideraciones en torno a esta situación que exponen. Citan normativa y doctrina al respecto.

Fundan en derecho, ofrecen prueba y efectúan reserva del caso federal.

A fs. 183/192 se presenta el letrado José Humberto Fernández, en carácter apoderado de la demandada Cooperativa de Servicios Públicos de Plottier Ltda. y se notifica de la acción de amparo instaurada.

Formula recusación sin expresión de causa, solicita la remisión de las actuaciones al Colegio de Abogados de la ciudad de Neuquén y procede a contestar demanda.



Efectúa las negativas de rigor y alega que en fecha 11 de Septiembre de 2011 se realizaron elecciones y resultaron electas las autoridades que actualmente presiden la Cooperativa.

Relata como se sucedieron los hechos y las diversas presentaciones que se realizaron ante la Dirección de Control y Fiscalización de Cooperativas y Mutuales de la Provincia de Neuquén, la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Neuquén, el Ministerio de Gobierno, Educación Y Justicia y el INAES.

Manifiesta que en fecha 28 de Septiembre de 2012 el INAES mediante Resolución 6000/12 declaró irregular e ineficaz la convocatoria de oficio realizada por la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Neuquén.

Expone que en fecha 1 de Octubre recepcionó la Disposición 188/12 de la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Neuquén, la que recurrió ante el mismo organismo y ante la INAES.

Afirma que la Resolución 188/12 es nula de nulidad absoluta en tanto la misma provoca un cercenamiento de derechos garantizados constitucionalmente y contradice y no acata las resoluciones del organismo de jerarquía superior, lo que provoca, consecuentemente, la nulidad de la asamblea celebrada el día 25 de Septiembre de 2012.

Sostiene que las resoluciones del INAES tienen supremacía sobre las Disposiciones del órgano local.

Cita doctrina y jurisprudencia.

Alega la improcedencia del amparo, solicita el rechazo de la medida cautelar, funda en derecho y ofrece prueba.

A fs. 200 se declara la admisibilidad de la acción de amparo, se rechaza la medida cautelar solicitada al entablar la acción y se resuelve ordenar la suspensión de la asamblea general ordinaria convocada para 27 de Octubre de 2012. Asimismo se tuvo por contestada la demanda.

A fs. 223 se abre la causa a prueba.

A fs. 228/230 los actores solicitan se ordene medida cautelar consistente en que los servicios que presta la Cooperativa sean abonados en una cuenta bancaria a abrirse en el Banco Provincia de Neuquén.

A fs. 234 no se hace lugar a lo peticionado, sin embargo se ordena a la demandada acredite el pago de salarios a los trabajadores.

A fs. 252 el actor Silvio Nicolás Parada desiste de la acción.

A fs. 266 se provee la prueba.

A fs. 334 la demandada denuncia como hecho nuevo la notificación de la Resolución de INAES N° 182/13. Ofrece prueba.

A fs. 335 se ordena el traslado del planteo. A fs. 336/338 la actora contesta el traslado conferido.

A fs. 387/388 se dicta resolución interlocutoria haciendo lugar al hecho nuevo invocado por la parte demandada y se ordena la producción de la prueba.

Producidas las pruebas ofrecidas por las partes y agregada la documental, pasan los autos para dictar sentencia a fs. 563.

CONSIDERANDO: I.- Los presentes autos en los que los actores interponen acción de amparo con el objeto de que se “declare la arbitrariedad e ilegalidad manifiesta de la conducta de la demandada que niega el acceso de las autoridades electas por medio de la asamblea de fecha 25 de Septiembre de 2012, a las oficinas en que se encuentran la administración y documentación de la Cooperativa e impide el ejercicio de los respectivos cargos”, basados en que fueron electos en Asamblea de fecha 25/9/2012 convocada por la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia y ante la negativa de las autoridades en ejercicio, de admitir su ingreso a las instalaciones.

Dicen que realizada la asamblea general extraordinaria en la sede de Bomberos en la fecha indicada, el 28/9/2012 la Dirección Provincial de Personas Jurídicas mediante Disposición n° 188/12 declaró la regularidad y eficacia de la misma.

Por su parte, la demandada niega la procedencia de la demanda, ya que alega que el INAES mediante Resolución n° 6.000/12 de fecha 28/9/2012, declaró irregular e ineficaz la convocatoria de oficio realizada por la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia (DPJ)de Neuquén.

En primer término he de realizar una síntesis de los acontecimientos en que se basa la acción.

Por Disposición 168/12 de fecha 16/8/2012 obrante a fs. 487/49, la DPJ convoca a asamblea extraordinaria de la cooperativa para el día 25/9/2012.

El 30/8/2012 el Consejo de Administración recurre el acto (fs. 496/503), mediante recurso jerárquico que es rechazado por la Subsecretaría de Justicia y Derechos Humanos por Disposición 2/2012 (fs. 513/7).

Luego, en fecha 19/9/2012 el Consejo interpone recurso jerárquico contra la Disposición 168/12 de la DPJ y la Disposición 2/2012 de la Subsecretaría, para ser elevado al Ministerio de Gobierno, educación y justicia de la Provincia, solicitando la suspensión de la convocatoria a asamblea (fs. 520/6), el que no consta que hubiera sido resuelto.

En fecha 25/9/2012 se reúne la Asamblea de Delegados (fs. 478) y dado que se les impide ingresar a la cooperativa, según da cuenta el acta notarial de fs. 45/6, destacándose que todo fue con la presencia de funcionario de la DPJ, eligen autoridades las que tampoco pueden ingresar a la cooperativa.



A fs. 533/4 obra presentación del consejo ante la DPJ solicitando se expida sobre el acto realizado el 25/9/2012, emitiendo el organismo en fecha 28/9/2012, la Disposición 188/12 (fs. 539/546) por la que se declara regular la asamblea realizada en esa fecha.

Este acto tiene fecha 28/9/2012 y es recurrido en fecha 9/10/2012 ante el Ministerio de Educación y Justicia de la Provincia, según presentación de fs. 557/560, no obrando en autos resolución.

Por su parte, la intervención del INAES en el conflicto de autos referido a la asamblea del 25/9/2012, se inicia con la presentación de fecha 3/9/2012 (fs. 504/511) por la cual la Cooperativa pone en conocimiento del organismo que fue notificada de la Disposición 168/12.

Solicita la intermediación del organismo nacional respecto de la declaración de irregularidad e ineficacia de la disposición, así como para que cese el hostigamiento y persecución que padecen de los funcionarios de la DPJ.

Como consecuencia de tal presentación se emite dictamen que se agrega a fs. 528/9, por la que el Gerente de Registro del INAES aconseja que se dicte una resolución declarando irregular e ineficaz la convocatoria realizada por la DPJ mediante Disposición 168/12.

En fecha 28/9/2012 el INAES dicta Resolución 6.000 (fs. 548/552) por la que se declara ineficaz la convocatoria a la asamblea para el día 25/9/2012, realizada por la DPJ mediante Disposición 168/12.

El 2/10/2012 la Cooperativa informa al INAES que el 1/10/2012 fue notificada de la Resolución 188/12 de la DPJ, solicitando se sancione norma legal que declare la nulidad de dicho acto administrativo.

A fs. 417/423 obra Resolución 182 del INAES, de fecha 27/3/2013 por la que se declara irregular e ineficaz a los efectos administrativos en los términos del art. 100 inc. 9) de la ley 20337, a la "asamblea de oficio realizada por la cooperativa", en cumplimiento de lo oportunamente dispuesto por la DPJ, así como instruye al servicio jurídico permanente a iniciar las acciones judiciales.

De lo que resulta que la convocatoria formalizada por la DPJ y su consecuente asamblea fueron realizadas previo a la resolución del INAES, emitida en fecha 28/9/2012 y por la que se declara irregular e ineficaz la convocatoria.

En definitiva, según los términos de la demanda, lo que aquí se trata es de decidir si la conducta de las autoridades en ejercicio de la cooperativa fue legítima o si por el contrario resulta arbitraria a la luz de la normativa vigente y ante la notoria divergencia entre las opiniones y actos administrativos del INAES y de la DPJ.

II.- De acuerdo con la ley 20337, la fiscalización pública estará a cargo del organismo nacional en su carácter de autoridad de aplicación del régimen legal de las cooperativas, quien ejerce sus facultades por sí o a través de convenios con los órganos locales competentes de cada provincia. Como excepción la ley establece que la autorización para funcionar y el eventual retiro de esa autorización quedan reservadas a la autoridad de aplicación.

Según el art. 99 de la ley la fiscalización pública estará a cargo de la autoridad de aplicación, que la ejercerá por sí o a través de convenio con el órgano local competente.

Conforme el art. 105, el INAES es la autoridad de aplicación y es declarado por la norma, órgano local competente en la Capital Federal y demás lugares de jurisdicción nacional.

Concordante, el art. 106 inc. 2° dispone que dentro de las funciones del INAES que ejerce la fiscalización pública, por sí o a través de convenio con el órgano local competente conforme con el artículo 99.

El órgano local competente mencionado es el que cada provincia establezca para entender en materia cooperativa en su respectiva jurisdicción, según el art. 117 ley 20337.

En la ley, salvo los casos en que el ente nacional se reserva en forma exclusiva algunas facultades esenciales de la fiscalización pública, tal como la autorización para funcionar y su retiro, ésta puede ser delegada en los órganos locales mediante convenio, situación ocurrida entre el INAES y la Provincia del Neuquén.

Producida la delegación de facultades, las atribuciones del delegante pasan al delegado y teniendo en consideración la inexistencia de relación jerárquica entre ambos entes, por no estar incluidos en una misma estructura administrativa, no podrá aplicarse el instituto de la avocación por el superior, para retomar la competencia que fuera delegada.

Por tanto, mientras esté vigente la delegación, el INAES no puede ejercer las atribuciones delegadas.

Así surge de la propia ley cuando establece las jurisdicciones en que el INAES es órgano local competente.

Por otra parte, ante la inexistencia de relación jerárquica entre el órgano nacional y el local, aquél no resulta organismo revisor de la actividad administrativa delegada, razón por la cual la ley de cooperativas no ha previsto un procedimiento recursivo diferente al que resulte de aplicación por la legislación nacional contra los actos dictados por el INAES y por la local cuando la competencia se encuentre delegada por convenio.

Se ha definido a la competencia como "El conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente realizar"; "el conjunto de potestades administrativas que, con arreglo a las previsiones de la ley, un órgano puede ejercer validamente" (Héctor Escola, Tratado General de Procedimiento Administrativo, 1981, p.83).



Como cuestiones excepcionales a las competencias administrativas surgen la delegación y para algunos autores la avocación que resulta de reasumir las facultades antes delegadas.

Marienhoff y Mertehikian no son partidarios de la avocación en cuanto implique suprimir el recurso jerárquico ante el órgano que se avoca, por violatorio del derecho de defensa del administrado. (Eduardo Mertehikian PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Jornadas Organizadas por la Universidad Austral p.183).

Define el autor citando a Marienhoff que la delegación “constituye una técnica mediante la cual el órgano “delegante” atribuye al órgano “delegado” competencia, merced al desprendimiento que el primero realiza del ejercicio de sus propias atribuciones, a favor del segundo” mientras que la avocación, con cita de Cassagne “se verifica cuando un órgano dado asume con carácter transitorio y por tanto para actuaciones determinadas, la competencia de un órgano inferior que bien puede tener por fundamento razones de oportunidad, verificándose así una suerte de delegación en sentido inverso”(ob.cit. p. 184/5).

En el caso de la ley de cooperativas la competencia se divide entre el INAES y el órgano local en razón del territorio, encontrándose dispuesta por la ley la delegación de atribuciones.

Ahora bien, no existiendo una relación jerárquica entre el ente nacional y el local, cada uno ejercerá la competencia que la ley atribuye (competencia material) en sus respectivos distritos y con la interrelación que la ley impone para algunos actos como la autorización para funcionar (art. 106 inc. 1º ley 20337).

No se encuentra prevista por la ley la avocación por parte del ente nacional, así como tampoco una vía recursiva que si bien anómala, bien podría estar legislada.

Lo cierto es que si bien el INAES se ha expedido por la irregularidad e ineficacia de actos emitidos por la DPJ, no ha llegado a declarar la nulidad de ellos, en tanto no tiene facultades legales para hacerlo.

De admitirse que el ente nacional pueda reasumir las atribuciones que delegó, destacando que no existió acto administrativo que así lo declare, da cuenta de la inconveniencia de admitir el ejercicio en forma paralela de las competencias que la ley establece claramente diferenciadas.

Ello, en beneficio de la seguridad jurídica que resulta consecuencia del principio de legalidad. Al respecto, según cita realizada por Marafuschi, García de Enterría y Tomas Fernández expresan que “El derecho no es, pues, para la Administración una linde externo que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario, el derecho condiciona y determina, de manera positiva la acción administrativa. La cual no es válida si no corresponde a una previsión normativa” (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomas Ramón, Curso de Derecho Administrativo, T I, Madrid, 1980, p. 370).”

Dice el autor citado que “La legalidad administrativa impone a la Administración Pública un obrar supeditado al cumplimiento de normas jurídicas preestablecidas...Ello otorga prioridad, además del cumplimiento de preceptos constitucionales, a la preponderancia del valor seguridad, habida cuenta que todos los habitantes pueden prever con certeza el actuar administrativo.” (Miguel A. Marafuschi en obra colectiva PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO – JORNADAS ORGANIZADAS POR LA UNIVERSIDAD AUSTRAL p. 497).

Por otra parte, de los actos y hechos relevados en el considerando I surge palmario que la convocatoria que habilitó la realización de la asamblea del 25/9/2012 fue realizada mediante acto administrativo de la DPJ y que el INAES recién se expide mediante su propio acto administrativo respecto de dicha convocatoria en fecha posterior a la realización de la asamblea.

Resulta importante destacar esta cuestión, ya que el dictamen gerencial en que las autoridades en ejercicio de la cooperativa fundaron la negativa al ingreso de los asociados y luego de los delegados al ámbito físico de la entidad, carece de efectos vinculantes.

En efecto, el Sr. Gonzalez invocando el carácter de Presidente de la demandada en oportunidad de la realización del acta notarial de fs. 45/6, el 25/9/20 a las 19 hs. ratifica la negativa del ingreso de los consejeros electos ya que desconoce la realización de la asamblea y entiende que la misma carece de sustento legal porque violenta la notificación recepcionada en la fecha por la cooperativa y la DPJ, en la que se aconseja no llevar adelante la convocatoria de oficio, refiriéndose al dictamen de fs. 528/9.

III.- La acción de amparo constituye un procedimiento constitucional de garantía de los derechos reconocidos, ofrecido por la Constitución Nacional como herramienta para su preservación y efectivo goce.

Por ello, la acción de amparo debe estar sustentada en última instancia, en la violación de una norma constitucional o en el peligro de que ello ocurra.

“...esta manifestación de la justicia constitucional irrumpió en nuestro medio con la finalidad primordial de salvaguardar, inmediatamente, la integridad de los derechos fundamentales,..., bien restableciéndolos, bien previniéndolos de restricciones indebidas, cuando ellas resultaren de próxima e indudable concreción” (Patricio Sammartino PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL AMPARO ADMINISTRATIVO p.19).

Es decir que la procedencia del amparo como vía judicial presupone la existencia de una lesión jurídica de naturaleza constitucional, advirtiendo que la lesión se considera en sentido amplio, como toda restricción o alteración al derecho. (conf. SALGADO A. Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad, 1ª edición p.27).



El art. 79 de la Constitución Provincial declara el fomento y protección de las cooperativas de producción, consumo y crédito.

La ley 20337 prevé un régimen de administración basado en el voto de los asociados, ya que se definen como organizaciones gestionadas democráticamente por sus asociados, de modo que el impedimento a que se realice la asamblea provocando que se reúnan los delegados fuera de las oficinas de la cooperativa, así como la negativa del ingreso de las nuevas autoridades electas, según da cuenta la escritura pública n°42/6, de acuerdo a lo analizado en el considerando precedente, constituye una conducta ilegítima y arbitraria por parte de quienes ejercen la administración de la demandada, que no dieron cumplimiento a lo dispuesto por el art. 61 de la ley 20337.

Cabe destacar que la asamblea se realizó con la presencia de funcionario de la DPJ, quien también estuvo presente al momento de tratar de ingresar a la cooperativa.

En consecuencia, corresponde hacer lugar a la acción de amparo y declarar arbitraria e ilegal la conducta de la demandada consistente en negar el acceso de las autoridades electas por medio de la asamblea de fecha 25 de Septiembre de 2012 a las oficinas en que se encuentran la administración y documentación de la Cooperativa e impedir el ejercicio de los respectivos cargos, debiendo cesar en tales conductas.

IV.- Respecto de las costas se imponen en el orden causado, en tanto ambas partes pudieron creerse con derecho en base a las divergencias entre el ente público nacional y provincial.

Por lo expuesto, RESUELVO: 1) Hacer lugar a la acción de amparo y DECLARAR arbitraria e ilegal la conducta de la demandada consistente en negar el acceso de las autoridades electas por medio de la asamblea de fecha 25 de Septiembre de 2012, a las oficinas en que se encuentran la administración y documentación de la Cooperativa e impedir el ejercicio de los respectivos cargos, debiendo cesar en tales conductas. 2) Imponer las costas por su orden. 3) Regular los honorarios de ... y los de ... por la participación que les cupo, respectivamente, en la primera y segunda etapa del juicio en carácter de patrocinante de la parte actora, en la suma de \$... a cada uno y los de ..., en doble carácter por la demandada, en la suma de \$.... 4) Fijar el plazo de diez días para su cancelación y desde la mora y hasta el efectivo pago deberán adicionarse intereses conforme la tasa activa que publica el BPN SA. Regístrese. Notifíquese electrónicamente o por nota según corresponda en los términos de la ley 2801 y Reglamento.

Dra. Alejandra Cristina Bozzano - Juez